

Consulenza Legale Appalti

Chiarimenti della Vigilanza sul concordato con continuità aziendale

I criteri interpretativi forniti dalla Determinazione n. 3 del 23 aprile 2014 dell'AVCP

Claudio Guccione

Avvocato

Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati

Con la determinazione del 23 aprile 2014, n. 3, pubblicata in GU del 19 maggio 2014, n. 114 (dal titolo "Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni contenute nell'art. 38, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 163/2006 afferenti alle procedure di concordato preventivo a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 186-bis della legge fallimentare (concordato con continuità aziendale)", l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture ha inteso fornire alcuni chiarimenti in ordine alla corretta interpretazione della normativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), del Codice appalti, afferente alle procedure di concordato preventivo, alla luce dell'entrata in vigore del nuovo art. 186-bis della Legge fallimentare, da ultimo modificato dalla legge n. 9/2014. L'Autorità è intervenuta dopo che la normativa di cui al concordato preventivo è stata modificata dall'art. 33 del DL 22 giugno 2012, n. 83 (c.d. "Decreto Sviluppo"), pubblicato in GU 26 giugno 2012, n. 147, convertito con modificazioni, dalla Legge 7 agosto 2012, n. 134, il quale ha introdotto l'art. 186-bis della Legge fallimentare n. 267/42 e smi, che disciplina il nuovo istitu-

to del c.d. "concordato con continuità aziendale", ovvero il concordato preventivo finalizzato alla prosecuzione dell'attività da parte delle imprese che versano in stato di crisi non insuperabile.

In tale ottica è stata prevista la possibilità per le imprese di partecipare a procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici in via d'eccezione, al ricorrere di determinate condizioni, con conseguente modifica del dettato normativo di cui all'art. 38, c. 1, lett. a) del Codice appalti, il quale, ora, stabilisce che "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: a) che si trovano in stato di [...] concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni". In passato l'AVCP era già intervenuta con il Comunicato del 29 novembre 2011, n. 68, fornendo chiarimenti in ordine alla procedura di concordato preventivo e alla sua incidenza sul mantenimento, ai fini della qualificazione, del requisito genericamente previsto dall'articolo 38, comma 1, lett. a) del Codice appalti. Tuttavia, a fronte della recente modifica normativa, sopra descritta, è sorta l'esigenza di tornare a riflettere sulle linee guida di cui al predetto comunicato n. 68/2011.

Tutte le novità introdotte dal nuovo art. 186-bis della Legge fallimentare

Come anticipato, l'art. 33 del DL 22 giugno 2012, n. 83, come modificato dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134, ha introdotto l'articolo 186-bis della Legge fallimentare n. 267/42 e s.m.i. Tale disposizione disciplina la particolare fattispecie del c.d. "concordato con continuità aziendale", stabilendo che la nuova figura ricorre quando "il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) della medesima legge prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione". In tali ipotesi, la norma stabilisce la previsione di benefici e agevolazioni, quali: (i) una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione (art. 186-bis, comma 2, lett. c)); (ii) l'inefficacia di clausole che pre-

vedano la risoluzione dei contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, che non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura (art. 186-bis, comma 3). L'art. 186-bis, comma 3, ultimo periodo, prevede che può beneficiare di tale continuazione anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti.

Per quanto concerne la disciplina della partecipazione alle gare, la norma introduce una distinzione tra le imprese che (i) abbiano presentato domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale e non abbiano ancora ottenuto il decreto di ammissione, e (ii) le imprese che risultino, invece, già ammesse al predetto concordato. In particolare, in relazione alla prima fattispecie, il comma 4 dell'art. 186-bis della Legge fallimentare, introdotto dall'art. 13, comma 11-bis, DL 23 dicembre 2013, n. 145, (c.d. Piano "Destinazione Italia") convertito, con modificazioni, dalla Legge 21 febbraio 2014, n. 9, prevede 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 nomina, provvede il Tribunale". Per le imprese che abbiano ottenuto il decreto di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, la norma in esame stabilisce, invece, che tale ammissione "non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione 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) della Legge Fallimentare, 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, richiamando l'applicazione dell'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163".

Secondo l'interpretazione fornita dall'Autorità, la logica che sorregge la norma di cui all'art. 186-bis della Legge Fallimentare è molto chiara. Essa mira, da un lato, (i) a



L'avvocato Claudio Guccione è referente scientifico dell'Executive Master in Management delle Imprese di Costruzione della LUISS Business School (claudio.guccione@peilex.com)



supportare l'impresa nel tentativo di recuperare la stabilità aziendale, dall'altro, (ii) a circondare detta opportunità di una serie di cautele in modo da preservare le pretese creditorie e consentirne, al contempo, una migliore soddisfazione, richiedendo al debitore concordatario - che intenda continuare l'attività di impresa - taluni adempimenti aggiuntivi rispetto a quelli ordinari. Al riguardo, la determinazione in commento chiarisce che la novella legislativa in esame regola l'istituto del "concordato con continuità aziendale" come *species* del più ampio *genus* di concordato preventivo, specificatamente finalizzata al ritorno *in bonis* dell'impresa (con conseguente migliore soddisfazione dei creditori), e conduce a ritenere che sia ormai netta la distinzione tra concordati puramente liquidatori e concordati caratterizzati dall'illustrata finalità di prosecuzione dell'attività di impresa. Di conseguenza, il legislatore ha modificato anche l'articolo 38, comma 1, lettera a) del Codice appalti, confermando tra le cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento l'assoggettamento dell'impresa a una procedura di concordato preventivo, facendo salvo il caso di cui alla previsione dell'art. 186-bis della Legge Fallimentare concernente il concordato preventivo con continuità aziendale.

