

LA GESTIONE DELLA CRISI DI UNA SOCIETÀ IN HOUSE

SOMMARIO: *1. l'erogazione del servizio pubblico: le società in house - 2. le società in house nella disciplina fallimentare: l'erogazione del servizio ed i rapporti con l'ente pubblico - 3. la continuazione dell'attività imprenditoriale nella gestione concordataria: l'interesse pubblico nella gestione concordataria - 4. la continuazione dell'attività imprenditoriale con la curatela: l'esercizio provvisorio - 5. la liquidazione dell'azienda: rapporti tra l'aggiudicatario e l'ente pubblico*

In un'ottica di una progressiva esternalizzazione di interi segmenti di attività amministrativa, i particolari connotati pubblicistici dell'organizzazione imprenditoriale e l'interesse sotteso all'esercizio dell'attività rappresentano un punto di frizione nella potenziale gestione concorsuale dell'impresa. La continuazione rappresenta un potenziale punto di convergenza tra tutti gli interessi coinvolti.

La scelta del soggetto pubblico di gestire il servizio attraverso il modello dell'*in house providing* non esonera le società partecipate dal rischio d'impresa e, quindi, dal rischio di una potenziale loro insolvenza. In questi casi, l'immanente connotazione pubblicistica della società impone tuttavia una riflessione sull'astratta applicabilità della disciplina concorsuale e sulla potenziale ingerenza dell'organo giurisdizionale all'interno di spazi riservati alla pubblica amministrazione. Ma escludere l'applicabilità dello statuto privatistico dell'imprenditore rappresenterebbe un *vulnus* per il mercato ed una evidente violazione dei principi di uguaglianza e necessaria parità di trattamento, degli stessi principi che, nel diritto comunitario, hanno giustificato l'individuazione del fenomeno.

Assunta la fallibilità della struttura societaria, emerge la necessità di valutare e contemperare l'interesse pubblico connesso all'erogazione del servizio, quello dei creditori al più ampio soddisfacimento e quello della stessa società alla risoluzione del suo stato di crisi. In questo contesto, un punto di incontro può essere individuato nella prosecuzione dell'attività d'impresa, attraverso lo strumento concordatario o l'esercizio provvisorio da parte della curatela, anche nell'ottica di una possibile futura vendita coerentemente con la nuova disciplina dei contratti pubblici.

Articoli della legge fallimentare interessati: 72 (l.f.), 81 (l.f.), 161 (l.f.), 186 bis (l.f.)

1. L'EROGAZIONE DEL SERVIZIO PUBBLICO: LE SOCIETÀ IN HOUSE

Tipicamente il soggetto pubblico si caratterizza per la titolarità di poteri capaci di incidere autoritativamente sugli interessi coinvolti nell'azione amministrativa. Ma accanto a questa capacità "speciale", la pubblica amministrazione, al pari di ogni altro soggetto di diritto, conserva la sua generale capacità di diritto comu-

ne, e quindi la possibilità di perseguire il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico anche attraverso l'utilizzo del modulo privatistico ¹.

Le concrete modalità di esercizio della funzione amministrativa conformano, tuttavia, le relazioni che si vengono a creare tra il soggetto pubblico e coloro che nell'azione amministrativa sono coinvolti. Laddove, infatti, la pubblica amministrazione si determini ad adottare il modulo privatistico abbandonando il potere di imperio, la relazione potere - soggezione che lega il soggetto pubblico agli amministrati e che normalmente caratterizza l'azione amministrativa perde i suoi connotati tipici e si struttura secondo lo schema tipico del rapporto obbligatorio paritario, disciplinato da norme di diritto comune ².

In queste ipotesi, tuttavia, lo strumento privatistico adottato, seppur insensibile alle regole proprie dell'atto amministrativo, rappresentando una modalità attraverso cui la pubblica amministrazione persegue i suoi scopi rimane comunque colorato dall'interesse pubblico perseguito, ed in qualche modo attratto all'interno della sfera dell'azione amministrativa.

L'ambiguità di questo fenomeno, immanente in tutte le ipotesi di gestione privatistica dell'interesse pubblico, presenta tratti ancora più accentuati nel settore

¹ In un'ottica di progressiva esternalizzazione di interi segmenti di attività amministrativa, originariamente esercitata direttamente dall'ente pubblico, si assiste oggi alla proliferazione (spesso incontrollata) di società per azioni costituite da enti pubblici e da questi partecipate, direttamente o indirettamente, che svolgono funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale. Soluzione, questa, che se astrattamente legittima e meritevole (ove, appunto, l'utilizzo dello strumento privatistico permette il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico), alcune volte in concreto è risultata foriera di un significativo incremento della spesa pubblica, di una evidente alterazione della libera concorrenza e di una potenziale elusione di norme cogenti di finanza pubblica e di disciplina dell'attività contrattuale dell'ente.

² In questa direzione sembra condurre anche la relazione ministeriale al codice civile, dove esplicitamente, pur riconoscendo la legittimità dell'uso dello strumento privatistico, talora opportuno (*"lo Stato trova spesso conveniente organizzare le imprese da esso assunte nelle stesse forme dell'impresa privata- specialmente nella forma della società per azioni"*), si traggono da tale premessa le successive conseguenze quanto alla individuazione della disciplina applicabile (*"se l'esercizio dell'impresa viene assunto dall'ente pubblico con gestione diretta o se l'impresa si organizza come ente pubblico autonomo, non vi è ragione aprioristica perché l'impresa pubblica non sia assoggettata alla disciplina del codice civile che vale per l'impresa privata, in quanto quella e questa operino sullo stesso piano"*)

dei servizi, ed in particolare dei servizi pubblici locali a rilevanza economica ³, tradizionalmente oggetto di una regolamentazione frammentaria, caratterizzata da interventi normativi succedutisi a distanza di tempo ravvicinata che rendono difficoltosa non solo l'interpretazione della norma, ma anche la sua stessa ricostruzione.

Alla originaria disciplina contenuta nell'art. 113 TUEL, infatti, si sono sovrapposti prima l'art. 23 bis del d.l. n. 112/08 (successivamente abrogato con referendum) e poi la successiva disciplina introdotta con il D.L. 138/11 (dichiarata incostituzionale dalla Consulta con la sentenza n. 199 del 20 luglio 2012), per giungere infine al d.l. 18 ottobre 2012 n. 179 (convertito con l. 17 dicembre 2012 n. 221).

In estrema sintesi, l'attuale quadro normativo, adeguandosi alle esigenze portate dall'ordinamento comunitario, legittima il soggetto pubblico a scegliere (secondo criteri di opportunità ed all'esito di una valutazione discrezionale non sindacabile se non sotto i limitati profili di legittimità) le modalità concrete attraverso le quali erogare il servizio e, quindi, se avvalersi direttamente della sua struttura organizzativa in regime di autoproduzione o affidare l'erogazione a soggetti esterni, stipulando con questi un contratto che ne gestisca il rapporto.

Quando, però, nell'esercizio del potere di organizzazione la pubblica amministrazione decide di adottare il modulo privatistico, il generale dovere di imparzialità e buona amministrazione e la necessaria tutela della concorrenza impongono al soggetto pubblico di esplicitare le ragioni che hanno orientato la scelta, fra le varie possibili forme di gestione, verso l'esternalizzazione del servizio, e che, fra i vari potenziali contraenti, hanno condotto alla individuazione del soggetto affidatario.

