

Le novità in tema di procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto

di **Paolo Provenzano**, Avvocato presso il foro di Milano e Assegnista di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano

Sommario: 1. Premessa – 2. Le proposte dello schema di decreto correttivo - 3. le osservazioni dei Pareri consultivi – 4. Le novità del decreto “correttivo” – 5. Osservazioni – 6. Disposizioni a confronto

1. Premessa

Tra le varie norme novellate dal D.Lgs. n. 56/2017 vi è anche l'art. 110 del nuovo Codice dei contratti pubblici. Norma, quest'ultima, che ha un contenuto alquanto eterogeneo.

Essa, infatti, per un verso, disciplina nei primi due commi le conseguenze che discendono, quale ne sia la causa, dalla risoluzione o dal recesso dal contratto, e, per altro verso, detta nei successivi tre commi la disciplina da applicare nelle ipotesi in cui partecipino alla gara o eseguano il contratto operatori economici falliti o che siano stati ammessi al concordato preventivo.

Ebbene, come ci accingiamo a vedere, entrambe le “materie” disciplinate dalla norma in parola sono state oggetto di lievi -ma non irrilevanti- modifiche da parte del correttivo. Di tali modifiche si passa a trattare, non prima, però, di aver analizzato gli originari intendimenti del legislatore delegato e le osservazioni contenute in merito allo schema di decreto nei pareri consultivi resi dal Consiglio di Stato e dalla Conferenza unificata.

2. Le proposte dello schema di decreto correttivo

Le modifiche apportate alla norma in commento scaturiscono dall'art. 70 dello schema di decreto correttivo. Il quale, lasciando invariato il solo comma 2 dell'art. 110, prevedeva di modificare i restanti commi di cui si compone la norma in parola.

In particolare, com'è chiarito anche nella relazione illustrativa dello schema di decreto, l'intenzione del legislatore delegato era anzitutto quella di **estendere anche ai contratti di servizi e forniture** il campo di applicazione della disciplina relativa allo scorrimento della graduatoria in caso di risoluzione del contratto contenuta nei commi 1 e 2 del citato art. 110.

Infatti, ricalcando pedissequamente quanto previsto dall'art. 140 del (pre)vigente D.Lgs. n. 163/2006, la primigenia versione della norma in parola riservava espressamente siffatta disciplina ai soli appalti di lavori.

Con riferimento ai commi 3, 4 e 5 della norma di cui si discorre lo schema di decreto correttivo preannunciava, invece, un **sostanziale ridimensionamento del ruolo dell'A.N.A.C.**

A tal riguardo lo schema di decreto prevedeva, anzitutto, di sopprimere la necessità di assumere il parere dell'A.N.A.C. tanto nei casi di partecipazione alle gare e di esecuzione dei contratti da parte di imprese fallite o ammesse al concordato con continuità aziendale, quanto nelle ipotesi di autorizzazione del giudice delegato all'esecuzione dei contratti già stipulati da parte delle imprese che siano state ammesse al concordato liquidatorio o che abbiano presentato una domanda di concordato "in bianco".

Il citato art. 70 dello schema di decreto preveda poi di eliminare in radice il riferimento all'A.N.A.C. nel quinto comma della norma in parola, attribuendo così direttamente al giudice delegato (e non più all'A.N.A.C. «*sentito*» quest'ultimo) la facoltà di imporre alle imprese fallite o in concordato preventivo di avversi delle certificazioni e dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica ed economica necessari per l'affidamento dell'appalto posseduti da un altro operatore economico.

Tra gli intendimenti originari del legislatore delegato vi era, infine, quello di alleggerire l'ultimo periodo del quinto comma sopprimendo il riferimento ai, non meglio specificati, «*requisiti aggiuntivi*», individuati da apposite linee guida adottate dall'A.N.A.C., che l'impresa ausiliata (fallita o in concordato preventivo) deve possedere per evitare di essere sostituita dall'ausiliaria nel corso della gara o dopo la stipulazione del contratto.

2. Le osservazioni dei Pareri consultivi.

Nel parere reso dalla Conferenza unificata le proposte di modifica testé passate in rassegna non vengono in alcun modo trattate.

Diversamente, la Commissione speciale del Consiglio di Stato si è nel proprio parere concentrata sulle sole preannunciate modifiche del comma 5 della norma in commento. Nulla si dice, infatti, nel parere n. 782/2017 relativamente all'intenzione del legislatore delegato di estendere il campo di applicazione dei commi 1 e 2 dell'art. 110 anche agli appalti di servizi e forniture e alla volontà di quest'ultimo di sopprimere la necessità di assumere il parere dell'A.N.A.C. («*sentita l'A.N.A.C.*») nelle fattispecie regolate dal terzo e quarto comma della norma in parola.

