

# L'insolvenza dell'affidatario di contratto pubblico di appalto

di Beatrice Armeli

“ Le attuali circostanze economiche stanno drammaticamente evidenziando una difficoltà di coordinamento tra la disciplina dei contratti pubblici e quella concorsuale. Infatti la realtà degli operatori economici “in crisi” impone proprio un rafforzamento di tale confronto, rischiandosi altrimenti una produzione normativa sterile con *impasse* applicativa. L'attualità del tema induce quindi a riepilogare il contesto normativo applicabile, delineato da disposizioni collocate in diversi testi legislativi, per approfondire poi taluni peculiari profili.

## 1. Premessa

Il tema della crisi d'impresa si rivela essere, ultimamente, sempre più connaturato a quello degli appalti pubblici, tanto da ricevere, nell'evoluzione legislativa, disciplina propria e speciale, ancorché talvolta lacunosa e non sempre perfettamente coordinata nei diversi testi normativi che espressamente la contemplano. Capita poi che il tema susciti maggiore attenzione, come nel tempo in cui si scrive, non tanto – o non solo – per l'imminente entrata in vigore “a pieno regime” del Codice della crisi e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), fissata al 15 luglio, ma pure perché la legislazione settoriale regolante i contratti pubblici, compresa quella “emergenziale”, oltre che la prassi, non hanno potuto far a meno, in qualche modo, di contemplare proprio la situazione di difficoltà economico-finanziaria in cui sono caduti numerosi operatori economici<sup>1</sup>. Senza contare che, come

rivelato da recenti notizie di stampa, neppure le società di ingegneria si sottraggono al fallimento, cosicché il tema dell'insolvenza si intreccia a quello dei contratti pubblici anche di servizi di natura intellettuale, laddove chiaramente prestati sotto forma di “impresa”. L'attualità del tema induce quindi a riepilogare il contesto normativo applicabile, delineato da disposizioni collocate in diversi testi legislativi, per approfondire poi taluni peculiari profili.

## 2. Apertura di fallimento / liquidazione giudiziale a carico dell'affidatario di contratto pubblico: inquadramento normativo

Anzitutto è da premettere, come ai più già noto, che l'attuale fallimento, nella nuova normativa concorsuale,

(1) V. recentemente, ad esempio, il parere del Cons. Stato, sez. I, 27 aprile 2022, n. 804, che ha risposto favorevolmente al quesito “se possa ritenersi consentito procedere al rilascio dell'attestazione di qualificazione ad una impresa che (...) presenti un patrimonio netto negativo e, quindi, sia privo del requisito previsto dall'articolo 79, comma 2 del d.P.R. n. 207/2010” e il conseguente Comunicato del Presidente

ANAC 18 maggio 2022 che fornisce, con riguardo a tutte le SOA, “Indicazioni in merito alla derogabilità del requisito del patrimonio netto di valore positivo previsto dall'art. 79, comma 2, lett. c), del d.P.R. n. 207/2010, in presenza di disposizioni legislative di favore che consentano, alle imprese che versano in particolari condizioni, la temporanea disapplicazione delle norme codicistiche in tema di ricapitalizzazione, nonché di efficacia delle cause di scioglimento”.

viene ad essere sostituito dalla liquidazione giudiziale, che ne va a ricalcare i medesimi presupposti. Per quel che qui rileva, basti osservare che anche nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza si ripete comunque, alle stesse condizioni previste dalla legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267), la possibilità di continuare l'esercizio dell'attività su autorizzazione giudiziale<sup>2</sup>. Quanto quindi si andrà a illustrare con riferimento alla procedura di fallimento varrà, nei medesimi termini, anche con riguardo alla nuova procedura di liquidazione.

Chiaro è che la sorte dei contratti pubblici pendenti, ovverosia non ancora compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambe le parti alla data di apertura del fallimento (ovvero della liquidazione giudiziale) a carico dell'affidatario di contratto pubblico, è diversa a seconda che sia stato o meno autorizzato l'esercizio dell'impresa. Considerazioni a parte devono poi essere fatte per l'ipotesi in cui l'impresa in questione partecipi a un raggruppamento temporaneo in qualità di mandante o di mandataria.

#### a) Procedura concorsuale con autorizzazione all'esercizio dell'impresa.

In detta ipotesi, 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 di eseguire i contratti già stipulati dall'impresa ancora in esercizio, all'unica ribadita condizione che

(2) V. l'art. 211 d.lgs. 14/2019, ai sensi del quale, parimenti a quanto previsto dall'art. 104, l. fall., con la sentenza che dichiara aperta la procedura concorsuale (di liquidazione giudiziale, come di fallimento), il tribunale può autorizzare il curatore a proseguire l'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami d'azienda, 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 (comma 7). Si ricorda inoltre la regola immutata secondo la quale i crediti sorti nel corso dell'esercizio sono soddisfatti in prededuzione (comma 8).

**l'esecuzione del contratto in corso sia autorizzata dal giudice delegato.** Nulla pertanto muterebbe rispetto alla disciplina sino ad oggi praticata.

#### b) Procedura concorsuale senza autorizzazione all'esercizio dell'impresa.

A seguito dell'apertura del fallimento (ovvero della liquidazione giudiziale) a carico dell'appaltatore, il contratto stipulato con la pubblica amministrazione si scioglie e, come principio generale, in caso di scioglimento, il contraente *in bonis* ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno. La regola è ribadita anche nel nuovo Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza. L'art. 172 del d.lgs. 14/2019, contenente la disciplina dei contratti pendenti in caso di liquidazione giudiziale, riconosce infatti all'ultimo comma (come già faceva l'art. 81, comma 2, della l. fall.) 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<sup>3</sup>, ma altresì alla previsione di cui al nuovo art. 186 (che replica il summenzionato art. 81), specificatamente riguardante il contratto di appalto (tra privati) in corso<sup>4</sup>. Sottrazione che opera chiaramente a favore della

(3) Il quale dispone che, se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito nelle prestazioni principali da entrambe le parti al momento in cui è aperta la procedura di liquidazione giudiziale, l'esecuzione del contratto – fatte salve le diverse disposizioni previste dalla stessa legge – rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del debitore, assumendo, a decorrere dalla data del subentro, tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto.

(4) In tal caso è previsto che: 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 (comma 1); 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 (comma 2).

normativa dettata dal d.lgs. 50/2016<sup>5</sup>. Di questo, in particolare, trova applicazione il primo comma dell'art. 110, ove si fa salvo quanto previsto per il caso di fallimento (ovvero di liquidazione giudiziale) con esercizio dell'impresa. Si desume pertanto che, in caso di procedura concorsuale senza esercizio, il contratto pubblico pendente non può proseguire. Pertanto, la stazione appaltante provvede, come atto dovuto scevro di ogni discrezionalità, 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 fallimento (ovvero a liquidazione giudiziale). Anche in tal caso, dunque, nulla muterebbe rispetto alla disciplina finora conosciuta.

