

di Monica Attanasio

Indice sommario: 1.Introduzione al rapporto fra procedure concorsuali e contratti pubblici. 2.Gli interventi legislativi del 2012 e del 2014 sulla disciplina concorsuale. 3. La disciplina del nuovo Codice degli Appalti 2016 ed il suo rapporto con l'art. 186 bis l. fall. 4. Le attestazioni suppletive e l'avvalimento. 5. I crediti dei subappaltatori.

.....

1.Introduzione al rapporto fra procedure concorsuali e contratti pubblici

In passato, la strada delle procedure concorsuali (o quanto meno di alcune di esse) e quella degli appalti pubblici erano destinate a correre parallele e a non interscarsi, o meglio, a biforcarsi immediatamente qualora fossero venute ad incrociarsi: l'art. 38 del vecchio Codice degli Appalti Pubblici esclude(va) dalla partecipazione alle procedure di affidamento di concessioni e di appalti pubblici, oltre che dalla possibilità di essere affidatari di subappalti e di stipulare i relativi contratti, i soggetti che si trovano in stato di fallimento, liquidazione coatta e concordato preventivo, nonché quelli nei cui confronti fosse in corso *“un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”*; a sua volta l'art. 140, per l'eventualità di fallimento, liquidazione coatta o concordato dell'appaltatore, facoltizza(va) la stazione appaltante ad interpellare i soggetti che avevano partecipato alla gara originaria, in base all'ordine risultante dalla relativa graduatoria, al fine della stipula di un nuovo contratto per il completamento dei lavori.

Nella legge fallimentare, la sola norma che si occupava degli appalti pubblici era l'art. 81, la quale peraltro si limitava (e tuttora si limita) a rinviare alla relativa disciplina.

Insomma, il sistema si caratterizzava per l'assoluta preminenza accordata all'interesse pubblico, che in questo settore è, a monte, l'interesse alla speditezza e stabilità della procedura di gara, e, a valle, quello alla regolare esecuzione del contratto pubblico.

D'altro canto, ciò era coerente col carattere eminentemente liquidatorio delle procedure concorsuali in precedenza citate: nel fallimento, l'esercizio provvisorio, pur previsto sin dall'entrata in vigore del R.d. n. 267/1947, è stato e rimane istituito scarsamente praticato; a sua volta, il concordato preventivo per lungo tempo è stato concepito come una procedura di natura prevalentemente, se non esclusivamente, liquidatoria¹.

Non è dunque un caso che quelle strade cominciano ad incrociarsi, problematicamente, nel momento in cui il concordato si propone anche come concordato in continuità, e quando inoltre diventano più stringenti, e maggiormente avvertite, le esigenze di salvaguardia dell'azienda e dei suoi valori. Non un caso, dunque, che nella legge fallimentare vengono innestate nuove disposizioni, riguardanti precipuamente la materia dei contratti pubblici, nel momento in cui il legislatore si premura di dettare una disciplina particolare per il concordato con continuità aziendale², nell'ambito di un intervento connotato da un più generale intento volto ad incentivare le soluzioni concordate della crisi di impresa³.

¹ È noto infatti l'orientamento della Suprema Corte che negava il carattere prededucibile dei crediti nascenti da obbligazioni contratte nel corso della procedura di concordato nel fallimento successivo, argomentando, appunto, dalla funzione meramente liquidatoria del concordato, cui si riteneva estranea la continuazione dell'esercizio dell'impresa (cfr. Cass., 14 luglio 1997, n. 6352 e Cass., 14 febbraio 2011, n. 3581).

² Con l'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 134.

³ Nella relazione illustrativa del d.l. n. 83/2012 si legge, infatti, che *“l'opzione di fondo che orienta l'intervento è quella di incentivare l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi”*, e la disciplina introdotta

2. Gli interventi legislativi del 2012 e del 2014 sulla disciplina concorsuale.

L'art. 186 *bis* l. fall. esordisce – per la parte che qui interessa – affermando che i contratti in corso di esecuzione al momento della presentazione della domanda di concordato con continuità, compresi quelli stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura: poiché per i contratti fra privati la prosecuzione del rapporto nel corso della procedura di concordato era assunto largamente condiviso in dottrina come in giurisprudenza, non contraddetto, ma anzi indirettamente confermato dal riconoscimento della facoltà per l'imprenditore di sciogliersi dai contratti pendenti previa autorizzazione del tribunale⁴, la portata innovativa della norma si rinviene, appunto, nell'esplicito riferimento da essa operato ai contratti pubblici, oltre che nella previsione di inefficacia degli eventuali patti contrari.