Il vincolo dell'evidenza pubblica presuppone, tuttavia, che il servizio sia erogato da un soggetto effettivamente estraneo all'ente. Talvolta, invece, l'immanente rilevanza dell'interesse pubblico perseguito, "sbiadisce" la causa lucrativa che tipi-

³ La bipartizione tra servizi pubblici e servizi pubblici a rilevanza economica trova la sua origine nella evidente influenza che esercita sul nostro ordinamento il diritto comunitario, che conosce - in un'ottica di tutela della concorrenza - solo dalla distinzione tra servizio di interesse economico generale e di servizio di interesse generale.

camente connota lo strumento societario ⁴ ed il controllo gerarchico al quale gli organi sociali sono sottoposti ⁵ attrae (anche sotto il profilo patrimoniale ⁶) l'organizzazione societaria all'interno dell'apparato pubblico dell'ente titolare della partecipazione ⁷.

In questa ipotesi, la mancanza di alterità soggettiva esclude la necessità di un procedimento di evidenza pubblica e l'interesse sotteso all'erogazione del servizio sarà tutelato attraverso la necessaria valutazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato, dei vantaggi connessi alla particolare forma di gestione prescelta, alla luce degli "obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche" ai quali comunque deve essere orientata la condotta della pubblica amministrazione.

Diventa quindi necessario, squarciando il velo formale dello strumento utilizzato ⁸, qualificare l'effettivo rapporto esistente tra l'ente pubblico titolare del servizio e la struttura societaria che tale servizio eroga, attraverso una operazione ermeneutica articolata intorno alla analisi concreta di una pluralità di elementi sintomatici (la nomina degli organi sociali da parte dell'ente, l'esistenza di un apporto finanziario

⁴ *"È già anomalia non piccola il fatto che si abbia qui a che fare con società di capitali non destinate (se non in via del tutto marginale e strumentale) allo svolgimento di attività imprenditoriali a fine di lucro, così da dover operare necessariamente al di fuori del mercato"*: Cass. SU n. 26283 del 25 novembre 2013

⁵ *"Ma ciò che davvero è difficile conciliare con la configurazione della società di capitali, intesa quale persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa stessa agisce, è la totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale"*: *ibidem*

⁶ Rappresentando la struttura una mera articolazione dell'ente, e, quindi, *"se non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società in house che ad esso fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità"*: Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283

⁷ *"(le società in house) hanno della società solo la forma esteriore ma, come s'è visto, costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi"*: *ibidem*

⁸ *"la società in house, come in qualche modo già la sua stessa denominazione denuncia, non pare invece in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna ... Il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva ... (in quanto le società in house) «hanno della società solo la forma esteriore, ma .. costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi"*: *ibidem*

erogato da un soggetto pubblico, le articolate vicende costitutive e estintive comunque riconducibili all'iniziativa pubblica⁹⁾ i quali, valutati sistematicamente, colorerebbero del diverso fine perseguito la struttura privatistica (utilizzata, quindi, come uno strumento organizzatorio "neutro"), trasformandola in una mera articolazione dell'ente dal quale promana la società.

Il fenomeno dell'in house contracting (contrapposto al simmetrico contracting out, effettiva esternalizzazione del servizio) ha trovato un suo chiaro riconoscimento in ambito comunitario¹⁰⁾ (in un contesto, quindi, notoriamente sensibile all'esigenza di tutelare le regole privatistiche della concorrenza e della libertà di circolazione, principi cardine dell'ordinamento¹¹⁾) e nella giurisprudenza amministrativa nazionale¹²⁾ ed un autorevole sistemazione organica nella nota sentenza n. 26283, resa dalle Sezioni Unite il 25 novembre 2013 che, nel delimitare lo spazio riservato alla giurisdizione contabile nelle azioni di responsabilità promosse nei confronti degli amministratori, ha definito con chiarezza i contorni del fenomeno, limitandolo alle ipotesi nelle quali la società sia stata costituita per la gestione dei pubblici servizi e sia caratterizzata dalla contestuale presenza di tre requisiti ("la natura esclusivamente pubblica dei soci, l'esercizio dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici").

Oggi trova una esplicita sistemazione nell'art. 5 del nuovo codice dei contratti pubblici (d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50) che, nel definire l'ambito dei applica-

⁹⁾ Cass. SU 2 dicembre 2013, n. 26936

¹⁰⁾ Corte di Giustizia Europea: sentenza del 18 novembre 1999, C-107/98 - Teckal ("... nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano").

Ciononostante, una lettura sistematica delle disposizioni ha condotto la giurisprudenza comunitaria ad avallare la tesi che considera il fenomeno dell'affidamento in house quale strumento eccezionale di affidamento (*Corte di Giustizia UE 8 maggio 2014 in causa C-15/2013*)

¹¹⁾ "le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata" (art. 106 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea)

¹²⁾ Cons. St. 30 settembre 2013, n. 4832; 11 febbraio 2013, n. 762; 10 settembre 2014 n. 4599

zione della disciplina, esclude le ipotesi di affidamento per le quali “a) l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l’80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall’amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall’amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata”.

2. LE SOCIETÀ IN HOUSE NELLA DISCIPLINA FALLIMENTARE: L’EROGAZIONE DEL SERVIZIO ED I RAPPORTI CON L’ENTE PUBBLICO

La mancanza di una sostanziale alterità soggettiva, la conseguente attrazione della struttura societaria all’interno dell’apparato pubblico ed il particolare legame esistente tra gli organi societari e l’ente dal quale promanano rappresentano, evidentemente, elementi idonei ad incidere non solo sulla vicenda costitutiva e sul successivo esercizio dell’attività, ma anche sulla disciplina applicabile alla fase patologica, quando le particolari vicende che hanno interessato la sua organizzazione hanno condotto l’impresa verso una situazione di crisi economica e finanziaria.

Si è detto, infatti, che introdotta la procedura concorsuale, la limitazione dell’autonomia negoziale dell’imprenditore (connessa alla permanente destinazione del complesso patrimoniale al soddisfacimento concorsuale degli interessi dei creditori: 2740 cod. civ.) o, a maggior ragione, la gestione concorsuale del curatore conseguente ad una eventuale dichiarazione di fallimento, potrebbero rappresentare una indebita invasione degli spazi riservati alla pubblica amministrazione nella determinazione delle mo-

dalità di erogazione del servizio. Ne discenderebbe l'inapplicabilità dello statuto dell'imprenditore commerciale, quanto meno delle parti incompatibili con la natura pubblica dell'interesse sotteso e, fra queste, in particolare, della disciplina concorsuale¹³.

Ma tanto, evidentemente, confligge con i principi generali che reggono l'intero sistema ordinamentale.

La prospettata attrazione dell'ente all'interno dell'apparato pubblico, infatti, ove conduca ad escludere l'applicabilità dello statuto imprenditoriale, sarebbe in aperto contrasto con la sostanziale parificazione del fenomeno societario delineato nel d. l. 6 luglio 2012, n. 95 (convertito con legge n. 135 del 7 agosto 2012¹⁴) e determinerebbe un significativo *vulnus* alla necessaria certezza del diritto ed all'affidamento che i terzi hanno legittimamente riposto nel sistema di pubblicità legale, affidamento connesso all'iscrizione della società nel registro delle imprese e, con essa, alla conseguente soggezione della struttura imprenditoriale allo statuto privatistico.

Escludere le società in house dall'ambito di applicazione della legge fallimentare legittimerebbe, peraltro, queste società (a differenze delle "concorrenti" private) a continuare ad operare all'interno del mercato anche in stato di insolvenza e, quindi, nonostante non siano più in grado di garantire l'adempimento delle obbligazioni assunte, rischiando così di alterare il ciclo finanziario e produttivo del sistema economico all'interno del quale sono inserite. E tanto, paradossalmente, rappresentando un *vulnus* per il mercato ed una evidente violazione dei principi di

¹³ Tribunale di Napoli 9 gennaio 2014 e Tribunale di Verona 19 dicembre 2013

¹⁴ L'art. 4, nel disciplinare la privatizzazione delle società pubbliche, specifica, al comma 3, che "*le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina dettata dal codice civile in materia di società di capitali*".

uguaglianza e necessaria parità di trattamento ¹⁵, da un canto pregiudicherebbe proprio i principi che, nel diritto comunitario, ne hanno giustificato la creazione ¹⁶ e dall'altro sarebbe poi incompatibile, proprio per l'immanente legame anche patrimoniale che esiste con l'ente pubblico, con il generale principio di economicità dell'azione amministrativa, cristallizzato nell'art. 97 Cost., che impone a ciascuna amministrazione, nelle sue singole scelte, di orientarsi verso un'attenta valutazione delle relative conseguenze economiche e quindi verso un uso oculato delle risorse a sua disposizione.