Per la verità, residuerebbe una possibilità affinché, pure in detto secondo caso, il contratto pubblico pendente prosegua. Detta possibilità, infatti, si ritroverebbe nell'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, 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, 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. Previsione perfettamente applicabile al caso *de quo*. E cioè proprio qualora, nel corso dell'esecuzione di un contratto di appalto, venga aperta, a carico dell'appaltatore, una procedura di fallimento (ovvero di liquidazione giudiziale), basata sull'accertamento giudiziale dello stato (appunto) di insolvenza in cui versa l'appaltatore medesimo<sup>6</sup>. Sarebbe pertanto auspicabile che l'applica-

zione della norma in commento venisse espressamente fatta salva, tanto dalla disciplina concorsuale, quanto dall'art. 110 dello stesso d.lgs. 50/2016.

Del resto, una conferma di detta possibilità si ritrova nella sentenza della Corte di giustizia UE (sez. IV, 3 febbraio 2022, C-461/20)<sup>7</sup>, dalla quale è facile inferire che l'insolvenza cui si riferisce la norma in questione, mutuata proprio dal diritto europeo, comprende indubbiamente anche il fallimento sfociante nella liquidazione, non rilevando quindi che vi sia una prosecuzione, perlomeno parziale, ovvero una totale cessazione delle attività dell'aggiudicatario divenuto insolvente<sup>8</sup>.

(7) La pronuncia è stata resa sulla questione se l'art. 72, par. 1, lett. d), ii), della direttiva 2014/24/UE debba essere interpretato nel senso che un operatore economico, il quale – in seguito al fallimento dell'aggiudicatario iniziale sfociato nella liquidazione di quest'ultimo – sia subentrato soltanto nei diritti e negli obblighi di quest'ultimo derivanti da un accordo quadro concluso con un'amministrazione aggiudicatrice, deve considerarsi succeduto a tale aggiudicatario iniziale alle condizioni previste dalla suddetta disposizione.

(8) In particolare, si legge in sentenza che, dal tenore letterale dell'art. 72, par. 1, lett. d), ii), della direttiva 2014/24/UE emerge che la nozione di "insolvenza" comprende le modifiche strutturali dell'aggiudicatario iniziale e anche il fallimento sfociante nella liquidazione. I giudici europei non mancano a riguardo di ricordare come, in generale, secondo quanto previsto dall'art. 72, par. 4, lett. d), della Direttiva 2014/24/UE, la sostituzione di un nuovo contraente debba essere considerata come una modifica di uno dei termini essenziali del contratto pubblico e, di conseguenza, una modifica sostanziale dell'appalto, che deve dar luogo a una nuova procedura di aggiudicazione, conformemente ai principi di trasparenza e di parità di trattamento sottesi all'obbligo di concorrenza tra i candidati potenzialmente interessati. Tuttavia, titolo di eccezione, il par. 1, *sub* lett. d), ii), del medesimo art. 72 prevede che un nuovo contraente possa, senza una nuova procedura di appalto, sostituire quello al quale l'amministrazione aggiudicatrice ha inizialmente aggiudicato l'appalto, quando all'aggiudicatario iniziale succeda, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, *insolvenza compresa*, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della Direttiva in parola. Spiegano in particolare i giudici di Lussemburgo che tale successione può comportare che il nuovo contraente rilevi l'insieme o parte del patrimonio dell'aggiudicatario iniziale e può quindi comportare soltanto il trasferimento di un appalto pubblico rientrante nel patrimonio di quest'ultimo. In più, osserva la Corte, sebbene una siffatta interpretazione della nozione di "successione parziale" di cui al citato art. 72, par. 1, lett. d), ii), non sia sufficiente a garantire, di per sé,

(5) Ai sensi dell'art. 172, comma 7, d.lgs. 14/2019, infatti, sono fatte salve le norme speciali in materia di contratti pubblici.

(6) 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.

Pertanto, a seguito dell'apertura del fallimento (ovvero della liquidazione giudiziale) senza continuità aziendale, a carico dell'affidatario, il contratto stipulato con la pubblica amministrazione si scioglie e la stazione appaltante provvede, mediante previo interpellato, 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.

### 2.1 Il caso dell'impresa insolvente partecipante a un raggruppamento temporaneo

Si deve ora considerare l'ipotesi in cui l'impresa, a carico della quale sia stata aperta una procedura di fallimento (ovvero di liquidazione giudiziale) faccia parte di un raggruppamento temporaneo aggiudicatario di un contratto pubblico che risulti allo stato pendente. In tal caso, trovano applicazione le previsioni contenute ai commi 17 e 18 dell'art. 48 d.lgs. 50/2016 che contemplano, appunto, l'intervenuta procedura concorsuale, rispettivamente, della mandataria ovvero di una delle imprese mandanti del raggruppamento. Previsioni che, nel disporre che il contratto pubblico di appalto – di per sé – non si scioglie al ricorrere dei presupposti di legge, si impongono come prevalenti rispetto al quadro normativo sopra delineato (fatto salvo quanto si dirà per il caso di continuità aziendale). In particolare, si delineano i seguenti scenari.

#### a) Fallimento / liquidazione giudiziale della mandataria.

In tal caso la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario, purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori ancora da eseguire; solo non sussistendo tali condizioni, la stazione appaltante deve recedere dal contratto (art. 48, comma 17, d.lgs. 50/2016);

che il nuovo contraente dia esecuzione all'appalto con una capacità equivalente a quella dell'aggiudicatario iniziale, resta nondimeno il fatto come tale disposizione preveda che siffatta successione sia subordinata alla condizione che il nuovo contraente soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente.