La norma, peraltro, subordina la continuazione dei contratti pubblici a determinate condizioni: l'attestazione ad opera del professionista in possesso dei requisiti previsti dall'art. 67, comma 3°, lett. d), l. fall. della conformità al piano della continuazione dei contratti pubblici e della ragionevole capacità di adempimento del contratto da parte dell'imprenditore in concordato. In presenza di tale attestazione, e di una dichiarazione di avvalimento di altro operatore economico in possesso dei requisiti richiesti per l'affidamento dell'appalto, è altresì consentita la partecipazione dell'impresa alle procedure di assegnazione di contratti pubblici⁵.

La novella, oltre ad introdurre l'art. 186 *bis*, interviene coerentemente sull'art. 38 del Codice degli Appalti, che viene modificato con l'aggiunta di un'eccezione alla regola dell'esclusione dalla partecipazione alle gare degli operatori economici falliti, in liquidazione coatta o concordato, il cui contenuto viene individuato mediante rinvio alla disciplina dettata dall'art. 186 *bis* l. fall.⁶.

La prima difficoltà interpretativa (ed operativa) posta da tale normativa ha riguardato l'individuazione del momento a partire dal quale si può parlare di "concordato con continuità aziendale".

Il dato letterale appare postulare il deposito di una domanda di concordato "pieno" e la pronuncia del decreto di ammissione alla procedura⁷, portando quindi ad escludere l'applicabilità delle nuove

con l'art. 186 *bis* viene definita come *"una disciplina di favore per i piani di concordato preventivo finalizzati alla prosecuzione dell'attività d'impresa"*.

⁴ Facoltà come noto anch'essa introdotta dal d.l. n. 83/2012.

⁵ L'art. 186 *bis* stabilisce che: *"L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni"* (comma 3°); *"L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazioni di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara: a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto; b) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. Si applica l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163."* (ex comma 4°, attuale comma 5°).

⁶ Rinvio mobile, il quale importa il cambiamento delle regole delle procedure degli appalti e subappalti pubblici tutte le volte che muterà la disciplina dettata dall'art. 186 *bis* – così cfr. LIA SADILE, *"Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici"*, in www.ilcaso.it, pag. 5.

⁷ L'attestazione della conformità al piano, richiesta dai commi 3° e 4° (attualmente, comma 5°) presuppone, invero, che il piano sia stato già predisposto e depositato; le medesime disposizioni parlano poi di *"ammissione al concordato preventivo"*.

disposizioni in virtù semplicemente della presentazione di una domanda di concordato, a maggior ragione quando essa sia formulata ai sensi dell'art. 161, comma 6°, 1. fall., ma un'interpretazione teleologica, fondata sulla *ratio* dell'intervento legislativo più che sulla lettera della norma, poteva condurre a diverse conclusioni.

La giurisprudenza amministrativa ha infatti espresso opinioni divergenti in ordine alla possibilità per l'imprenditore in concordato di partecipare a gare pubbliche ancor prima dell'ammissione⁸, ed il contrasto riflette la contrapposizione fra gli interessi in gioco: quello dell'imprenditore al risanamento della propria azienda mediante un piano in continuità, inteso a soddisfare i creditori (anche) mediante l'acquisizione di nuovi appalti (così Cons. Stato, n. 6772/2013); quello della pubblica amministrazione ad evitare che la procedura di gara possa rimanere esposta *"ad una durata non prevenibile, anche in conseguenza del possibile esito negativo della procedura concordataria"* (così il TAR valdostano).

Circa un anno dopo del problema si è fatto carico il legislatore, che, con l'art. 13, comma 11 *bis*, della l. n. 9 del 21 febbraio 2014, di conversione del d.l. n. 145 del 23 dicembre 2013, ha aggiunto un ulteriore comma all'art. 186 *bis* (l'attuale comma 4°), del seguente tenore: *"Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento dei contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale"*.