Le società in house, in quanto tale, anche nello stesso interesse della società ¹⁷, deve invece essere assoggettata alle regole proprie della forma giuridica prescelta. La scelta di costituire la società rientra nei poteri dell'ente. Effettuata la scelta, tuttavia, emerge una società, che si presenta nei confronti dei terzi come organismo dotato di autonoma esistenza, ed in grado di costituire propri rapporti privatistici assumendone le conseguenti responsabilità.

L'ente, con la stessa iniziale scelta di costituire l'organizzazione societaria e presentarla come potenziale soggetto di autonomi rapporti con terzi, nell'ambito di tali rapporti ha rinunciato ai propri poteri di imperio. Ed a seguito della sua costituzione, la società assume natura imprenditoriale, e resta soggetta all'ordinaria disciplina prevista per le società di capitali, ed in particolare all'applicazione della legge fallimentare.

¹⁵ Cass. n. 22209 del 15 maggio 2013

¹⁶ Cass. sez. L. n. 27513 del 10 dicembre 2013

¹⁷ L'applicazione dello stato dell'imprenditore commerciale, infatti, legittimerebbe la società ad utilizzare tutti gli strumenti negoziali offerti all'imprenditore per la risoluzione della crisi, conducendo, in ultimo, alla potenziale esdebitazione del debitore. E tale soluzione appare coerente anche con gli interessi riconducibili alla massa dei creditori ed alla stessa compagine societaria, altrimenti rimessa alle iniziative esecutive individuali

In altri termini, nei rapporti interprivatistici tra la società ed i terzi non esiste “un tertium genus presidiato da regole incerte di diritto pretorio”¹⁸, ma solo un dualismo tra enti pubblici e società di diritto privato, nel quale la costituzione dei primi è riservata alla legge¹⁹ e non alla decisione della stessa pubblica amministrazione e la disciplina delle seconde trova nel diritto comune la sua fonte.

Quando la pubblica amministrazione si è determinata ed ha scelto di perseguire l'interesse pubblico (che comunque ed in ogni caso deve orientare ogni attività svolta) attraverso lo strumento privatistico, la particolare connotazione della struttura societaria conforma solo i rapporti (interni) tra la società e l'ente dal quale promana, ma non incide sui rapporti (esterni) che trovano la loro origine nello svolgimento dell'attività imprenditoriale all'interno del mercato e la loro disciplina nel diritto comune²⁰ e che, non accogliendo il nostro ordinamento il principio anglosassone del *nec ultra vires* (che esclude la validità degli atti compiuti dall'ente al di fuori dei loro scopi), rimangono insensibili al pubblico interesse normativamente definito.

Ed è proprio per questo che l'applicabilità della disciplina concorsuale, in particolare, non rappresenta una indebita ingerenza nella concreta gestione dell'interesse pubblico, evidentemente riservata alla pubblica amministrazione. Perché costituire una organizzazione imprenditoriale destinata alla erogazione di un servizio pubblico non significa trasferire la titolarità del servizio pubblico (che necessariamente rimane sempre attratta nella sfera giuridica dell'ente pubblico esponenziale del relativo

¹⁸ Trib. Avezzano, 26 luglio 2013

¹⁹ La riserva di legge è imposta dall'art. 4 della l. 70/75

²⁰ “La scelta della P. A. di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta (Cass. SS. UU. n. 26806/09). Anzi, è lo Stato stesso (o l'ente territoriale) che, pur potendo optare per una forma di diritto pubblico (impresa-organo o impresa-ente) si assoggetta volontariamente alla legge delle società per azioni, al fine di assicurare alla propria gestione maggiore snellezza e per godere delle opportunità che la forma privatistica offre”: Tribunale di Palermo n. 187 del 24 ottobre 2014

“L'indubbia peculiarità della governance della società in mano pubblica non esclude che questa si ponga, nei rapporti coi terzi (di carattere squisitamente privatistico), come un soggetto imprenditoriale non diverso dagli altri operatori commerciali (e, come tale, a rischio di insolvenza)”: Tribunale di Reggio Emilia del 18 dicembre 2014 n. 150

interesse ²¹), ma ne rappresenta semplicemente una particolare modalità di gestione. L'eventuale dichiarazione di fallimento certificherà solo l'insuccesso di quella forma di gestione scelta, ossia dell'imprenditore costituito, ed imporrà agli organi giurisdizionali di procedere alla liquidazione concorsuale dei rapporti: sarà onere dell'ente pubblico rideterminarsi ²² individuando una diversa forma di erogazione del servizio pubblico, che rimarrà, evidentemente, nella sua titolarità ²³.

In sintesi, quindi, ricondurre le società in house all'interno dell'ambito di applicazione della disciplina fallimentare non significa negare le oggettive peculiarità che caratterizzano il fenomeno, così come autorevolmente disegnate dalle Sezioni Unite nella richiamata decisione, ma significa limitarne la rilevanza ai soli profili attinenti i rapporti tra la società e l'ente pubblico da cui promana (ambito nel quale, peraltro, è stata resa la decisione), in termini non configgenti con l'espressa riserva indicata proprio nel corpo della sentenza ²⁴.

3. LA CONTINUAZIONE DELL'ATTIVITÀ IMPRENDITORIALE: L'INTERESSE PUBBLICO NELLA GESTIONE CONCORDATARIA

Assunta l'applicabilità della disciplina concorsuale, nella concreta gestione della crisi emerge la necessità di valutare e contemperare una pluralità di centri di

²¹ Cass. pen. 234/11

²² Cass. n. 22209 del 27 settembre 2013; Tribunale di Palermo n. 187 del 24 ottobre 2014; Corte di Appello di Napoli 24 aprile 2014

²³ D'altronde, la complessa disciplina ricavabile dal D.Lgs. n. 267 del 2008, artt. 112 e 118 (T.U.E.L.) e dalle successive leggi di modifica e/o di integrazione mantiene fermo il principio della separatezza fra titolarità degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici (che devono restare di proprietà degli enti, salvo che questi non li conferiscano a società a capitale interamente pubblico e incedibile) e attività di erogazione dei servizi, che può essere affidata anche a soggetti privati.

²⁴ "Non possono valere perché - *ciò sia detto quanto meno ai limitati fini del riparto di giurisdizione* - queste ultime hanno della società solo la forma esteriore ma, come s'è visto, costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi.

interesse: quello esterno, pubblico, riconducibile ai fruitori del servizio (alla continuazione dello svolgimento dell'attività imprenditoriale, in quanto modalità di erogazione del servizio stesso); quello dei creditori (al puntuale ed esatto soddisfacimento dei loro crediti), quello della stessa società (alla risoluzione della crisi ed alla regolamentazione dei rapporti).

In questa ottica, la prosecuzione dell'attività aziendale potrebbe rappresentare l'ideale punto di incontro fra tutti gli interessi coinvolti, orientando così la scelta dell'imprenditore verso uno strumento di risoluzione della crisi che garantisca la continuità dell'attività aziendale e, successivamente, all'esito dell'eventuale insuccesso e della conseguente dichiarazione di fallimento, quella degli organi giurisdizionali verso un esercizio provvisorio.