b) **Fallimento / liquidazione giudiziale della mandante.** Per detta ipotesi è invece previsto l'onere della mandataria di eseguire il contratto pubblico d'appalto, direttamente o a mezzo delle altre mandanti, purché queste abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori ancora da eseguire (art. 48, comma 18, d.lgs. 50/2016). Vengono così tipizzate le uniche eccezioni al principio regolatore della materia, sancito in modo espresso dal medesimo art. 48, comma 9, il quale vieta, in via generale, qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, pena l'annullamento dell'aggiudicazione e la nullità del conseguente contratto stipulato con il soggetto illegittimamente modificato. Le eccezioni, dunque, sono tassative e, come noto, sono oggi legislativamente estese anche alla fase pubblicistica di gara (v. art. 48, comma 19-ter), rimanendo comunque di stretta interpretazione. Altrettanto nota è inoltre la relativa lettura offerta in più occasioni dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in base alla quale **le uniche modifiche consentite dal legislatore sono quelle interne allo stesso raggruppamento, con una diversa distribuzione di ruoli e compiti tra mandanti e mandataria**<sup>9</sup>. In particolare, per quel che qui rileva, sono da ricordare le argomentazioni espresse dalla sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 27 maggio 2021, n. 10, ove si esplicita che *“la deroga all'immodificabilità soggettiva dell'appaltatore costituito in raggruppamento, tale da evitare in fase esecutiva la riapertura dell'appalto alla concorrenza e, dunque, l'indizione di una nuova gara, è solo quella dovuta, in detta fase, a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l'aggiunta di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara (o, addirittura, che vi abbiano partecipato e ne siano stati esclusi), ciò che contraddirebbe la stessa ratio della deroga, dovuta a vicende imprevedibili che si manifestino in sede esecutiva e colpiscano i componenti del raggruppamento, tuttavia senza incidere sulla capacità complessiva dello stesso raggruppamento di riorganizzarsi internamente, con una diversa distribuzione di diversi compiti e ruoli (tra mandante e mandataria o tra i soli mandanti), in modo da garantire l'esecuzione dell'appalto anche prescindendo*

(9) Nella medesima direzione muove anche il diritto europeo, come già sopra osservato con il richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Cfr. in particolare Considerando n. 110 della Direttiva 24/2014/UE.

dall'apporto del componente del raggruppamento ormai impossibilitato ad eseguire le prestazioni o, addirittura, non più esistente nel mondo giuridico". L'Adunanza Plenaria ha dunque dato una lettura funzionale del principio di immodificabilità nel senso di non precludere la modifica soggettiva in assoluto, ammettendola solo laddove questa operi in riduzione, anziché in aggiunta o in sostituzione, e quindi solo internamente e senza innesti dall'esterno del raggruppamento<sup>10</sup>. La sostituzione esterna non è pertanto consentita né per la figura della mandataria né per quella della mandante.

Oggi è quindi chiaro che le modifiche soggettive del raggruppamento temporaneo, ammesse dalle succitate norme, possono avvenire solo "in riduzione", nel senso che:

- i) in caso di fallimento (ovvero di liquidazione giudiziale) della mandataria, è necessario costituire un nuovo rapporto di mandato e la mandataria esclusa, in quanto colpita dall'evento ostativo, dovrà sostituirsi con una delle mandanti, purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati alle prestazioni ancora da eseguire; altrimenti, non sussistendo tali condizioni, così come espressamente previsto dalla legge, la stazione appaltante dovrà recedere dal contratto;
- ii) in caso di fallimento (ovvero di liquidazione giudiziale) di una delle mandanti, ove il raggruppamento sia in possesso di tutti i requisiti richiesti dalla legge di gara, la quota esecutiva di pertinenza della mandante estromessa dovrà essere assegnata ad altro mandante, già designato dello stesso raggruppamento, se idoneamente qualificato, ovvero assegnata alla medesima mandataria.

Deve poi ricordarsi, sempre in virtù dei principi di diritto espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che l'evento che conduce alla sostituzione me-

ramente interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la prosecuzione del rapporto contrattuale. La modifica, dunque, necessariamente autorizzata dalla stazione appaltante, previa valutazione dei requisiti speciali, oltre che generali, avverrà a seguito del termine dalla stessa concesso al raggruppamento per la riorganizzazione della propria composizione.

Al ricorrere quindi delle condizioni prescritte, così come interpretate dall'Adunanza plenaria, il contratto pendente non si scioglie, realizzandosi in sostanza una 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. Si badi inoltre come in entrambe le fattispecie individuate, il legislatore non contempli l'ipotesi di autorizzazione alla continuità aziendale dell'impresa entrata in fallimento (ovvero in liquidazione giudiziale). Pertanto, coerentemente con quanto sopra delineato proprio per il caso in cui venga disposto l'esercizio dell'impresa, deve ritenersi che, qualora a carico di un componente del raggruppamento temporaneo, mandatario o mandante, sia aperta una procedura di fallimento (ovvero 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.

Si prospetta di seguito un quadro di sintesi della disciplina finora illustrata<sup>11</sup>.

(10) Spiega infatti il Supremo Collegio che la modifica sostitutiva c.d. "per addizione" costituirebbe ex se una deroga non consentita al principio della concorrenza perché permetterebbe l'esecuzione della prestazione da parte di un soggetto che non ha preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza, anche peraltro in violazione di quanto prevede il sopra richiamato art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, d.lgs. 50/2016. Senza inoltre contare come i contratti di diritto pubblico poggino sul principio della personalità, in virtù del fatto che derivano da una procedura concorsuale che mira, da un lato, a premiare l'offerta migliore e, dall'altro, a tutelare l'interesse pubblico alla qualificazione tecnica, organizzativa, economica e morale delle imprese concorrenti.

(11) Per un quadro più completo che abbracci anche le ipotesi di apertura di fallimento / liquidazione giudiziale, ovvero di concordato preventivo, in fase di gara, sia consentito rinviare a: B. ARMELI, *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"*, in *Appalti&Contratti*, 2019, 6, pp. 11-41.

Fallimento / Liquidazione giudiziale		
Fase esecutiva		
Fallimento aperto / Liquidazione giudiziale aperta	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, con RTI in composizione originaria, 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 (in virtù di un contratto di cessione stipulato dal curatore con un altro operatore economico adeguatamente qualificato).	Sostituzione in riduzione del RTI (con una diversa distribuzione di ruoli e compiti tra mandanti e mandataria).

Al fine di meglio comprendere quanto sopra delineato, oltreché per maggior completezza espositiva, si osserva inoltre che:

i) **il fallimento (ovvero la liquidazione giudiziale) della mandataria determina ex lege lo scioglimento del rapporto di mandato** (art. 78, comma 2, l. fall., replicato nell'art. 183, comma 2, d.lgs. 14/2019) – **eccezion fatta per il caso di continuità aziendale** (art. 104, comma 7, l. fall., replicato nell'art. 211, comma 8, d.lgs. 14/2019<sup>12</sup>) – sicché l'impresa mandante è legittimata ad agire *direttamente* nei confronti del committente pubblico per la riscossione della quota dei crediti nascenti dall'appalto ad essa imputabile e la curatela è legittimata a riscuotere dall'amministrazione appaltatrice il corrispettivo per l'esecuzione dell'appalto *solo* per la quota corrispondente a quella parte di lavori o servizi appaltati la cui realizzazione, in base all'accordo di associazione temporanea, era di spettanza dell'ex mandataria (Cass. civ., sez. I, 17 gennaio 2017, n. 973); infatti, qualora a seguito del fallimento dell'impresa capogruppo si verificasse, oltre allo scioglimento del rapporto di mandato, anche lo scioglimento del contratto d'appalto (per assenza delle condizioni legittiman-