La disposizione è inequivoca nel consentire la partecipazione alle gare pubbliche anche prima dell'ammissione al concordato, in forza del semplice deposito della domanda di concordato, ma non chiarisce se può trattarsi di una domanda di concordato in bianco; la risposta affermativa è tuttavia ragionevolmente fondata sulla considerazione che il parere del commissario giudiziale è previsto solo in caso di sua nomina, e la nomina del commissario è facoltativa soltanto ove il tribunale provveda ai sensi dell'art. 161, comma 6°, quarto periodo, 1. fall.; la norma riecheggia del resto il disposto dell'art. 161, comma 7°, secondo periodo, e, nel confermare che la partecipazione a gare pubbliche è atto di straordinaria amministrazione, ne ricalca il contenuto⁹.

Essa ha invece lasciato immutata la disciplina della prosecuzione dei contratti pubblici dettata dal comma 3°: dopo l'ammissione, la continuazione del rapporto è subordinata all'attestazione della conformità al piano e della ragionevole capacità di adempimento del contratto; nella fase precedente, compresa fra il deposito della domanda di concordato in continuità e la pronuncia del decreto ex art. 163 1. fall., deve ragionevolmente escludersi che la presentazione della domanda di concordato comporti l'automatica decadenza dell'attestazione SOA, e che la stazione appaltante possa quindi avvalersi della facoltà di risolvere il contratto ai sensi dell'art. 140 del d.lgs. n. 163/2006. Tale approdo, cui l'ANAC era pervenuta per le (sole) domande di concordato "pieno" in continuità con la determinazione dell'aprile 2014¹⁰, è stato in seguito da essa predicato anche per le domande di

⁸ In senso favorevole cfr. TAR Trieste, 7 marzo 2013, n. 146, in www.caso.it, 2013, Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6672 e Cons. Stato, sezione IV, 3 luglio 2014, n. 3344; in senso contrario, TAR Aosta, 18 aprile 2013, n. 23, in Foro Amm., 2013, pag. 1097, e Cons. Stato, sezione III, 14 gennaio 2014, n. 101.

⁹ Anche l'art. 161, comma 7°, infatti, prevede il parere del commissario giudiziale "se nominato"; nel senso indicato nel testo si è espressa anche l'ANAC con la determinazione n. 5 dell'8 aprile 2015, così modificando l'opinione in precedenza espressa con la determinazione n. 3 del 23 aprile 2014; in senso contrario, in dottrina, VINCENZO DE SENSI, *"Appalto pubblico e crisi di impresa"*, in Il diritto fallimentare e delle società Commerciali, 2015, 6, parte prima, pagg. 627 e 635, il quale limita l'abito di operatività del comma 4° dell'art. 186 *bis* al periodo compreso fra il deposito della domanda di concordato "pieno" e l'ammissione alla procedura.

¹⁰ Ove si osservava che *"partendo dalla premessa per cui condicio sine qua non per la prosecuzione dell'esecuzione dell'appalto di lavori è proprio il mantenimento dell'efficacia dell'attestazione SOA, e che l'autorizzazione giudiziale a partecipare alle procedure di affidamento postula il preventivo possesso della qualificazione da parte dell'operatore economico, deve concludersi nel senso che la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo con le caratteristiche proprie del concordato 'con continuità aziendale' non comporta la decadenza dell'attestazione di qualificazione"*, né essa rappresenta *"elemento ostativo ai fini della verifica triennale o del rinnovo (per le imprese attestate) o del conseguimento dell'attestazione di qualificazione (per le imprese non attestate)"*; al tempo stesso, tuttavia, la praticabilità di

concordato “in bianco”¹¹. Resta peraltro ferma la possibilità che la stazione appaltante risolva il contratto, non ai sensi dell’art. 140 del D.lgs. n. 163/2006, ma a mente dell’art. 136 di tale decreto (o dell’art. 108 del nuovo Codice), e quindi per grave inadempimento, gravi irregolarità o gravi ritardo, anche se il relativo rischio potrà, se del caso, essere neutralizzato formulando istanza di sospensione del contratto ai sensi dell’art. 169 *bis* l. fall.¹².