Ma nell'ineludibile comparazione tra i diversi interessi coinvolti, il nostro sistema ordinamentale, consapevole che la tutela del credito rappresenta una indiretta tutela del mercato, riconosce un ruolo di evidente preminenza proprio agli interessi del ceto creditorio, verso i quali viene orientata la valutazione degli organi della procedura durante l'intero iter procedimentale, dalla formulazione della proposta (seppur nei limiti riservati al sindacato giurisdizionale ²⁵), alla sua approvazione (attraverso la valutazione di opportunità e convenienza rimessa alle scelte dei singoli creditori chiamati ad esprimere il necessario consenso) ed alla successiva verifica di compatibilità imposta dall'ultimo comma dell'art. 186 *bis* (e più in generale dall'art. 173 l. fall.) ed orientano, parallelamente, anche le successive valutazioni del giudice delegato nell'eventuale autorizzazione ex art. 104 della legge fallimentare.

²⁵ Nella riformulata disciplina delle condizioni di ammissibilità della proposta concordataria, tuttavia, l'imprenditore non solo "deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari" (160 4° comma l. fall.), ma deve anche "indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore" (161 2° comma lett. e). Il tenore letterale delle disposizioni sembra evocare un particolare significato impegnativo della promessa e riapre un dibattito, già acceso da tempo, proprio sul contenuto dell'obbligazione assunta dal debitore e sulla conseguente esistenza, in capo al proponente, di "un preciso e determinato impegno di pagamento in una certa percentuale verso i creditori chirografari". E la particolare conformazione della posizione debitoria potrà, nelle successive evoluzioni giurisprudenziali, avere significative ripercussioni anche sulla delimitazione degli spazi riservati al sindacato dell'organo giurisdizionale.

Il potenziale conflitto esistente tra gli interessi dei creditori (anteriori) al puntuale ed esatto soddisfacimento del credito e quello dei fruitori del servizio alla continuazione dell'attività discende dalla ovvia considerazione che l'attività d'impresa presuppone il consumo di un fabbisogno, la cui copertura assorbe risorse finanziarie destinate (dall'art. 2740 cod. civ.) al soddisfacimento dei creditori anteriori al concordato. Per cui l'opportunità (ed alcune volte la necessità) di ipotizzare la continuazione dell'attività, secondo il modello delineato dell'art. 186 *bis*, passa attraverso la predisposizione di un piano che, evidenziando i presumibili costi ed i prevedibili ricavi attesi, delinea la prosecuzione dell'attività (in proprio o attraverso la cessione del complessivo produttivo ad un terzo) quale strumento, alternativo alla liquidazione, diretto comunque alla migliore soddisfazione del ceto creditorio: in tanto potrà legittimamente ipotizzarsi una continuazione dell'attività imprenditoriale, in quanto i ricavi attesi risultino, in ipotesi, sufficienti a garantire il pagamento degli oneri (prededucibili) connessi alla prosecuzione dell'attività incrementando, contestualmente, l'attivo destinato alla soddisfazione dei creditori.

Diventa, quindi, essenziale accertare la creazione di un flusso di cassa positivo, conseguente alla continuazione dell'attività d'impresa, che permetta non solo l'integrale copertura delle spese di gestione (e con esse dei creditori post concordato), ma un soddisfacimento dei creditori aziendali ante concordato in misura maggiore di quella prospettabile in caso di liquidazione del patrimonio aziendale. Laddove, invece, la prosecuzione dell'attività di impresa anziché acquisire ulteriori risorse finanziarie da destinare alla copertura del fabbisogno concordatario, utilizzi le risorse prodotte dalla prosecuzione dell'attività per autofinanziare il proprio piano industriale e per pagare i costi del concordato, inciderà sulla consistenza patrimoniale che, nell'ipotesi liquidatoria, potrebbe essere utilmente impiegata per il pagamento tempestivo dei creditori.

Tali condizioni non solo devono sussistere al momento dell'ammissione della domanda, ma devono continuare a sorreggere la proposta ed il relativo piano du-

rante tutto l'iter procedimentale ed anche nella successiva fase esecutiva²⁶. Per cui, se nel corso della procedura emerge (e quindi anche a prescindere da uno specifico impulso dei commissari) che i risultati attesi non siano logicamente più conseguibili, che i flussi di cassa non appaiono idonei a coprire gli assorbimenti di capitale circolante prodotti dalla gestione, che non si riesce ad assicurare un congruo pagamento dilazionato per il fabbisogno relativo ai debiti indicati nel presente piano, lo strumento concordatario perde la sua funzione e produce solo un grave ed irreversibile depauperamento dell'attivo attraverso una progressiva erosione del patrimonio del debitore. Una situazione nella quale la prosecuzione dell'attività di impresa si limita a trasferire integralmente sui creditori il costo del salvataggio dell'unità economica o dell'erogazione del servizio, stravolgendo il principio dell'equo bilanciamento tra le ragioni di tutela della continuità dell'impresa ed il sacrificio esigibile dai creditori stessi, unici titolari degli interessi comunque prevalenti in ogni procedura concorsuale. E così impedendo la realizzazione concreta del rapporto sinallagmatico, peculiare della procedura concordataria, esistente tra il soddisfacimento dei creditori, da un lato, e risoluzione della crisi con esdebitazione dell'imprenditore, dall'altro.

Si è detto, però, che ove sussistano le condizioni, la prosecuzione dell'attività rappresenterebbe il punto di incontro nel quale potrebbero potenzialmente convergere tutti gli interessi coinvolti nella concreta gestione della crisi.

Ma la prosecuzione dell'attività presuppone che i rapporti intrattenuti della società *in bonis* possano continuare anche successivamente all'apertura della procedura concordataria. Ed è proprio in questa ottica che le progressive riforme hanno

²⁶ “Come è stato più volte ribadito da questa Corte (vedi la pronuncia delle Sezioni unite 1521/2013 e la successiva, resa a sezione semplice, 11014/2013, tra le altre), il controllo di legittimità da parte del Giudice, che deve svolgersi in tutte le fasi del concordato, non è limitato alla completezza, alla congruità logica ed alla coerenza complessiva della relazione del professionista, ma si estende alla fattibilità giuridica della proposta, la cui valutazione implica un giudizio in ordine alla sua compatibilità con le norme inderogabili e con la causa in concreto dell'accordo, il quale ha come finalità il superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e l'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro”: Cass. n. 9541 del 30 aprile 2014

condotto a modificare anche l'originaria formulazione dell'art. 38 d.lgs. 163/06²⁷ inserendo una espressa deroga ("salvo il caso di cui all'art. 186 bis") alla generale esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento prevista per i soggetti che, tra le altre ipotesi, erano sottoposti alla procedura di concordato preventivo.

Ex latere debitoris, nell'art. 186 bis l. fall. è stato parallelamente previsto che "i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura (e) sono inefficaci eventuali patti contrari"²⁸. La norma, tuttavia, nella consapevolezza della immanente rilevanza pubblica del rapporto contrattuale, si preoccupa di tutelare anche l'interesse riconducibile ai fruitori del servizio, contemperandolo con quello pur sempre prevalente dei creditori: in tanto la società potrà continuare l'attività imprenditoriale in quanto si accerti non solo che la continuazione dell'attività d'impresa sia funzionale ad un migliore soddisfacimento dei creditori, ma anche che vi sia la ragionevole certezza che il servizio sia effettivamente erogato e quindi che le obbligazioni contrattuali siano effettivamente adempiute.