ti il proseguo *ex art. 48, comma 17, d.lgs. 50/2016*), quest'ultimo scioglimento non determinerebbe comunque la successione alla mandataria insolvente della mandante, la cui responsabilità resta limitata alle obbligazioni originate dal suo apporto esclusivo in relazione alle prestazioni di sua spettanza (Cass. civ., sez. I, 22 agosto 2018, n. 20943);

ii) **il fallimento (ovvero la liquidazione giudiziale) della mandante non determina ex lege lo scioglimento del rapporto di mandato** (art. 78, comma 2, l. fall., replicato nell'art. 183, comma 2, d.lgs. 14/2019), essendone rimessa la scelta al curatore; scelta, nella specie, dettata a monte dall'autorizzazione, o meno, della continuità aziendale. Per cui, se in costanza di procedura concorsuale non viene proseguito l'esercizio dell'impresa, per la mandante insolvente l'appalto non può proseguire e quindi anche il mandato si scioglie (*ex lato* impresa in liquidazione), pur non comportando lo scioglimento del contratto d'appalto, alla cui esecuzione resta obbligata la mandataria (salvo un riparto di quote esecutive tra le altre mandanti qualificate *ex art. 48, comma 18, d.lgs. 50/2016*). In tal caso, i pagamenti per i lavori o i servizi eseguiti in precedenza vanno effettuati

(12) Ai sensi delle norme citate, durante l'esercizio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospendere l'esecuzione o scioglierli.

nei confronti della curatela, con obbligo dell'amministrazione committente, che abbia invece pagato alla mandataria, di rinnovare tale adempimento, poiché, con lo scioglimento del rapporto di mandato vengono conseguentemente meno i poteri di gestione e rappresentanza in capo alla mandataria nei confronti dell'ex mandante insolvente (Cass. civ., sez. I, 19 dicembre 2019, n. 34116). Qualora invece si apra a carico della mandante un fallimento (ovvero una liquidazione giudiziale) con continuità aziendale e, quindi, con subentro del curatore nel contratto di mandato, oltre che nel contratto d'appalto, si rimarca che anche l'eventuale credito del mandatario, nei confronti della mandante in procedura, per l'attività compiuta dopo l'apertura della procedura stessa, è soddisfatto in prededuzione (art. 78, comma 3, l. fall., replicato nell'art. 183, comma 3, d.lgs. 14/2019)<sup>13</sup>.

### 3. Richiesta di corrispettivo del curatore ed eccezione di inadempimento opposta dalla stazione appaltante

Così concluso l'inquadramento normativo, non si può ora che rilevare come molteplici siano le questioni che possono nascere a seguito del fallimento (ovvero della liquidazione giudiziale) dell'affidatario di contratto pubblico pendente, sia esso costituito in forma singola o associata. Tra le tante, in questa sede si sceglie, in particolare, di indagare se il committente, di opera pubblica, possa opporre o meno l'eccezione di inadempimento a seguito del fallimento (ovvero della liquidazione giudiziale) dell'appaltatore, ed eventualmente con che limiti. Specificatamente, qualora il contratto di appalto pubblico in essere non possa proseguire, determinandosi

pertanto lo scioglimento dello stesso, sorge la questione dell'opponibilità o meno dell'eccezione di inadempimento sollevata dalla parte *in bonis* – nella specie, committente pubblico – ai sensi dell'art. 1460 c.c., il quale dispone infatti che nei contratti – *in corso* – con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria.

Il problema è stato affrontato espressamente, e più volte, dalla Suprema Corte di Cassazione, la quale, in un caso deciso piuttosto recentemente, ha risposto appunto al quesito se, dinanzi a un contratto di appalto, il committente, che è obbligato al pagamento del corrispettivo, possa rifiutarsi di adempiere, eccependo a sua volta l'inadempimento dell'appaltatore. E ciò, successivamente alla dichiarazione di fallimento di quest'ultimo, quando il committente stesso venga convenuto in giudizio dalla curatela proprio per il pagamento dovuto. A riguardo, i giudici di legittimità hanno enunciato la massima secondo la quale, intervenuto lo scioglimento del contratto di appalto, anche di opera pubblica, per effetto della dichiarazione di fallimento dell'appaltatore, l'appaltante può rifiutarsi di procedere al pagamento dei lavori eseguiti se fondata l'eccezione d'inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c. (Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2021, n. 26573). Il fatto che si tratti di contratto di opera pubblica, come peraltro nel caso deciso, non rileva per il Collegio ai fini della soluzione della questione<sup>14</sup>. Del resto – osserviamo – l'art. 30 del Codice dei contratti pubblici è chiaro nel precisare, *sub comma 8*, che, per quanto non espressamente previsto dallo stesso Codice, alla fase di esecuzione del contratto si applicano le disposizioni del codice civile. Dunque, fermo restando che la stazione appaltante deve corri-

(13) Trattasi di una specificazione della regola generale, v. *supra*, nota 2.

(14) Nel caso in questione, Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (di seguito, RFI) stipulava, nel 1997, contratto pubblico di appalto con un'ATI per l'affidamento di lavori di armamento ferroviario. Successivamente, una delle società raggruppate veniva dichiarata fallita e la curatela conveniva in giudizio la committente RFI per il pagamento del corrispettivo dei lavori effettuati in esecuzione del predetto contratto. L'adito Tribunale di Roma rigettava la domanda di pagamento del curatore, accogliendo l'eccezione di inadempimento sollevata dalla convenuta RFI. In secondo grado, la Corte di appello di Roma riformava la sentenza del Tribunale perché riteneva inammissibile l'eccezione di inadempimento avanzata da RFI. Quest'ultima, di conseguenza, agiva con ricorso per Cassazione, deducendo in particolare, con il primo motivo, la violazione e falsa applicazione dell'art. 1460 c.c. e dell'art. 81 l. fall. perché "la Corte di Appello di Roma ha dichiarato che l'appaltante non può rifiutare il pagamento dei lavori eseguiti in quanto non opponibile l'eccezione di inadempimento per effetto della dichiarazione di fallimento dell'appaltatore". La Prima Sezione della Suprema Corte ha accolto il ricorso, reputandolo fondato, con cassazione della sentenza impugnata e rinvio al giudice d'appello affinché si pronunciasse attenendosi al principio di diritto riportato nella massima sopra citata.

spondere al curatore dell'impresa entrata in procedura il compenso delle prestazioni da quest'ultima eseguite fino all'intervenuto scioglimento del contratto (Cass. civ., sez. un., 2 marzo 2020, n. 5685), nessun dubbio sul fatto che l'eccezione di inadempimento possa essere sollevata anche dal committente pubblico. Tuttavia, non possiamo esimerci dal rilevare talune peculiarità con le osservazioni a seguire, non prima però di aver illustrato le argomentazioni della Cassazione intervenuta in materia.