Complessivamente, comunque, l’intervento attuato con la l. n. 9/2014 si pone nel solco di una politica legislativa di favore per il concordato (ed il concordato con continuità aziendale in particolare), al tempo stesso ricercando un ragionevole punto di equilibrio fra le esigenze e gli interessi che si contrappongono in materia¹³. Al perseguimento del medesimo obiettivo è ispirata la disciplina dettata dal nuovo Codice degli Appalti, che, però, rispetto al quadro normativo esitato alla riforma del 2014, segna un arretramento della tutela dell’imprenditore che ha presentato una domanda di concordato in continuità rispetto.

3. La disciplina del nuovo Codice degli Appalti 2016 ed il suo rapporto con l’art. 186 *bis* l. fall.

La disciplina introdotta sul punto dal D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, è, rispetto a quella previgente, sicuramente più organica e di più ampio respiro.

L’art. 110 si occupa, infatti, non soltanto del concordato in continuità, ma anche del concordato con cessione dei beni e del fallimento, ove sia stato autorizzato l’esercizio provvisorio. Per il concordato esso, inoltre, distingue e disciplina partitamente la fase che segue l’ammissione e quella ad essa precedente (facendo espressa menzione della domanda di concordato presentata ai sensi dell’art. 161, comma 6°, l. fall.), con riferimento sia alla prosecuzione dei contratti che alla partecipazione alle gare.

Il quadro che ne emerge può così riassumersi:

nel caso di fallimento con autorizzazione all’esercizio provvisorio: il curatore può sia eseguire i contratti già stipulati dall’impresa fallita, sia partecipare a procedure di affidamento di concessioni ed appalti di lavori, forniture e servizi, ovvero essere affidatario di subappalto¹⁴;

nel caso di concordato in continuità: dopo l’ammissione alla procedura l’impresa ha le medesime facoltà (esecuzione dei contratti pubblici in corso e partecipazione a gare pubbliche) appena viste per

questa soluzione veniva esclusa per le domande di concordato con riserva, ed in senso analogo si era espresso in giurisprudenza TAR Lazio, sezione VI-ter, 4 giugno 2014, n. 5901, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2014, parte seconda, pag. 688.

¹¹ Purché, si legge nella determinazione n. 5/2015, si tratti di una domanda prenotativa di un concordato in continuità, in quanto presentata con l’espressa riserva di presentare un piano che preveda la prosecuzione dell’attività di impresa; analogamente, in giurisprudenza, Trib. Mantova, 10 settembre 2015m in www.ilcaso.it, 2015.

¹² L’art. 186 *bis*, comma 3°, fa infatti salva l’applicazione di tale norma, non sottoponendo la facoltà dell’imprenditore di domandare l’autorizzazione allo scioglimento o alla sospensione di contratti pubblici pendenti a requisiti aggiuntivi, la qual cosa importa che, come avviene per i contratti fra privati, l’interesse della stazione appaltante alla regolare esecuzione del contratto non potrà in questo caso venire in considerazione; nel senso tuttavia che il tribunale dovrà ponderare da un lato l’interesse del ceto creditorio alla migliore realizzazione del piano, e dall’altro quello pubblico sotteso all’appalto, cfr. DE SENSI, “*Appalto pubblico e crisi di impresa*”, cit., pag. 637.

¹³ cfr. SADILE, “*Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici*”, cit., pag. 15, la quale osserva che “*il legislatore ha ritenuto insufficiente la presentazione della sola domanda, eccessiva la pretesa dell’ammissione e quindi ha introdotto l’autorizzazione come soluzione intermedia*”, ritenendo peraltro che l’autorizzazione giudiziale possa sorreggere la partecipazione alla gara solo fino all’aggiudicazione provvisoria, essendo necessari, ai fini dell’aggiudicazione definitiva e per la successiva stipula del contratto, gli adempimenti di cui all’art. 186 *bis*, comma 5°, e l’ammissione del concordato.