In particolare, relativamente alla preventivata novella del comma 5, il Consiglio di Stato ha obiettato che la stessa, nel sottrarre all'A.N.A.C. il potere di subordinare la partecipazione delle imprese fallite o in concordato alla necessità di avvalersi dei requisiti di altro operatore economico, risultasse incompatibile con quanto disposto dall'art. 6, lett. vv), della legge delega, ove si specificava che spettasse al legislatore delegato indicare «*i casi in cui **I.A.N.A.C.** può (...) subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità [di] avval(ersi) [dei requisiti] di altro operatore*».

Dunque, alla luce dell'inequivoco tenore letterale di detto criterio direttivo, quello che possiamo definire quale "avvalimento coattivo" può essere imposto solo dall'A.N.A.C. e non anche da altra autorità, con la conseguenza che l'avvicendamento nell'esercizio di tale potere che il Governo intendeva operare tra l'A.N.A.C. e il giudice delegato risultasse costituzionalmente illegittimo per eccesso di delega.

Il Consiglio di Stato ha dunque a tal riguardo suggerito o di lasciare sul punto il comma 5 invariato, ovvero di intervenire sullo stesso in via legislativa.

3. Le novità del decreto “correttivo”.

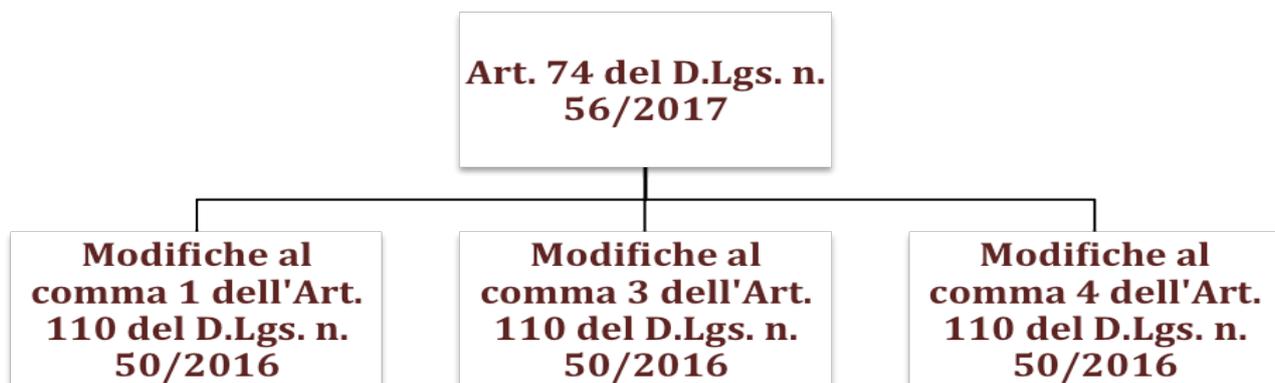
Venendo ora ad analizzare il nuovo art. 110, si deve constatare che lo stesso risulti essere abbastanza fedele agli originari intendimenti espressi dal legislatore delegato nello schema di decreto di cui si è detto.

Infatti, la nuova versione della norma in commento:

- per un verso conferma, al comma 1, **l'estensione della disciplina dello scorrimento della graduatoria anche ai contratti di servizi e di fornitura;**
- per altro verso **non impone più** ai commi 3 e 4 **la necessità di acquisire il parere dell'A.N.A.C.** nei casi di partecipazione alle gare o di esecuzione dei contratti da parte di imprese fallite o ammesse al concordato con continuità aziendale (comma 3) e nelle ipotesi in cui vengano autorizzate le imprese ammesse al concordato liquidatorio o che abbiano presentato la domanda di concordato in bianco a continuare l'esecuzione dei contratti già stipulati (comma 4).

L'unica discrasia rinvenibile tra il testo dello schema di decreto e quello successivamente emanato consiste nella mancata traduzione in legge delle preannunciate modifiche al comma 5 dell'art. 110.

Il legislatore delegato, infatti, si è a tal proposito saggiamente conformato a quanto suggerito dal Consiglio di stato, così **lasciando immutato il testo del comma 5**, che dunque ancora oggi continua a prevedere che spetta all'«A.N.A.C., sentito il giudice delegato», la facoltà di imporre che i soggetti falliti o in concordato si avvalgano dei requisiti di altro operatore economico.