### 3.1. La soluzione della Cassazione n. 26573/2021

La Suprema Corte, basandosi su una *"pacifica e consolidata"* giurisprudenza, già espressasi in ordine all'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. in caso di fallimento (si menziona a riguardo: Cass. civ., sez. I, 20 novembre 2015, n. 23810), evidenzia come, a seguito del fallimento dell'appaltatore, **quando il contratto di appalto, anche di opera pubblica, si scioglie, lo scioglimento avviene con "effetto ex nunc" (dunque non con effetto retroattivo).** Pertanto, è naturale che al curatore spetti il corrispettivo maturato per le prestazioni eseguite dall'appaltatore (poi fallito) sino all'intervenuto scioglimento, così come altrettanto ferma è la possibilità per il committente di rifiutare legittimamente il pagamento delle opere appaltate per la parte ineseguita o non eseguita a regola d'arte. *"Diversamente opinando"* – rileva il Collegio – *"si imporrebbe al debitore di pagare per intero le prestazioni ricevute, pur se in tutto o in parte non eseguite esattamente"*.

Senza troppo approfondire, la Sezione cita invero pure taluni suoi precedenti che espressamente escludono la possibilità per il committente di invocare la disciplina prevista dall'art. 1460 c.c., definendoli solo *"apparentemente contrari"*. Detta apparenza si coglierebbe nel fatto che tali precedenti hanno comunque affermato l'obbligazione del corrispettivo a carico del committente solo nei limiti in cui l'opus gli è utile. In particolare, da un lato, essi confermano che al curatore spetta il corrispettivo maturato per le opere già eseguite, dall'altro lato, negando l'opponibilità dell'eccezione di inadempimento, lasciano però spazio al risarcimento dei danni conseguenti al ritardo e al non corretto adempimento (Cass. civ., sez. I, 6 marzo 2015, n. 4616). Tanto basta alla Cassazione per mettere in chiaro, nella pronuncia in commento, che se l'eccezione di inadem-

pimento ex art. 1460 c.c., opposta dal committente alla curatela dell'appaltatore fallito, è fondata, ben può detto committente rifiutarsi di procedere al pagamento dei lavori eseguiti prima dello scioglimento del contratto d'appalto con l'intervenuto fallimento.

### 3.2. Osservazioni

Alla luce di quanto espresso dalla Cassazione civile, è dunque chiaro che alla pretesa di pagamento da parte del curatore in relazione alle prestazioni erogate dal soggetto affidatario in tempo antecedente l'apertura della procedura concorsuale a suo carico, la parte *in bonis* – committente pubblico – può ben opporre l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., non certo radicandola nella dichiarazione di fallimento (ovvero di liquidazione giudiziale), ma soltanto allorché riferita a inadempienze contrattuali maturate anteriormente alla dichiarazione stessa, che si sono tradotte, in sostanza, nella non corretta/esatta esecuzione, ovvero nell'esecuzione non a regola d'arte, della prestazione oggetto di affidamento. E ciò è possibile in ragione del fatto che lo scioglimento del contratto d'appalto, quando implicato dall'intervenuta procedura concorsuale (v. i casi sopra esaminati, *sub* §§ 2 e 2.1), si realizza con un effetto unicamente "da ora in poi", che quindi non è tale da travolgere il rapporto pregresso e gli annessi diritti ed obblighi<sup>15</sup>.

Dunque, dai principi comuni espressi dai diversi orientamenti giurisprudenziali si ricava che:

- i) non sussistendo le condizioni legislative per il proseguo, il contratto di appalto si scioglie con effetto *ex nunc* a seguito dell'intervenuto fallimento dell'appaltatore (e lo stesso vale in caso di apertura della liquidazione giudiziale);

(15) Sulla scorta di detto effetto, la Corte, pertanto, non rinuncia a citare – a sostegno del proprio indirizzo interpretativo – anche precedenti *"apparentemente"* difformi che non ritengono possibile invocare la disciplina di cui all'art. 1460 c.c. perché la stessa, *"implicando la sospensione della prestazione della parte non inadempiente, presuppone un contratto non ancora risolto"* (Cass. n. 4616/2015, cit.). Del resto – possiamo osservare – sia che si tratti di ritenere legittimo il rifiuto di pagamento opposto dal committente ex art. 1460 c.c., sia che si tratti di riconoscere un risarcimento per i danni (occasionati ante-fallimento) da ritardo o non corretto adempimento dell'appaltatore, pur sempre occorre accertare la non esatta esecuzione del contratto d'appalto da parte di quest'ultimo, prima del relativo scioglimento per intervenuto fallimento.

- ii) al curatore spetta il corrispettivo maturato per le prestazioni già eseguite sino all'intervenuto scioglimento;
- iii) l'obbligazione del corrispettivo a carico del committente sussiste nei limiti di utilità di quanto eseguito (lavoro, servizio o fornitura), nel senso che lo stesso non può essere obbligato a pagare per intero le prestazioni ricevute, laddove queste risultino in tutto o in parte non eseguite esattamente.

Inoltre:

- i) secondo un **primo orientamento**, dinanzi alla pretesa di pagamento del curatore, per le prestazioni eseguite dall'appaltatore prima della dichiarata insolvenza, **il committente non può opporre l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c.** perché la stessa, implicando la sospensione della prestazione della parte non inadempiente, presuppone che il contratto non sia stato ancora risolto;
- ii) secondo l'**orientamento contrario**, sposato anche dalla pronuncia qui più ampiamente richiamata, invece, **il committente, dinanzi alla pretesa di pagamento del curatore, può legittimamente rifiutare il pagamento delle opere per la parte ineseguita o non eseguita a regola d'arte.**

In ogni caso, il quadro muta qualora l'impresa in fallimento (ovvero in liquidazione giudiziale) fosse già inadempiente, con specifico riguardo al contratto di affidamento in essere, alla data di apertura della procedura concorsuale e l'amministrazione committente avesse, prima di tale data, domandato la risoluzione giudiziale del contratto ovvero avesse intrapreso la procedura amministrativa per giungere alla risoluzione in via di autotutela. Secondo la giurisprudenza civilistica, infatti, **il potere di risoluzione del contratto da parte della p.a. per inadempimento dell'appaltatore può essere legittimamente esercitato, in caso di intervenuto fallimento dell'appaltatore stesso, solo se riferito a inadempienze precedenti la dichiarazione di insolvenza, potendo altrimenti il curatore fallimentare chiedere giudizialmente l'accertamento della preminenza, rispetto alla delibera di risoluzione in danno, dello scioglimento del vincolo contrattuale in conseguenza del fallimento** (Cass. civ., sez. I, 23 febbraio 2018, n. 4454<sup>16</sup>).

(16) Principio pronunciato ancora con riferimento alle disposizioni contenute nella l. 2248/1865, abrogate dal d.lgs. 163/2006, a sua volta abrogato dal d.lgs. 50/2016.