¹⁴ Possibilità in precedenza negata dalla giurisprudenza amministrativa: cfr. Cons. Stato, n. 4575/2007.

il fallimento con esercizio provvisorio, mentre, dopo il deposito del ricorso, anche ai sensi dell'art. 161, comma 6°, l. fall., e sino all'ammissione, essa può (soltanto) eseguire i contratti pubblici già stipulati;

nel caso di concordato con cessione dei beni: l'impresa può eseguire i contratti pubblici in corso sia prima che dopo l'ammissione¹⁵, ma non partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici.

In tutti questi casi è prevista un'autorizzazione del giudice delegato, sentito il parere dell'ANAC, che, in determinati casi, può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti, all'avvalimento di altro operatore in possesso dei requisiti richiesti per l'affidamento dell'appalto (comma 5°). Questa regola non vale però per l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, che, a mente del precedente comma 4°, *"non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto"*.

La disciplina dettata dal nuovo Codice degli Appalti e quella contenuta nell'art. 186 bis l. fall. sono destinate a convivere.

Ciò innanzi tutto perché le nuove disposizioni si applicheranno *"alle procedure e ai contratti per le quali i bandi di gara o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano stati ancora inviati gli inviti a presentare offerte"* (così l'art. 216, comma 1°, del decreto).

Anche a regime, peraltro, un'abrogazione tacita per incompatibilità appare predicabile soltanto per il quarto comma dell'art. 186 bis (atteso che l'art. 110, comma 3°, del D.lgs. n. 50/2016 consente la partecipazione alle gare soltanto dopo l'ammissione), e per la lett. b) del comma successivo (in quanto l'avvalimento non è più richiesto per le imprese ammesse al concordato con continuità).

Pienamente compatibile con la nuova normativa è, in particolare, il sistema di attestazioni suppletive previsto dal terzo e dal quinto comma, lett. a), dell'art. 186 bis. È anzi verosimile che tali disposizioni forniranno la traccia del corredo documentale necessario ai fini del rilascio delle autorizzazioni previste dall'art. 110 del D.lgs. n. 50/2016, anche al di fuori dell'ambito di applicazione loro proprio (e quindi, in particolare, per l'autorizzazione all'esecuzione di contratti pubblici dopo il deposito di domanda di concordato con riserva ovvero nell'ambito di un concordato con cessione dei beni).

4. Le attestazioni suppletive e l'avvalimento.

L'attestazione della conformità al piano della continuazione di contratti pubblici (art. 186 bis, comma 3°), o della partecipazione a gare pubbliche (art. 186 bis, comma 5°, lett. a), presuppone, oltre all'ovvio riscontro che l'una o l'altra siano previste nel piano, anche che i flussi dei costi e dei ricavi attesi dall'esecuzione di tali contratti, i relativi fabbisogni finanziari e la relativa copertura, siano inglobati nell'ambito del piano predisposto ai sensi dell'art. 186 bis, comma 2°, lett. a)¹⁶, con un grado di analiticità che sarà ovviamente maggiore per i contratti in corso di esecuzione e per le gare per le quali sia stata già presentata, o sia di prossima presentazione, la relativa domanda, e minore per le gare non

¹⁵ Letteralmente, in realtà, la norma si riferisce soltanto all'impresa ammessa al concordato, liquidatorio o con continuità, e a quella che abbia presentato domanda di concordato con riserva, non considerando, invece, l'ipotesi del deposito di una domanda di concordato "pieno", ma l'esecuzione dei contratti pubblici, espressamente consentita nel caso di concordato prenotativo, non può non esserlo anche in quello in cui la domanda sia stata presentata ai sensi del 1° comma dell'art. 161, nel lasso di tempo intercorrente fra il deposito del ricorso e l'ammissione.

¹⁶ Così GIAN PAOLO MACAGNO, *"Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi"*, in *Il Fallimento*, 2014, 6, pag. 679.

La ragionevole capacità di adempimento del contratto andrà invece vagliata tenendo conto delle condizioni che legittimerebbero la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 136 del D.lgs. n. 163/2006¹⁸ (o dell'art. 108 del D.lgs. n. 50/2016), attestando quindi che la capacità tecnico-organizzativa dell'impresa è tale da garantire la regolare esecuzione del contratto sotto il profilo sia qualitativo che quantitativo.

