

Ok se l'impresa risulta autorizzata all'esercizio provvisorio

Alessandro Comparoni

Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni lasciano agli Stati membri la facoltà di prevedere a quali condizioni l'operatore economico, pur trovandosi in stato di insolvenza, sia in grado di aggiudicarsi e di eseguire un contratto pubblico (articolo 57, comma 4, lettera b, direttiva 2014/24/UE e articolo 38, comma 7, direttiva 2014/23/UE).

Il legislatore italiano si era già mosso in questa direzione, allorché, con il Dl 83/2012, ha consentito ai soggetti ammessi al concordato con continuità aziendale di partecipare alle gare pubbliche.

Sino ad oggi lo scenario non ha invece conosciuto mutamenti sostanziali per quanto riguarda gli operatori in stato di fallimento che, in base all'articolo 38, del codice, non possono partecipare alle procedure di affidamento di

contratti pubblici, né essere affidatari di subappalti.

La legge delega interviene sul punto, prevedendo che il curatore fallimentare possa partecipare alle procedure di gara al ricorrere di due condizioni.

I requisiti per operare

Anzitutto, l'impresa fallita deve essere stata autorizzata all'esercizio provvisorio, come stabilito dall'articolo 104 della legge Fallimentare.

La norma appare coerente con lo spirito della riforma del diritto fallimentare del 2006 che ha rivisitato la disciplina della liquidazione dell'attivo nel fallimento con il chiaro intento di ridurre al minimo i rischi di dispersione dei valori aziendali e di tutelare, oltre che i creditori, i portatori di altri interessi che gravitano nell'orbita dell'impresa dichiarata insolvente.

L'altra condizione è che l'impresa fallita sia in possesso delle necessarie attestazioni. Poiché attualmente la dichiarazione di fallimento determina automaticamente la perdita dell'attestazione (articolo 40, comma 9-ter, del codice e articolo 78, comma 1, del Dpr 207/2010), in sede di esercizio della delega occorrerà prevedere meccanismi che consentano alle imprese fallite di mantenere i requisiti di qualificazione.

La disposizione in commento ha destato alcune perplessità da parte dell'Ance, secondo cui le imprese fallite non offrirebbero sufficienti garanzie circa la reale possibilità di adempiere alla propria offerta.

Inoltre, la procedure concorsuali godrebbero di particolari tutele nelle azioni esecutive che andrebbero a ripercuotersi sulla formulazione dell'offerta, con possibile lesione del principio di concorrenza e di parità di trattamento fra le imprese.

L'esecuzione dei contratti

La legge delega introduce una disciplina innovativa anche in materia di esecuzione, consentendo al curatore fallimentare, purché autorizzato all'esercizio provvisorio, di eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita.

Con un radicale ribaltamento di impostazione, si prevede una disciplina meno restrittiva di quella contenuta nella legge Finanziaria per i contratti di appalto privati.

Mentre secondo l'articolo 81, comma 2, della legge Finanziaria il committente privato può rifiutarsi di proseguire il rapporto contrattuale allorché la scelta dell'appaltatore sia stata determinata dalle sue qualità soggettive, nell'ambito dei contratti pubblici (nei quali l'intui-

PAROLA CHIAVE



Avvalimento «rinforzato»

Sulla scia di quanto già previsto nell'articolo 186-bis della legge Finanziaria, la lettera "q" numero 6 della legge delega prevede che l'Anac possa subordinare la partecipazione alle gare e la stipulazione dei contratti, da parte di impresa in concordato o di un fallimento, ad una dichiarazione di avvalimento «rinforzato», con cui l'impresa ausiliaria si impegna a sostituirsi nell'esecuzione del contratto. Pur richiamando la disciplina relativa al subentro del curatore fallimentare e dell'impresa in concordato nei contratti già stipulati, la disposizione limita l'intervento dell'Anac alla fase di gara, senza tuttavia prevedere alcun meccanismo di garanzia nell'ipotesi in cui il fallimento o l'ammissione al concordato preventivo dovessero intervenire nel corso dell'esecuzione del contratto.

tus personae non ha alcuna rilevanza), se il curatore lo richiede, la stazione appaltante è tenuta a proseguire il rapporto contrattuale; fatto ovviamente salvo il mantenimento dei requisiti di qualificazione e la prestazione di idonee garanzie sulla capacità di eseguire i contratti. Proprio in tale ottica, similmente a quanto già sancito dall'articolo 186-bis della legge Finanziaria per il concordato preventivo con continuità aziendale, la legge delega prevede che l'Anac, sentito il giudice delegato ed il curatore, possa subordinare la partecipazione alle gare o l'esecuzione dei contratti:

- alla necessità che il curatore si avvalga di un altro operatore in possesso dei requisiti richiesti per l'affidamento dell'appalto;
- all'impegno dell'operatore ausiliario di mettere a disposizione le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e di subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui quest'ultima non sia più in grado di eseguire il contratto.

Si tratta di una vistosa deroga al generale principio secondo cui i soggetti affidatari di contratti pubblici sono tenuti ad eseguire in proprio le prestazioni ad essi affidate, senza poter cedere il relativo contratto.