In altri termini, sarebbe a dirsi che lo scioglimento del contratto pubblico d'appalto per dichiarata insolvenza dell'affidatario – ove già a monte non sussistano le condizioni per la prosecuzione – non trova spazio qualora la stazione appaltante abbia intrapreso la risoluzione del contratto a norma dell'art. 108, d.lgs. 50/2016, per grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali (comma 3) o per ritardi dovuti a negligenza (comma 4), occasionati in tempo antecedente l'apertura della procedura di fallimento (ovvero di liquidazione giudiziale).

A riguardo, deve peraltro ricordarsi come, in virtù di quanto disposto dalla disciplina concorsuale – di ieri, come di oggi – **l'azione di risoluzione del contratto promossa prima dell'apertura del fallimento (ovvero della liquidazione giudiziale) nei confronti della parte inadempiente spiega i suoi effetti nei confronti del curatore.** Se poi, con la risoluzione, il contraente *in bonis* intende ottenere la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, deve proporre la relativa domanda di accertamento del passivo nella procedura concorsuale, secondo le regole proprie di questa. In ogni caso, sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dall'apertura del fallimento (ovvero della liquidazione giudiziale), ai sensi dell'art. 72, commi 5 e 6, l. fall., replicato nell'art. 172, commi 5 e 6, d.lgs. 14/2019. Norma, talvolta, dimenticata nella prassi.

#### **4. Risoluzione anticipata del contratto di appalto per inadempienza o scioglimento dello stesso per intervenuta insolvenza?**

Alla luce di quanto sopra, potrebbe essere utile richiamare dettagliatamente le previsioni contenute nell'art. 108 del Codice dei contratti pubblici, ancorché temporaneamente in parte derogato dall'art. 5 del d.l. 76/2020 (su cui v. *infra*, § 5). In particolare, per quanto qui di interesse, è previsto quanto segue.

##### **a) Sub comma 3 dell'art. 108:**

- il direttore dei lavori o il responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato, quando accerti un grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da comprometterne la buona riuscita delle prestazioni:
- i) invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti

- necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo *può* essere riconosciuto all'appaltatore;
- ii) formula la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento;
- acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante, su proposta del responsabile del procedimento, dichiara risolto il contratto.
- b) Sub comma 4 dell'art. 108:**
- qualora l'esecuzione delle prestazioni ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto:
- i) il direttore dei lavori o il responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato, gli assegna un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, entro i quali l'appaltatore deve eseguire le prestazioni;
- ii) scaduto il termine assegnato, e redatto processo verbale in contraddittorio con l'appaltatore, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante risolve il contratto, fermo restando il pagamento delle penali.
- c) Sub comma 5 dell'art. 108:** nel caso di risoluzione del contratto, l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento delle prestazioni relative ai lavori regolarmente eseguiti, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto.
- d) Sub comma 8 dell'art. 108:** in sede di liquidazione finale dei lavori riferita all'appalto risolto, l'onere da porre a carico dell'appaltatore è determinato anche in relazione alla maggiore spesa sostenuta per affidare ad altra impresa i lavori, ove la stazione appaltante non abbia proceduto ad interpellare 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 (facoltà prevista dall'art. 110, comma 1, dello stesso Codice).

La *domanda* che allora sorge al termine di tale disamina è se l'eccezione di inadempimento *ex art. 1460 c.c.*, che la Cassazione ritiene opponibile dal committente pubblico dinanzi alla pretesa di pagamento della curatela

dell'appaltatore fallito, per la non (esatta e/o puntuale) esecuzione dell'opera in tempo antecedente la dichiarazione di insolvenza, rimane comunque sollevabile anche quando sia mancato l'iter procedurale di contestazione e di diffida ad adempiere specificatamente normato dalla disciplina speciale (e per questo prevalente) del Codice dei contratti pubblici.

La domanda si lascia volutamente aperta, preferendo proporre una lettura interpretativa che risolva a monte il problema<sup>17</sup>. Infatti, **eccezion fatta per il caso in cui il contratto pubblico d'appalto prosegua, vuoi perché il curatore viene autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa con benessere del giudice delegato, vuoi perché il rapporto viene mantenuto dal raggruppamento temporaneo in composizione ridotta, pare che per la committenza pubblica sia più conveniente giocare d'anticipo, sfruttando i poteri a sua disposizione per risolvere il contratto in essere, prima che giunga la dichiarazione d'insolvenza** (ove l'impresa sia un operatore economico singolo oppure non sia sostituibile con altro raggruppato). Non solo perché, come rilevava una giurisprudenza ormai superata, *“laddove la risoluzione del contratto intervenga quando il contratto di appalto di opera pubblica è già sciolto ex art. 81 l.fall., la p.a. al pari degli altri creditori, non può far valere nel concorso una pretesa risarcitoria fondata su un inadempimento dell'appaltatore conseguente alla sua insolvenza”*<sup>18</sup>, ma anche e soprattutto perché, come sopra riportato, **solo in caso di risoluzione del contratto ex art. 108 d.lgs. 50/2016 (e non già in caso di scioglimento per intervenuta insolvenza), la stazione appaltante potrebbe**

(17) Resta comunque fermo che l'ammissibilità dell'eccezione di inadempimento, riconosciuta dalla Cassazione, può ribadirsi, nei medesimi limiti sopra richiamati, anche con riguardo al fallimento (ovvero alla liquidazione giudiziale) di un'impresa riunita in raggruppamento temporaneo, con la precisazione che l'eccezione stessa (post-procedura concorsuale) sarà sollevata dalla committenza pubblica alla curatela dell'impresa insolvente, ove fuoriuscita dal raggruppamento, mentre le contestazioni e le diffide per grave inadempimento e ritardi negligenti (ante-fallimento) – legittimanti la risoluzione del contratto d'appalto *ex art. 108, d.lgs. 50/2016* (ed eventualmente condizionanti l'opponibilità della stessa eccezione *ex art. 1460 c.c.* in via successiva) – saranno rivolte (sempre) alla capogruppo mandataria che agisce, fintanto che perdura il rapporto di mandato, come rappresentante, ovvero in nome e per conto di tutte le imprese raggruppate.

(18) Trib. Treviso, 3 giugno 1999.

recuperare, dal pagamento del corrispettivo maturato per le opere regolarmente eseguite, gli “oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto” ovvero quella “maggiore spesa sostenuta per affidare ad altra impresa i lavori” da ultimare.