Analoghe basi documentali dovrebbero poi supportare le autorizzazioni previste dall'art. 110 del D.lgs. n. 50/2016 per le ipotesi di prosecuzione di contratti pubblici nell'ambito di un "esercizio provvisorio" destinato ad innestarsi in una procedura di stampo liquidatorio, sia essa il fallimento ovvero il concordato con cessione dei beni: per il primo, del resto, opera il limite rappresentato dalla mancanza di pregiudizio per i creditori (art. 104, comma 1°, l. fall.), mentre per il secondo pare logico fare riferimento al disposto dell'art. 2487, lett. c), c.c., e quindi al carattere conservativo della gestione provvisoria dell'impresa ed alla sua funzionalizzazione al miglior realizzo dei cespiti aziendali.

Sebbene per i “requisiti aggiuntivi” occorrerà attendere l’emanazione da parte dell’ANAC delle relative linee guida, l’ipotesi contemplata nella lett. a) è già tale da dar luogo, nella normalità dei casi, alla richiesta di avvalimento da parte dell’ANAC, a meno che la medesima Autorità non si orienti nel senso di ritenere che la mancanza di regolarità retributiva e contributiva vada riferita agli adempimenti maturati nel corso della procedura piuttosto che a quelli pregressi.

¹⁷ Per queste ultime si è ritenuta sufficiente la previsione del piano, “*purché il contratto per il quale l’impresa concorre sia comunque riconducibile alle attività oggetto di prosecuzione ed il professionista riscontri la sostenibilità economica e finanziaria per l’impresa, con una valutazione che attiene non solo la conformità ma la ragionevole capacità di adempimento*” – cfr. MACAGNO, “*Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*”, cit., pag. 680.

¹⁸ Cfr. SADILE, *“Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici”*, cit., pag. 8, e MACAGNO, *“Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi”*, cit., pag. 680.

Tale istituto, e quello previsto dall'art. 49 del vecchio Codice degli Appalti, o dall'art. 89 del nuovo Codice, sono diversi: quest'ultimo è facoltativo, e consiste nel "prestito" da altra impresa di alcuni dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara; il primo, invece, previsto come obbligatorio dall'art. 186 *bis*, comma 5°, lett. b), lo sarà anche nei casi in cui l'ANAC subordinerà la partecipazione all'avvalimento ai sensi dell'art. 110, comma 5°, e comporta inoltre una duplicazione dei requisiti di partecipazione alla gara, che dovranno essere posseduti sia dall'impresa ausiliata che da quella ausiliaria¹⁹.

Malgrado ed al di là di queste differenze, derivanti dalla diversa funzione cui l'avvalimento assolve – nell'un caso, quella di consentire la partecipazione alla gara anche a soggetti che non siano in possesso di tutti i requisiti all'uopo necessari, sì da ampliare la platea dei concorrenti, e, nell'altro, quella di garantire che il contratto pubblico troverà, in ogni caso, regolare esecuzione –, per altri aspetti, ed in particolare per quel che concerne il regime dei controlli demandati alla stazione appaltante, della responsabilità solidale dell'impresa concorrente e di quella ausiliaria, e dei limiti posti all'avvalimento²⁰, deve ritenersi applicabile la disciplina dettata dall'art. 49 del D.lgs. n. 163/2006, ovvero, in futuro, dall'art. 89 del D.lgs. n. 50/2016²¹. Tanto è desumibile, nel caso dell'art. 186 *bis*, dall'espresso richiamo da esso operato al citato art. 49, ma è predicabile anche per l'avvalimento contemplato dall'art. 110, comma 5°, del nuovo Codice, ove manca un analogo richiamo, in ragione della rispondenza all'interesse pubblico di quei regimi.

5. I crediti dei subappaltatori.

Un ulteriore punto di interferenza fra il diritto concorsuale e quello degli appalti pubblici è rappresentato dalla tematica dei crediti dei subappaltatori.

Come noto, a mente dell'art. 118, comma 3°, del D.lgs. n. 163/2006, nel testo modificato dal D.lgs. n. 113/2007, il bando di gara può prevedere il pagamento diretto da parte della stazione appaltante del corrispettivo dovuto ai subappaltatori per le prestazioni da essi eseguite, ovvero l'obbligo per l'appaltatore di trasmettere copia delle fatture quietanzate dei pagamenti eseguiti in favore dei subappaltatori, con sospensione del successivo pagamento dovuto all'appaltatore in caso di inadempimento di tale obbligo.