Da ciò la necessità di una specifica attestazione da parte di un professionista designato dal debitore, che avrà l'onere di certificare, tra l'altro, che vi sia una "ragionevole capacità di adempimento". Un'attestazione, quella prevista dal 3° comma dell'art. 186 bis, che ha quindi un contenuto ulteriore rispetto alla generale previ-

²⁷ Ed oggi, con la abrogazione della vecchia disciplina, la previsione è stata sostanzialmente ripresa in linea generale nell'art. 80 del nuovo codice degli appalti pubblici (d. lgs. 50/16): "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 ... 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"

²⁸ Alla previsione contenuta nella legge fallimentare fa eco, oggi, l'art. 110 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (norma dettata per gli appalti ma estesa dall'art. 164, nei limiti di compatibilità, anche alle concessioni) che, nel disciplinare gli effetti del fallimento (o di altre procedure concordatarie) dell'esecutore, esplicitamente legittima l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato e sentita l'ANAC, a partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi e ad eseguire i contratti già stipulati. Una norma, quindi, coerente con il sistema che, *ex latere creditoris*, disciplina il rapporto contrattuale con l'ente pubblico legittimando la prosecuzione del rapporto ed introducendo un nuovo apporto conoscitivo, rappresentato dal parere (obbligatorio ma non vincolante) dell'ANAC.

sione del 3° comma dell'art. 161 ed a quella prevista dal 2° comma dell'art. 186 bis, norma speciale di riferimento per il concordato con continuità. Un contenuto che impone all'attestatore di certificare, oltre alla veridicità dei dati e alla fattibilità del piano (161 3° comma), anche la funzionalizzazione della prosecuzione dell'attività al miglior soddisfacimento dei creditori (186 bis 2° comma) e la ragionevole certezza che gli obblighi assunti nei confronti del contraente pubblico possano essere puntualmente rispettati.

In realtà, nella consapevolezza che la continuazione dell'attività di impresa può non limitarsi alla mera esecuzione dei contratti pendenti, la norma legittima la società in concordato non solo a proseguire nei rapporti in essere, ma anche - previa autorizzazione del giudice - a partecipare a nuove procedure di affidamento.

In questi casi, tuttavia, per tutelare il contraente pubblico dal rischio (evidentemente maggiore) di un eventuale successivo inadempimento degli obblighi contrattuali, lo stesso art. 186 bis, al 5 comma, impone non solo una attestazione "rafforzata", ma anche la previsione di un'alternativa all'ipotesi di inadempimento dell'affidatario, e, quindi, "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".

Se, quindi, per la prosecuzione dei rapporti è necessaria l'attestazione "rafforzata", per i nuovi affidamenti il maggior rischio di inadempimento connesso allo stato di crisi conclamato deve essere compensato anche dalla predisposizione ex

ante un'alternativa, un nuovo ed eventuale affidatario che si sostituisca al primo e che garantisca, comunque, l'erogazione del servizio ²⁹.

In entrambi i casi, tuttavia, la “continuazione dei contratti pubblici” deve risultare coerente con le previsioni contenute nel piano industriale e, quindi, con la prosecuzione dell'attività d'impresa. La letterale formulazione della norma lascerebbe ipotizzare che il deposito di una domanda con riserva (161 6° comma) non sia sufficiente a legittimare la prosecuzione del rapporto. Ma il tenore letterale della norma cede il passo ad una interpretazione logica e sistematica della previsione con le successive disposizioni dello stesso art. 186 bis della legge fallimentare.

Il 4 comma dello stesso articolo, infatti, sotto il profilo procedimentale, specifica che “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”. Una interpretazione logica della scansione procedimentale implicitamente descritta nella norma impone di ritenere che la partecipazione possa essere autorizzata anche prima del provvedimento di ammissione, in caso di ricorso presentato ai sensi del 6° comma dell'art. 161. Solo in tali casi, infatti, avrebbe senso il riferimento (“se nominato”) alla possibilità che il commissario non sia ancora stato nominato ed alla conseguente necessità che l'autorizzazione sia concessa dal Tribunale senza alcun ulteriore apporto conoscitivo. Se quindi, può essere autorizzata la partecipazione a procedure di nuove assegnazioni di contratti pubblici anche prima del deposito del piano, a maggior ragione può essere autorizzata la prosecuzione dei rapporti in essere.

In ipotesi, quindi, l'autorizzazione (sia alla prosecuzione di rapporti pendenti che alla partecipazione a nuove procedure) può essere concessa anche prima del formale de-

²⁹ Una “sostituzione” che più che ricondursi all'avvalimento, ricorda la “supplenza” dell'art. 9 del capitolato generale approvato con DM 18 maggio 1895, successivamente abrogato nel 1962

posito del piano. Ciononostante, il contenuto obbligatorio dell'attestazione e la conseguente necessaria valutazione che dovrà operare il Tribunale impongono alla proponente di fornire comunque tutte le informazioni necessarie a tale valutazione e, quindi, sostanzialmente, di anticipare le strategie imprenditoriali che poi dovranno caratterizzare il piano non ancora depositato.

In altri termini, sotto il profilo procedimentale l'autorizzazione può essere concessa anche prima dell'ammissione (nello spazio riservato all'art. 161 7° comma), mentre sotto il profilo sostanziale, essa comunque presuppone l'esplicitazione di una strategia imprenditoriale che permetta all'attestatore prima ed al tribunale poi la rispettava valutazione imposta dalla norma.

Un'ultima notazione appare tuttavia necessaria. La norma prevede, infatti, solo che l'apertura della procedura "non impedisce la continuazione di contratti pubblici" e proprio questa indicazione, formulata in termini negativi, deve essere interpretata nel senso che rimangono comunque intatti tutti gli altri rimedi giuridici che l'ordinamento offre alla parte pubblica. Per cui, nonostante la sussistenza di tutti i presupposti sufficienti per la prosecuzione del rapporto, l'ente potrà comunque esercitare i poteri previsti dalla legge (come ad esempio quello disciplinato nell'art. 176 del nuovo codice dei contratti pubblici), quale parte contrattuale o *ab externo* quale titolare di un potere autoritativo, ove tipicamente attribuito dalla legge.

4. LA CONTINUAZIONE DELL'ATTIVITÀ IMPRENDITORIALE CON LA CURATELA:

L'ESERCIZIO PROVVISORIO

Si è già detto che i particolari connotati pubblicistici dell'organizzazione imprenditoriale e l'interesse sotteso all'esercizio dell'attività rappresentano un inevitabile punto di frizione nella prospettata gestione concorsuale dell'impresa. Se, tut-

tavia, nel corso della fase concordataria l'imprenditore, pur con le limitazioni imposte, in un'ottica di potenziale continuità, conserva l'amministrazione del complesso aziendale, la dichiarazione di fallimento impone invece la cessazione dell'attività, la sostituzione del curatore agli organi societari e la conseguente acquisizione di tutto il compendio patrimoniale alla massa fallimentare, al fine specifico di liquidare l'attivo e ripartire il ricavato fra i diversi creditori.

Ma lo spossamento e la conseguente cessazione dell'attività di impresa, sono effetti potenzialmente idonei a pregiudicare, oggettivamente, l'interesse pubblico all'esecuzione continuativa e regolare del servizio svolto dalla società.

La legge fallimentare permette di valutare questo specifico interesse legittimando il tribunale a "disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori" (art. 104 l. fall.).

La continuazione dell'attività di impresa, quindi, è condizionata alla contemporanea presenza di due condizioni, una positiva (l'esistenza di un danno grave riconducibile eziologicamente alla cessazione dell'attività di impresa) ed una negativa (l'assenza di un pregiudizio per i creditori). E nel conflitto tra le due prospettate esigenze, coerentemente con la funzione intrinseca di ogni procedura esecutiva, prevale l'interesse del ceto creditorio.

Il "danno grave" (non necessariamente a carico dei creditori, ma riferibile genericamente all'attività imprenditoriale considerata in tutte le sue manifestazioni) può evidentemente ravvisarsi anche nella cessazione dell'attività di impresa e nella conseguente lesione dell'interesse pubblico all'esecuzione continuativa e regolare del servizio di trasporto, ma tale interesse potrà essere tutelato solo ove la continuazione dell'attività d'impresa non conduca ad un deterioramento del tessuto aziendale, con conseguente pregiudizio per le ragioni del ceto creditorio.