### 5. La disciplina derogatoria di cui all'art. 5 del decreto Semplificazioni

Come noto, il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. decreto Semplificazioni, conv. con modif. dalla l. 11 settembre 2020, n. 120) ha introdotto una disciplina che in parte espressamente deroga a quella del Codice dei contratti pubblici. In particolare, il relativo art. 5 intende prevalere su talune previsioni dettate proprio dal summenzionato art. 108 del d.lgs. 50/2016, oltre che dall'art. 107 con riguardo all'esecuzione di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie comunitarie e fino al 30 giugno 2023<sup>19</sup>. Tuttavia, la disposizione in esame, laddove ha inteso occuparsi di “*crisi o insolvenza dell'esecutore*”, mal si coordina, da un punto di vista sistematico, con il quadro tracciato dalla normativa concorsuale, sulla cui base è stata poi adattata quella dei contratti pubblici per il caso, appunto, di fallimento ovvero liquidazione giudiziale dell'operatore economico.

In sintesi, per quanto qui in rilievo, ricordiamo che, ai sensi del comma 4 della norma in questione, **nel caso in cui la prosecuzione dei lavori, per qualsiasi motivo, inclusa l'insolvenza dell'esecutore, anche in caso di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa, non possa procedere con il soggetto designato, né, in caso di esecutore plurisoggettivo, con altra impresa del raggruppamento, ove in possesso dei requisiti adeguati ai lavori ancora da realizzare<sup>20</sup>, la stazione appaltante,**

previo parere del collegio consultivo tecnico, salvo che per gravi motivi tecnici ed economici sia comunque, anche in base al citato parere, possibile o preferibile proseguire con il medesimo soggetto, dichiara senza indugio, in deroga alla procedura di cui all'art. 108, commi 3 e 4, del d.lgs. 50/2016, la risoluzione del contratto, che opera di diritto, provvedendo secondo una delle modalità alternative tassativamente previste<sup>21</sup>:

- i) esecuzione in via diretta dei lavori;
- ii) interpello progressivo dei soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e alle *condizioni proposte dall'operatore economico interpellato* (e non dall'aggiudicatario iniziale, come invece previsto dall'art. 110 del d.lgs. 50/2016 per il caso di scioglimento del contratto d'appalto nel caso in cui l'appaltatore entri in fallimento ovvero in liquidazione giudiziale senza esercizio provvisorio dell'impresa);
- iii) indizione di una nuova procedura per l'affidamento del completamento dell'opera;
- iv) nomina di un commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell'opera.

(19) In deroga all'art. 107 d.lgs. 50/2016, la sospensione dell'esecuzione può avvenire esclusivamente per le ragioni legislativamente determinate, tra le quali non figura l'insolvenza dell'appaltatore, e per il tempo strettamente necessario al loro superamento.

(20) In tal caso l'orizzonte della modifica è espressamente limitato, nel senso che l'avvicendamento è ammesso solo se realizzato “*con altra impresa del raggruppamento designato*”. Qui, dunque, è stato direttamente il legislatore a circoscrivere i confini della modifica soggettiva, che può avvenire, come in seguito affermato dalla Plenaria – proprio anche sulla scorta di tale disposizione – solo “*in riduzione*” (v. *supra*, § 2.1).

(21) La circostanza che, per l'operare della deroga in questione, sia coinvolto espressamente il collegio consultivo tecnico (CCT), conferma che l'ambito applicativo della norma in esame è limitato ai lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie comunitarie, essendo questa l'area di intervento del CCT ex art. 6 d.l. 76/2020. L'ambito applicativo della deroga all'art. 108 d.lgs. 50/2016, dunque, coincide con quello della deroga all'art. 107 dello stesso Codice dei contratti pubblici di cui al comma 1 dell'art. 5 d.l. 76/2020, nonostante la poco felice tecnica legislativa impiegata, che sembra circoscrivere il suddetto campo di operatività per le sole peculiari ipotesi di sospensione del contratto. Viene inoltre da aggiungere, alla luce del fatto che la disciplina speciale si applica ai soli appalti di lavori, che la realizzazione dell'opera pubblica, per il legislatore della “*semplificazione*”, “*vale*” più della sua progettazione. Nell'ipotesi, infatti, di fallimento ovvero di liquidazione giudiziale della società affidataria del servizio di progettazione “*della grande opera pubblica*” – ipotesi comunque certamente più rara – si applica la disciplina ordinaria, risultante dal combinato disposto di quanto previsto dal Codice dei contratti pubblici e dalla legge fallimentare, ovvero dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Come precisato dalla Relazione illustrativa, per la regolazione dei rapporti tra le parti che conseguono alle risoluzioni di diritto si applica comunque la disciplina dell'art. 108, commi da 5 a 9, del d.lgs. 50/2016, la quale infatti non viene derogata. Pertanto, come sopra rilevato, anche in caso di risoluzione di diritto ex art. 5, comma 4, del d.l. 76/2020, l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento delle prestazioni relative ai lavori regolarmente eseguiti, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto, e, in sede di liquidazione finale dei lavori riferita all'appalto risolto, l'onere da porre a carico dell'appaltatore è determinato anche in relazione alla maggiore spesa sostenuta per affidare ad altra impresa i lavori, ove la stazione appaltante non abbia proceduto ad interpellare 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.

Inoltre, il comma 6 del medesimo art. 5 dispone che, al di fuori dei casi tassativi di sospensione (di cui al comma 1) – tra i quali, peraltro, non figura né l'insolvenza, neppure come mero stato di fatto, né la pendenza del relativo procedimento giudiziale di accertamento – le parti (committente e appaltatore) non possono invocare l'inadempimento della controparte o di altri soggetti (ad esempio un'impresa raggruppata insolvente) per sospendere l'esecuzione dei lavori di realizzazione dell'opera (obbligazione dell'appaltatore) ovvero le prestazioni connesse alla tempestiva realizzazione dell'opera (come il pagamento del corrispettivo, quale obbligazione del committente)<sup>22</sup>. In altri termini, dunque, le parti non possono invocare proprio l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. Chiaro è che qui l'impossibilità di sollevare l'eccezione di inadempimento altrui – finalizzata alla sospensione delle proprie obbligazioni contrattuali – viene calata in un contratto d'appalto ancora in corso, non facendo comunque venir meno la possibilità –

(22) Poiché peraltro la norma troverebbe applicazione, in ipotesi, anche in caso di conosciuta insolvenza di fatto dell'appaltatore, l'impossibilità di sospendere il pagamento del corrispettivo, mal si concilierebbe con una eventuale revocatoria conseguente all'apertura del concorso per insolvenza dichiarata giudizialmente. Il legislatore avrebbe dovuto espressamente prevederne un'eccezione.