Proprio argomentando da tale disposizione, con sentenza n. 3402 del 5 marzo 2012 la Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto la natura prededucibile del credito vantato dai subappaltatori. La Corte osserva infatti che *"il collegamento 'occasionale' ovvero 'funzionale' posto dal dettato normativo [dell'art. 111 l. fall.] deve intendersi riferito al nesso, non tanto cronologico né solo teleologico, tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, strumentale in quanto tale a garantire la sola stabilità del rapporto tra terzo e l'organo fallimentare, ma altresì nel senso che il pagamento di quel credito, ancorché avente natura concorsuale, rientra negli interessi della massa, e dunque risponde allo scopo della procedura in quanto inerisce alla gestione fallimentare"*; posta questa premessa, essa rileva come il pagamento del subappaltatore costituisca, ai sensi dell'art. 118, comma 3°, condizione di esigibilità del credito che la fallita vanta a sua volta nei confronti della stazione appaltante, sì da risulterne integrato il nesso di strumentalità fra tale pagamento e gli interessi della procedura.

Tale sentenza, che costituisce espressione di quell'orientamento della Cassazione che innerva il concetto di credito prededucibile, ai sensi dell'art. 111 l. fall., col criterio della "utilità concreta", con

¹⁹ Cfr. SADILE, *"Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici"*, cit., pag. 9.

²⁰ L'ausiliario non può a sua volta avvalersi di altro soggetto; non è consentito che, nella stessa gara, della stessa impresa ausiliaria si avvalgano più imprese concorrenti, né la partecipazione alla gara sia dell'impresa ausiliaria che di quella ausiliata.

²¹ Cfr. SADILE, *"Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici"*, cit., pag. 10.

l'effetto talora di ampliarne e talaltra di restringerne la portata applicativa²², e che ha di recente trovato seguito nella pronuncia n. 3003 del 16 febbraio 2016²³, è però contrastato da parte della giurisprudenza di merito²⁴ e della dottrina²⁵, sulla base di un tessuto argomentativo che può così riassumersi: l'art. 118, comma 3°, pur realizzando indirettamente una forma di tutela dei subappaltatori, parti deboli del rapporto, è prioritariamente diretto a tutelare l'interesse pubblico alla regolare esecuzione dell'appalto, evitando che i subappaltatori possano cessare di prestare la loro opera avvalendosi degli strumenti di autotutela loro concessi dal codice civile; il meccanismo da esso consegnato opera nella fisiologia delle dinamiche degli appalti, tra contraenti *in bonis*, e non è quindi estensibile in caso di fallimento; esso inoltre trova applicazione soltanto ove il contratto sia in corso, come confermato dai commi 3 *bis* e 3 *ter* del medesimo art. 118, che parlano espressamente di "contratti di appalto in corso"; il fallimento dell'appaltatore comporta, a mente del combinato disposto degli artt. 38 e 140 del Codice degli Appalti, la risoluzione del contratto di appalto, e, con essa, viene meno il potere/dovere della stazione appaltante di sospendere i pagamenti dovuti all'appaltatore.

Tale questione e le sue soluzioni sono destinate ad essere rivisitate alla luce della disciplina dettata dal nuovo Codice degli Appalti, che innova sul punto.

Da un lato, infatti, l'art. 110, comma 1°, offre un più sicuro supporto alla tesi della risoluzione automatica del contratto d'appalto in caso di fallimento, liquidazione coatta e concordato preventivo dell'affidatario: al verificarsi di tali eventi, e salve le eccezioni previste nei commi successivi, le stazioni appaltanti "interpellano" (e non più "possono interpellare", come previsto nell'art. 140 del D.lgs. n. 163/2006) gli altri partecipanti alla gara al fine della stipula del contratto per il completamento dei lavori).