La valutazione degli interessi del ceto creditorio, tuttavia, non deve essere limitata ad una miope analisi della gestione economico-finanziaria caratteristica del periodo, ma deve estendersi fino alla necessaria comparazione tra gli esiti di una liquidazione atomistica del patrimonio aziendale (conseguente alla cessazione dell'attività ed alla conseguente disgregazione del complesso aziendale) e quelli (verosimilmente più proficui ³⁰) di una liquidazione unitaria del complesso aziendale in attività, all'esito - appunto - dell'esercizio provvisorio.

E ciò, in concreto, è ancor più rilevante in tutte le ipotesi nelle quali un primo tentativo di risoluzione della crisi sia naufragato proprio in ragione della "dannosità" per il ceto creditorio della gestione caratteristica ("se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannosa per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173. Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato": art. 186 bis u.c. l. fall.). In queste ipotesi, potrebbe apparire comunque opportuno disporre la continuazione dell'attività (già valutata come dannosa per il ceto creditorio nella pregressa gestione concordataria) tutte le volte nelle quali sia presumibile che la vendita dell'azienda in esercizio riesca a coprire la perdita di gestione, mantenendo - rispetto all'alternativa di liquidazione atomistica - un margine di convenienza economica.

In concreto, tuttavia, l'applicabilità dello strumento dell'esercizio provvisorio di una società che eroga un servizio pubblico ripropone tutti i profili del più ampio interrogativo relativo alla possibile sottoposizione alle procedure concorsuali in generale e, al fallimento in particolare, della società in house.

In un'ottica che disegna lo strumento dell'esercizio provvisorio come diretto esclusivamente a tutela del ceto creditorio, l'applicabilità della relativa disciplina

³⁰ E tanto sembra evidentemente emergere anche dalla disciplina della liquidazione contenuta nell'art. 107 l. fall. che legittima la liquidazione atomistica nelle sole ipotesi nelle quali la vendita dell'intero non consente una migliore soddisfazione dei creditori: "la liquidazione dei singoli beni ... è disposta quando risulta prevedibile che la vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori".

alle società “in house” potrebbe ad un insanabile contrasto tra l’interesse pubblico alla continuità nella gestione del servizio essenziale e l’interesse privato dei creditori alla massimizzazione del proprio soddisfacimento patrimoniale, attesa l’evidenziata preminenza - nell’eventuale conflitto - del secondo rispetto al primo.

Peraltro, si continua, legittimare l’esercizio provvisorio, significherebbe rimettere all’organo giurisdizionale la decisione in ordine alla prosecuzione o meno dell’attività e, con essa, all’effettiva erogazione del servizio, trasferendo, così, in ultima analisi una funzione pubblica ad un organo giurisdizionale, con evidenti profili di incompatibilità con i principi costituzionali che disciplinano l’azione amministrativa e, in particolare, con la riserva in favore degli enti pubblici della titolarità delle funzioni amministrative imposta dall’art. 118 della Costituzione.

Anche in questo contesto, tuttavia, possono essere ribadite le considerazioni già evidenziate in precedenza: costituire o partecipare una società non significa trasferire la titolarità del servizio pubblico (che necessariamente rimane sempre attratta nella sfera giuridica dell’ente pubblico esponenziale del relativo interesse), ma ne rappresenta semplicemente una particolare modalità di gestione e l’eventuale dichiarazione di fallimento certificherà solo l’insuccesso di quella forma di gestione scelta, ossia dell’imprenditore costituito, ed imporrà agli organi giurisdizionali di procedere alla liquidazione concorsuale dei rapporti.

Parallelamente, la titolarità dell’interesse e, con esso, il potere di organizzare il servizio rimane sempre in capo all’ente pubblico che avrà l’onere di rideterminarsi nella valutazione della forma di erogazione che riterrà più opportuna. Ed in questa ottica l’esercizio provvisorio concede all’ente il tempo necessario ad una tempestiva rideterminazione, senza pregiudicare con ciò l’interesse pubblico sotteso alla erogazione del servizio.

Se, quindi, non sembrano emergere profili di logica incompatibilità tra la gestione concorsuale dell’impresa e la particolare connotazione di una società in

house, la disciplina contenuta nella legge fallimentare ha sempre trovato il suo limite nella disciplina pubblicistica contenuta nel d. lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 (codice dei contratti pubblici, oggi sostituito con il d. lgs. n. 50 del 18 aprile 2016).

L'art. 81 della legge fallimentare (e l'esplicita salvezza contenuta nell'ultima parte del 2° comma conduce a ritenere la disposizione applicabile anche all'appalto di servizi), infatti, non esclude che il rapporto prosegua con la curatela (proprio in ragione della astratta possibilità di disporre un esercizio provvisorio), ma subordina tale eventualità alla determinazione del curatore. Ove "la qualità del contraente sia stata un motivo determinante del contratto", alla scelta dell'organo della procedura dovrà accompagnarsi, coerentemente con i principi generali, anche il consenso del committente.

Il contratto di servizio (in quanto tale sussumibile nella previsione della legge fallimentare), così come delineato dal d.lgs. n. 163/2006, è connotato dall'*intuitus personae*, vale a dire dall'essenzialità delle qualità soggettive del contraente. Per cui, in ipotesi, sarebbe applicabile la disciplina contenuta nel secondo comma, con la conseguente possibilità per il curatore di continuare il rapporto ove la stazione appaltante lo consenta.

Ma alla stazione appaltante, in applicazione della disciplina contenuta nel d. lgs. 163, potrebbe essere preclusa tale possibilità.

Si è detto che il fallimento impone la sostituzione del curatore agli organi societari, la cessazione dell'attività (salvo, appunto, l'esercizio provvisorio) e la conseguente acquisizione di tutto il compendio patrimoniale alla massa fallimentare, allo specifico fine di liquidare l'attivo e ripartire il ricavato fra i diversi creditori.

Nella ricostruzione del patrimonio della società, il curatore troverà all'interno della massa patrimoniale anche il contratto di servizio ed il conseguente rapporto che lo lega all'ente pubblico nell'erogazione del servizio stesso ³¹.

Nella sua veste di parte contrattuale, il soggetto pubblico sarebbe tenuto, in applicazione del principio generale di cui all'art. 1372 cod. civ., al rispetto delle pattuizioni contrattuali e, quindi, a proseguire il rapporto fino alla fisiologica scadenza e salvo eventuali successivi obblighi di prosecuzione eventualmente imposti dal principio generale di buona fede (oggettiva). Ed una eventuale disciplina convenzionale contraria sarebbe in aperto contrasto con la previsione dello stesso art. 72 l. fall., che al 6° comma dichiara inefficaci le clausole che fanno dipendere la risoluzione del contratto al fallimento di una delle parti.

Sarebbe onere del curatore determinarsi, esercitando le facoltà riconosciute in generale dall'art. 72 l. fall. ed in particolare (con riferimento all'appalto) dall'art. 81 l. fall., verso la prosecuzione del rapporto, se funzionale ad una migliore liquidazione, o verso lo scioglimento, ove non coerente alle strategie di liquidazione prospettabili.