ammessa, come visto, dalla più recente Cassazione – di eccepire ex art. 1460 c.c. il *pregresso* inadempimento una volta sciolto il contratto, dopo l'apertura della procedura concorsuale (di fallimento o di liquidazione giudiziale), per assenza delle condizioni legittimanti il proseguo. Condizioni che, invero, appaiono nel contesto *de quo* di maglie più larghe – e alquanto indefinite – rispetto a quelle che abbiamo sopra esaminato. Viene infatti ulteriormente prescritto che “*in ogni caso, l'interesse economico dell'appaltatore o la sua eventuale sottoposizione a procedura concorsuale o di crisi non può essere ritenuto prevalente rispetto all'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica*”. E quindi, in sostanza, sembrerebbe che anche l'interesse pubblicistico al soddisfacimento dei creditori concorsuali – a cui il fallimento ovvero la liquidazione giudiziale sono da ultimo preordinati – debba cedere il passo all'interesse alla realizzazione dell'opera – interesse del pari pubblicistico, ma *ex ante* valutato dal legislatore di maggiore pregnanza rispetto agli altri. Inoltre, come sopra rilevato, anche laddove la prosecuzione del contratto non risulti *possibile* per insolvenza dell'appaltatore, nondimeno la stazione appaltante, con il solo benessere del parere favorevole collegio consultivo tecnico, potrebbe comunque ritenere *preferibile* – motivando adeguatamente sulla base di “*gravi motivi tecnici ed economici*” – proseguire il contratto con il medesimo soggetto esecutore. Tuttavia, quest'ultima previsione, letta in questi termini, appare davvero di impossibile applicazione in quanto totalmente sganciata dall'ordinamento concorsuale. Solo un'interpretazione di stampo sistematico potrebbe coordinarla con la disciplina sulla crisi d'impresa e dell'insolvenza e con i ruoli assegnati a curatore (con riguardo, tra l'altro, al programma di liquidazione) e giudice delegato (la cui autorizzazione al proseguo – anche a valle della scelta amministrativa – pare comunque imprescindibile). Inoltre, per quanto qui la norma attribuisca al collegio consultivo tecnico un mero compito consultivo, sembrerebbe per il vero che scopo dell'intervento del collegio medesimo sia quello di emettere una “determinazione” funzionale all'accertamento di quei gravi motivi tecnici ed economici legittimanti un giudizio di preferenza amministrativa alla prosecuzione dei lavori con l'esecutore insolvente, a prescindere dal fatto – in assenza di alcun *distinguo* legislativo a riguardo – che lo stesso

sia già entrato o meno in procedura concorsuale<sup>23</sup> e, se del caso, che il curatore della relativa procedura sia stato o meno autorizzato all'esercizio dell'impresa. Ma vieppiù. Perché, se per un verso il contratto può proseguire anche con l'insolvente, nei termini anzidetti, non è così scontato che invece continui quand'anche la procedura concorsuale sia aperta con autorizzazione all'esercizio provvisorio. E, si badi, non già per mancata autorizzazione del giudice delegato<sup>24</sup>, bensì, unicamente, per determinazione della stazione appaltante, ove questa reputi, sempre con l'appoggio del collegio consultivo, che *comunque* il contratto d'appalto non possa proseguire<sup>25</sup>. Previsione quest'ultima, condivisibile o meno, ma sicuramente coerente, nell'ambito della disciplina speciale di cui trattasi, con l'esito del bilanciamento, effettuato *ex ante* dal legislatore, a favore dell'interesse alla – migliore – realizzazione dell'opera, oltre che precipitato del principio dell'*intuitus personae*, notoriamente caratterizzante qualunque contratto d'appalto, che qui troverebbe diretta e amplificata espressione.

## 6. Conclusioni

A parte credere che l'eccezionale previsione di cui all'art. 5, comma 4, del d.l. 76/2020, nella parte relativa alla possibile situazione di crisi o insolvenza

dell'esecutore, faticosi di gran lunga a trovare concreta applicazione, non riscontrandosi peraltro, allo stato, alcuna giurisprudenza a riguardo, alla luce della disamina effettuata, pur senza alcuna pretesa di completezza, ciò che balza allo sguardo è una permanente difficoltà di coordinamento tra la disciplina dei contratti pubblici e quella concorsuale, per quanto, rispetto al passato, si possa registrare un maggior dialogo. Eppure la realtà degli operatori economici "in crisi" impone proprio un rafforzamento di tale confronto, rischiandosi altrimenti una produzione normativa sterile con *impasse* applicativa. Occorre quindi ricostruire, *step by step*, la normativa di riferimento, attingendo a diversi testi normativi, proprio laddove i diversi interessi pubblici in gioco esigerebbero chiarezza e semplicità nella loro regolazione, ovvero la tanto invocata "certezza del diritto". Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha già fatto la "sua" parte, quantomeno aggiornando le previsioni del d.lgs. 50/2016 oggetto di espressi richiami, ma l'atteso nuovo Codice dei contratti pubblici farà la "sua", dettando disposizioni *ad hoc*, senza lacunosi rinvii, ma piuttosto colmando i *vacua* normativi attuali? Ci limitiamo ad osservare che il disegno di legge di delega al Governo in materia di contratti pubblici (A.S. 2330-B), approvato in via definitiva al Senato lo scorso 14 giugno, nulla contempla a riguardo.

(23) Ancora, non si può far a meno di rilevare la lacuna normativa per quel che concerne l'esenzione da revocatoria dei pagamenti eseguiti all'esecutore (di fatto) insolvente. Cfr. art. 67 l. fall. e art. 166 d.lgs. 14/2019, in virtù dei quali sono revocati, non solo i pagamenti c.d. "anormali" (compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione d'insolvenza, salvo che la parte *in bonis* provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore), ma altresì i pagamenti "normali" di debiti liquidi ed esigibili (compiuti nei sei mesi anteriori alla dichiarazione d'insolvenza, purché il curatore provi che la parte *in bonis* conosceva lo stato d'insolvenza del debitore).

(24) Come detto, infatti, per regola generale, quando è disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa, non trova applicazione l'art. 81 l. fall., replicato nell'art. 186, comma 2, d.lgs. 14/2019, bensì l'art. 104 l. fall., replicato nell'art. 211, comma 8, d.lgs. 14/2019, in combinato disposto con l'art. 110, comma 3, d.lgs. 50/2015, da cui risulta che i contratti in corso proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli e, in particolare, il contratto d'appalto pubblico pendente può proseguire con l'autorizzazione del giudice delegato (v. *supra*, § 2, *sub lett. a*).

(25) Rileva come una previsione di tal fatta, che agevola meccanismi di risoluzione dei contratti in cui sono parte imprese fallite, sembri andare nella direzione opposta rispetto ai noti intenti nazionali e sovranazionali di rendere sostenibile il mercato dei contratti pubblici anche alle imprese in crisi: G.F. MACRÌ, *L'affidamento e l'esecuzione del contratto in caso di procedure concorsuali*, in V. VITALONE, G.F. MACRÌ, *La crisi di impresa e i suoi effetti nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti pubblici*, Maggioli Editore, 2021, p. 128.