4. Osservazioni.

Le modifiche apportate all'art. 110 dal correttivo possono essere valutate positivamente. Anzitutto è da accogliersi con favore l'aver fatto rientrare nel cono d'ombra della disciplina di cui ai commi 1 e 2 della norma in parola anche i contratti di servizi e forniture.

Nel recente passato, infatti, per via dell'assenza di una specificazione di tal fatta nel (pre)vigente art. 140 del D.Lgs. n. 163/2006, la possibilità di applicare la disciplina sullo scorrimento della graduatoria anche agli appalti diversi da quelli di lavori era stata oggetto di un contrasto giurisprudenziale (si vedano a tal riguardo: da un lato, Cons. Stato, sez. V, 10-08-2016, n. 3573, che implicitamente ha riconosciuto l'applicazione di tale norma anche agli appalti di servizi; e dall'altro, T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 05-11-2014, n. 5692, che viceversa ha ritenuto che il citato art. 140, «*proprio perché riferit(o) esclusivamente ai contratti relativi ai lavori pubblici e in quanto norma di stretta interpretazione non [fosse] applicabile ai contratti aventi ad oggetto prestazioni diverse dalla esecuzione di lavori pubblici, con particolare riferimento ai contratti per forniture o per prestazione di servizi*»).

Siffatto contrasto giurisprudenziale verosimilmente si sarebbe riproposto anche con riferimento all'art. 110 del nuovo codice se non ci fosse stato il tempestivo intervento chiarificatore del legislatore delegato.

Anche la soppressione della necessità di acquisire il parere dell'A.N.A.C. nelle ipotesi contemplate dai commi 3 e 4 della norma in commento è certamente da valutarsi positivamente. E ciò non solo perché tale soppressione alleggerisce parzialmente il ruolo della già oberata Autorità Nazionale Anticorruzione, ma anche (e soprattutto) perché la stessa appare coerente con il ridimensionamento della rilevanza di detto parere operata nel diritto vivente.

Si è, infatti, sottolineato in giurisprudenza che tale parere, ove ritenuto necessario ai fini della partecipazione alla gara, sarebbe risultato di dubbia compatibilità con le «*prerogative giurisdizionali attribuite al giudice delegato, il cui operato sarebbe stato condizionato dal parere di una Pubblica amministrazione*» (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 18-04-2017, n. 891).

Alla luce di detta perspicua giurisprudenza, il superamento di tale singolare adempimento procedimentale appare quindi condivisibile. E ciò anche per evitare un inutile aggravio procedimentale, che peraltro risultava difficilmente compatibile con le tempistiche che intercorrono tra la pubblicazione del bando di gara e il termine per la presentazione delle offerte.

Al legislatore delegato deve essere, infine, riconosciuto anche il merito di essersi conformato alle osservazioni rese dal Consiglio di Stato relativamente alle modifiche che intendeva apportare al comma 5, che, come detto, avrebbero esposto la norma in parola al rischio di essere dichiarata incostituzionale per eccesso di delega.

A tal proposito si deve tuttavia osservare che siffatto rischio non possa comunque dirsi del tutto scongiurato. Anche in seguito al correttivo vi è, infatti, una discrasia tra quanto stabilito dal già richiamato criterio direttivo di cui alla lett. vv) dell'art. 6 della l. n. 11/2016 e quanto prescritto dal preteso comma 5. Il quale, sia *ante* sia *post* correttivo, non impone all'A.N.A.C. di acquisire il parere del curatore o del commissario giudiziale, che, viceversa, è (a torto o a ragione) previsto espressamente dalla legge delega.

5. Disposizioni a confronto.

<p>Art. 110 del d.lgs. 50/2016 in vigore dal 20 aprile 2016 al 20 maggio 2017 (Procedure di affidamento in caso di</p>	<p>Art. 110 in vigore dal 20 maggio 2017 (Procedure di affidamento in caso di</p>
---	--

<i>fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione)</i>	<i>fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione)</i>
<p>1. Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione dell'appaltatore, o di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 108 ovvero di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 88, comma 4-ter, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori.</p>	<p>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 dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture.</p>
<p>4. L'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto. L'impresa ammessa al concordato con cessione di beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC.</p>	<p>4. L'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto. L'impresa ammessa al concordato con cessione di beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato, sentita l'ANAC.</p>