³¹ La tradizionale e più importante forma di gestione dei servizi pubblici è stata da sempre la concessione, un atto provvedimentale attraverso la quale l'autorità concedente affida ad un terzo il compito di attivare e gestire un servizio pubblico sotto il suo controllo, in cambio di una remunerazione costituita dai canoni per la sua fruizione da parte degli utenti. Dalla concessione nasceva sicuramente un rapporto privatistico e quindi paritetico, disciplinante i profili patrimoniali e i reciproci diritti ed obblighi del concedente e del concessionario, ma in quanto atto provvedimentale, si caratterizzava comunque per un penetrante profilo autoritativo, connesso all'accertamento della sussistenza di un interesse pubblico alla esternalizzazione ed al conseguente trasferimento dell'esercizio del servizio al privato. Ma l'originaria concessione, come tradizionalmente è stata intesa, sotto la costante spinta del diritto comunitario ha perso molto del suo carattere autoritativo per sbiadirsi verso una connotazione negoziale e trasformarsi in un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ma che si specifica per la determinazione del corrispettivo, consistente unicamente nel diritto di gestire i servizi. Un eventuale ulteriore riconoscimento economico può essere attribuito solo come corrispettivo di una compressione del diritto di fissare il prezzo nei confronti degli utenti. In questi termini una esplicita definizione si rinviene nel nuovo codice degli appalti introdotto con il d. lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 che all'art. 3 definisce la concessione come quel contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera l) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi. Il diritto comunitario, penetrato sempre più in profondità nel nostro ordinamento, considera la concessione al pari di un contratto di appalto caratterizzato dalla circostanza che il concessionario ricava la sua remunerazione unicamente, o prevalentemente, dalla gestione dell'opera concessa o del servizio concesso.

Ma il soggetto pubblico oltre alla generale capacità di diritto privato è anche titolare della sua speciale capacità di diritto pubblico e quindi legittimato, nell'esercizio di un potere attribuito dalla legge, ad emettere atti autoritativi idonei a degradare l'eventuale diritto soggettivo nel più limitato (legittimo) interesse al corretto esercizio dell'azione amministrativa.

Ebbene, da una lettura sistematica della disciplina speciale dei contratti pubblici, si è giunti a ritenere l'esistenza di un principio generale volto a precludere alla stazione appaltante pubblica la possibilità di intrattenere rapporti contrattuali con soggetti falliti.

Tale preclusione troverebbe la sua logica giustificazione nell'esigenza di esonerare "il pubblico contraente dal rischio che il dissesto o la difficoltà economica dell'operatore pregiudichi la corretta e completa esecuzione del contratto, tutelando il preminente interesse pubblico al buon andamento, all'efficacia ed all'economicità dell'azione amministrativa"³² ed imporrebbe, così, alla pubblica amministrazione, intervenuto il fallimento della società affidataria del servizio, di sciogliersi dal vincolo contrattuale revocando iure imperii la concessione.

Condurrebbero verso questa soluzione:

- l'esplicita limitazione alla partecipazione alle gare di appalto (art. 38, co. 1, lett. a, norma peraltro più restrittiva dell'omologa disciplina comunitaria, che considera il fallimento o la pendenza del relativo procedimento causa di esclusione facoltativa³³) e la necessaria

³² A.V.C.P., Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'art.38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi, Determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010: lo stato di fallimento "consente alle stazioni appaltanti di escludere un operatore economico qualora lo stesso versi in uno stato di crisi tale da comprometterne l'affidabilità economica e porre in discussione l'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali assunte"

³³ Art. 45, direttiva 2004/18/CE; Cass. n. 19165 del 13 settembre 2007

permanenza delle originarie condizioni soggettive durante tutto il rapporto contrattuale ³⁴;

- la necessaria prosecuzione del rapporto con altro soggetto in caso di fallimento del mandante o del mandatario all'interno di un associazione temporanea appaltatrice (art. 37, co. 19);
- il contenuto obbligatorio del bando di gara - imposto dall'art. 140 - nella parte in cui deve prevedere che, in caso di fallimento dell'appaltatore, la stazione appaltante interpelli progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura, secondo l'ordine di graduatoria, al fine di stipulare un nuovo appalto per il completamento dei lavori.

Né in senso contrario potrebbe valere, si è detto, la previsione contenuta nell'art. 116, co. 4, che consente la prosecuzione del contratto di appalto pubblico nel caso di cessione o affitto di azienda anche "da parte degli organi della procedura concorsuale". In tale ipotesi, si è detto, l'eccezionale prosecuzione del rapporto contrattuale troverebbe la sua giustificazione nella modifica soggettiva dell'imprenditore, conseguente al trasferimento o all'affitto dell'azienda, e sarebbe comunque condizionata al necessario possesso da parte del cessionario o dell'affittuario delle prescritte qualità soggettive ³⁵.

La logica ricostruzione, tuttavia, trova un evidente punto di frizione nell'art. 30 dello stesso d. lgs 163/06, norma che esplicitamente esclude dall'ambito di applicazione del codice degli appalti la concessione di servizi. Cosicché si giungerebbe alla illogica applicazione alla concessione di un principio generale desunto da una serie di norme non direttamente applicabili alla concessione stessa, neanche

³⁴ T.A.R. Lazio, 3 dicembre 2009, n. 1241; Cons.Stato, 12 marzo 2009, n. 1458; Consiglio di Stato, sez. III, 13.01.2016 n. 76

³⁵ Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale - Parere del 22 gennaio 2008

attraverso una interpretazione estensiva, preclusa dalla ritenuta eccezionalità della norma³⁶.

Peraltro, si è detto, la durata temporanea dell'esercizio provvisorio, la sua finalità conservativa e la sua funzionalità rispetto agli interessi dei creditori, ma anche degli stessi fruitori del servizio, potrebbero condurre ad assimilare l'istituto al concordato con continuità, espressamente escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 38 ed in generale dalle limitazioni soggettive indicate nella complessiva disciplina del codice degli appalti³⁷.

In sintesi, quindi, sul presupposto della generale applicabilità della disciplina fallimentare anche alle società in house, nulla osterebbe alla prosecuzione del rapporto nei confronti del curatore nel corso dell'esercizio provvisorio se non la preclusione rinvenuta nella generale disciplina del d. lgs. 163/06, ove ritenuta applicabile anche alla concessione di servizi.

Oggi, però, il quadro normativo è mutato³⁸ e, con l'approvazione del d. lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 (Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), anche il prospettato limite normativo è venuto meno.

³⁶ Cons. Stato, 14 gennaio 2014, sez. III,

³⁷ Per una specifica indicazione in tal senso, ma con riferimento all'amministrazione straordinaria, A.V.C.P. Determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010: *“la partecipazione alla gara è ammessa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett.a), in caso di amministrazione straordinaria proprio perché l'autorizzazione all'esercizio provvisorio, rilasciata in tale procedura, è volta alla conservazione dell'impresa, cui viene consentito di continuare ad operare nel mercato in funzione del risanamento dell'azienda”*

³⁸ In realtà le disposizioni non si applicano direttamente alle società in house providing, per l'esplicita previsione contenuta nell'art. 5 dello stesso decreto. Ma ciò, comunque, non esclude la possibilità di valutare l'esistenza di principi comunque applicabili nei limiti di compatibilità a tutti i rapporti intrattenuti con la pubblica amministrazione.

La nuova disciplina, che ha abrogato ³⁹ il previgente codice degli appalti e riordinato la materia dei contratti pubblici alla luce delle sovraordinate disposizioni comunitarie, regola espressamente la sorte dell'affidamento nell'ipotesi di fallimento dell'esecutore offrendo la possibilità di avviare un procedimento di conservazione dell'azienda diretto a preservare l'integrità aziendale ed il suo valore economico nell'interesse della collettività e quanto meno di quello concorrente dei creditori ⁴⁰ .

A fronte della originaria generale preclusione (sostanzialmente ripresa in linea generale nell'art. 80 ⁴¹), l'art. 110 riconosce infatti esplicitamente la possibilità che il rapporto, originariamente intrattenuto dalla stazione appaltante con la società fallita, acquisito il parere dell'ANAC, possa proseguire anche dopo la dichiarazione di fallimento, nei confronti del curatore, previa autorizzazione all'esercizio provvisorio ⁴².