Dall'altra, sparisce l'alternativa fra pagamento diretto e indiretto dei subappaltatori, la cui tutela è affidata esclusivamente al pagamento diretto: a mente dell'art. 105, comma 13°, *"La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi: a) quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa; b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore; c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente"*; analoga disciplina è poi dettata nel caso di concessioni dall'art. 174. Viene meno, pertanto, la sospensione dei pagamenti dovuti all'affidatario, e con essa, la condizione di esigibilità che aveva fondato l'affermazione dell'utilità del soddisfacimento dei subappaltatori ai fini della riscossione del credito dell'appaltatore.

.....

²² Cfr., fra le tante, Cass., 10 maggio 2012, n. 7166; Cass., 7 marzo 2013, n. 27926; Cass., 17 aprile 2014, n. 8958; per una ricostruzione critica di tale orientamento cfr. MARCO SPADARO, *"La preveducibilità dei crediti professionali sorti in funzione di una procedura minore nel fallimento consecutivo: tra adeguatezza funzionale e utilità per i creditori"*, in *Il fallimento*, 2014, 6, pagg. 516 e segg.

²³ Che, in piena coerenza con il criterio ispiratore, ha precisato che il credito del subappaltatore non va ammesso, *"sempre e comunque, in prededuzione (finendo per dar luogo ad una sorta di innominato privilegio) e ciò anche se la massa dei creditori non tragga alcuna concreta soddisfazione dall'esecuzione di quel pagamento (per il minor o nullo o incerto introito che a quel pagamento consegua). Al contrario, l'ammissione del credito del subappaltatore al passivo fallimentare in prededuzione potrà trovare riscontro solo se ed in quanto esso comporti, per la procedura concorsuale, un sicuro e indubbio vantaggio conseguente al pagamento del committente-P.A. il quale subordini il suo pagamento di una maggiore somma alla quietanza del subappaltatore in ordine al proprio credito, ai sensi dell'art. 118, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006"*; nello stesso senso, in dottrina, LUIGI AMERIGO BOTTAI, *"La problematica convivenza tra subappalto e fallimento e le ragioni di politica del diritto"*, in *Il fallimento*, 12, pagg. 1303-1304.

²⁴ Cfr. Trib. Bolzano, 25 febbraio 2014; Trib. Pavia, 26 febbraio 2014; Trib. Milano, 17 luglio 2014, in *Il fallimento*, 12, pagg. 1289 e segg.

²⁵ Cfr. DARIO FINARDI, *"L'art. 118 Codice appalti: negata la natura preveducibile al credito del subappaltatore che soggiace alle regole della verifica concorsuale"*, in www.ilcaso.it, 2015.

³⁰ Secondo una tesi già prospettata in giurisprudenza da Trib. Ravenna, 26 marzo 2014, in www.ilcaso.it, 2014, salva la possibilità di un'interpretazione estensiva o analogica di tale disposizione per l'ipotesi di domanda di concordato liquidatorio che preveda un "inserto in continuità", ai sensi dell'art. 110, comma 4°, del D.lgs. n. 50/2016.

Infine, con riferimento ai pagamenti diretti dei subappaltatori avvenuti, in periodo sospetto, prima della dichiarazione di fallimento, va ricordato che sia la delegazione attiva di pagamento, sia l'accollo non allo scoperto, costituiscono mezzi anormali di pagamento, e sono pertanto passibili di revocatoria ai sensi dell'art. 67, comma 1°, n. 2, l. fall.³¹. Ci si può tuttavia domandare se l'anomalia delle modalità del pagamento, sulla quale tale disposizione fonda la presunzione di conoscenza dell'insolvenza da parte dell'*accipiens*, sia predicabile anche quando si tratta, come nella specie, di una forma di pagamento prevista per legge, e, in ogni caso, la fattispecie sarà di norma riconducibile all'esenzione stabilita dal successivo comma 3°, lett. a).

.....

³¹ Cfr., fra le tante, Cass., 17 gennaio 2003, n. 649; Cass., 15 luglio 2011, n. 15691; Cass., 23 dicembre 2015, n. 25928 (quest'ultima pronunciata proprio in ipotesi di pagamento che la committente di un appalto aveva indirizzato alla subappaltatrice con denaro che sarebbe stato destinato all'appaltatore poi fallito), nonché, per l'accollo, Cass., 25 luglio 2006, n. 16973 e Cass., 4 maggio 2012, n. 6795).