Venuto meno anche il limite dell'art. 38 e del generale principio desunto dalla giurisprudenza amministrativa dalla previgente disciplina, può quindi ragione-

³⁹ In realtà, una residua applicazione della previgente disciplina e quindi del d. lgs. 163, in quanto la nuova disciplina in materia di contratti pubblici, dettata dal decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, come previsto dall'art. 216 dello stesso, si applica alle procedure ed ai contratti per i quali i bandi e gli avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati a decorrere dal 19 aprile 2016, data di entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici.

⁴⁰ *“Il presente codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione”* (art. 1)

⁴¹ *“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 ... 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”*

⁴² *“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 del completamento dei lavori. ...3. Il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC, 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”: art. 110 d. lgs. 50/16*

volmente ritenersi che non vi siano ostacoli logici o normativi ad una temporanea continuazione della erogazione del servizio pubblico da parte della stessa società fallita (che ne conserva la titolarità), attraverso la gestione provvisoria della curatela.

Un ulteriore tassello, quindi, nella complessiva unificazione della disciplina del fenomeno societario, che, nel progressivo mutamento del contesto economico, ha assunto connotati sempre più elastici, sostanzialmente svincolandosi dalla tradizionale alternativa fra causa di lucro e causa mutualistica, sino a divenire un contenitore adattabile a diverse finalità, pur nella identità di natura giuridica e disciplina organizzativa; senza che l'interesse pubblico eventualmente perseguito attraverso lo strumento privatistico possa condurre all'individuazione di *tertium genus*, qualificabile come società-ente, sottratto al diritto comune ⁴³.

L'interesse pubblico conserverà la sua rilevanza esclusivamente nei rapporti interni tra la società e l'ente da cui promana, mentre, nei rapporti interprivatistici rimarrà sullo sfondo, al pari degli altri interessi che, nella gestione complessiva, dovranno essere contemperati ⁴⁴.

5. LA LIQUIDAZIONE DELL'AZIENDA: RAPPORTI TRA L'AGGIUDICATARIO E L'ENTE PUBBLICO

Intervenuto il fallimento, la prosecuzione dell'attività di impresa - coerentemente con la funzione liquidativa dell'intera procedura - deve necessariamente rivestire il carattere della provvisorietà e quindi sfociare comunque verso una futura vendita. E nel successivo ed eventuale trasferimento, la liquidazione del complesso aziendale della società *in house*, nonostante che in esso sia ricompreso anche il rapporto contrattuale che disciplina l'erogazione del servizio, non presenta astratta-

⁴³ Cass. 27 settembre 2013 n. 22209

⁴⁴ Ulteriore conferma della necessità di una valutazione "esterna" dell'interesse pubblico è l'inciso contenuto proprio nello stesso art. 110 d. lgs 50/2016, nella parte in cui prevede che l'ANAC (autorità amministrativa) debba essere solo "sentita", senza che eventuali rilievi possano in qualche modo condizionare autoritativamente la prosecuzione del rapporto.

mente divergenze significative rispetto alla disciplina generale. La procedura di gara indetta dal curatore fallimentare, infatti, rimane soggettivamente ed oggettivamente estranea all'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici, conserva natura privatistica e rimane soggetta esclusivamente alla legge fallimentare⁴⁵.

E questo porterebbe, ad esempio, a ritenere inapplicabile la limitazione soggettiva imposta dal codice degli appalti e quindi non necessaria la relativa previsione all'interno del disciplinare di vendita. Allo stesso modo in cui (ma in questo caso per espressa previsione normativa) non è applicabile alle vendite esecutive o concorsuali la limitazione alla circolazione imposta dall'art. 46 D.P.R. n. 380 del 6 giugno 2001⁴⁶ ai beni privi di conformità edilizia od urbanistica o l'obbligo di allegazione dell'attestato di prestazione energetica richiesto dal d.l. n. 145 del 23 dicembre 2013⁴⁷. Limitazioni che confermano l'autonomia dei trasferimenti coattivi rispetto alle norme di diritto sostanziale che disciplinano i paralleli trasferimenti sostanziali e che trovano la loro giustificazione nel necessario contemperamento degli interessi sottesi a ciascuna procedura esecutiva (diretti ad una liquidazione rapida e proficua dell'attivo ed attraverso questa al soddisfacimento delle ragioni creditorie) con i diversi interessi connessi alle singole e specifiche restrizioni imposte dalle norme cogenti ai trasferimenti volontari.

⁴⁵ La natura di concessione di servizio pubblico del rapporto contrattuale che lega la società fallita all'ente "non vale a determinare l'applicabilità dei principi di evidenza pubblica in un procedimento che non è, per sua natura, volto all'adozione di un atto di concessione (con il necessario contemperamento delle esigenze di servizio pubblico e il relativo, eventuale, conferimento di poteri e funzioni), bensì – per l'appunto – alla vendita dei beni, nella specie di un complesso aziendale, di un soggetto privato in una procedura di fallimento": Anac - parere n. 55 del 30 settembre 2014

⁴⁶ "Gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria. ... Le nullità di cui al presente articolo non si applicano agli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali."

⁴⁷ Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 263-2014/C recante "Vendita forzata e attestato di prestazione energetica"

Ciononostante, la pur riconosciuta autonomia dei trasferimenti coattivi trova il suo limite logico proprio nel necessario contemperamento delle rispettive esigenze, all'interno del quale l'interesse pubblico conserva la sua oggettiva rilevanza.

In linea di principio, infatti, la sostituzione dell'originario affidatario non appare incompatibile con l'attuale quadro normativo che pur disciplina ipotesi generali nelle quali, nel concreto articolarsi del rapporto, succeda altro operatore economico diverso dal primo.

È il caso, ad esempio, della sostituzione disciplinata dall'art. 175 del nuovo codice dei contratti pubblici (contenuto nel capo III della disciplina delle concessioni), che, nel regolamentare le modifiche dei contratti durante il periodo di efficacia, prevede la possibilità di una modifica della concessione senza una nuova procedura di aggiudicazione quando, tra l'altro, "un nuovo concessionario sostituisce quello a cui la stazione appaltante avevano inizialmente aggiudicato la concessione".

Le norma, pur se settoriale, può ritenersi espressione di una generale irrilevanza dell'identità soggettiva dell'affidatario, purché nei limiti in cui la diversità soggettiva non comprometta l'interesse pubblico e, quindi, garantisca comunque il possesso dei requisiti di qualificazione adeguati alla prestazione ancora da eseguire.

È infatti necessario che il nuovo operatore economico, succeduto al primo, 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 presente codice, fatta salva l'autorizzazione del concedente, ove richiesta sulla base della regolamentazione di settore".

Ed in questa ottica può essere letta anche la specifica precisazione contenuta nell'art. 186 bis, nella parte in cui prevede che della continuazione del contratto "può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o

conferitaria d'azienda o di rami di azienda cui i contratti siano trasferiti”, purché sussistano appunto i “requisiti di legge”.

In altri termini, la particolare connotazione pubblicistica dei rapporti nei quali deve succedere il nuovo contraente, pur non impedendo il trasferimento, impone la necessità che quest'ultimo posseda i requisiti soggettivi ed oggettivi di qualificazione richiesti dalla disciplina dei contratti pubblici a tutela del pieno soddisfacimento dell'interesse pubblico, sotteso al rapporto.

In sintesi, quindi, seppure non vi sia astrattamente alcun ostacolo al trasferimento del complesso aziendale, la procedura di gara (regolamentata comunque dalla disciplina dettata dalla legge fallimentare) trova il suo necessario limite proprio nell'interesse pubblico sotteso all'erogazione del servizio e, quindi, all'originario affidamento e, con esso, nelle specifiche prescrizioni contenute nella disciplina richiamata. Una diversa soluzione, pur astrattamente possibile, legittimerebbe l'esercizio da parte del contraente pubblico dei poteri riconosciuti dall'ordinamento a tutela della sua funzione.

Michele Cuoco

giudice delegato presso il Tribunale di Benevento