Qualificazione in ipotesi di concordato preventivo ordinario

L'Autorità precisa che alla luce dell'introduzione del neo istituto del "concordato con continuità aziendale", per il diverso caso in cui le imprese siano sottoposte al concordato preventivo c.d. "ordinario", trovi applicazione la causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. a) del Codice appalti, insieme alla relativa incapacità di conseguire l'attestazione in forza del rinvio contenuto nell'art. 78 del DPR n. 207/2010 ai requisiti di carattere generale previsti per la partecipazione alle gare. E infatti, dall'interpretazione del medesimo art. 186-bis, comma 3, l'Autorità rileva che, qualora l'impresa non presenti domanda di ammissione al concordato preventivo con le caratte-

ristiche proprie del concordato "con continuità aziendale", i contratti in corso devono essere risolti per effetto dell'apertura della procedura, con conseguente applicazione dell'art. 140 del Codice appalti, ovvero del c.d. "interpello progressivo" da parte della stazione appaltante dei 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. In altre parole, secondo l'AVCP, da quanto sopra considerato, si deduce che a tali imprese siano preclusi la partecipazione alle gare, il conseguimento ed il rinnovo della qualificazione. Secondo l'AVCP l'ambito di applicazione della causa ostativa risulta definito dal citato art. 38 del Codice, laddove si fa riferimento alle imprese che si trovano in stato di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, dovendosi pertanto precisare che sin dal momento del deposito del ricorso l'impresa non possieda il requisito in esame.

La cessazione della causa ostativa coincide, infine, con la chiusura della procedura, che viene formalizzata con il decreto di omologazione del concordato preventivo, ai sensi dell'articolo 180 della Legge Fallimentare. Tenuto conto, inoltre, che la domanda di ammissione al concordato, al di fuori dell'operatività delle disposizioni di favore introdotte dall'art. 186-bis, comporta la risoluzione dei contratti in corso, con conseguente applicazione dell'art. 140 del Codice appalti (ovvero del c.d. "interpello progressivo" da parte della stazione appaltante dei 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), parimenti deve ritenersi che le imprese in possesso dell'attestazione di qualificazione debbano essere soggette ai procedimenti ex art. 40, c. 9-ter, di decadenza dell'attestazione per sopravvenuta perdita del relativo requisito di carattere generale, di cui all'art. 38, comma 1, lett. a) del medesimo Codice.

Qualificazione in ipotesi di concordato preventivo "con continuità aziendale"

Secondo l'Autorità, dunque, la procedura di "concordato con continuità aziendale" si distingue in due fasi: (i) la presentazione della domanda di concordato, ovvero l'atto introduttivo del procedimento, che rappresenta il momento dal quale iniziano a decorrere determinati effetti inquadabili, secondo l'Autorità, nell'ambito di una tutela di carattere "anticipatorio", e (ii) l'ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, che rappresenta un momento di carattere meramente eventuale. Circa la prima fase, relativa alla presentazione della domanda, la determinazione in commento precisa che l'art. 186-bis della Legge Fallimentare prevede la possibilità di esecuzione dei contratti in corso al momento della presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale.

Inoltre, la disposizione in esame prevede che, una volta emesso il decreto che ammette l'impresa alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, l'esecuzione del contratto è consentita a condizione che venga prodotta la relazione del professionista attestante la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto pubblico. Relativamente alla partecipazione alle gare, il nuovo comma 4, dell'art. 186-bis della Legge Fallimentare precisa 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 nomina, provvede il Tribunale"*. L'Autorità afferma che le considerazioni svolte in materia di partecipazione alle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici devono essere raccordate con le disposizioni regolanti l'ambito della qualificazione, in forza del rinvio alle disposizioni di cui all'art. 38 del Codice appalti, contenuto nell'art. 78 del Regolamento, atteso che l'ottenimento dell'attestazione di qualificazione costituisce il presupposto per la successiva partecipazione alle gare di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro.

Ciò posto, considerato che il mantenimento dell'efficacia dell'attestazione SOA rappresenta *condicio sine qua non* per la prosecuzione dell'esecuzione dell'appalto di lavori, e che l'autorizzazione giudiziale a partecipare alle procedure di affidamento postula il preventivo possesso della qualificazione da parte dell'operatore economico, secondo l'interpretazione fornita dall'Autorità, deve concludersi 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. Inoltre, in tale ipotesi, la domanda di ammissione non costituisce 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). Resta fermo l'obbligo della SOA di monitorare lo svolgimento della procedura concorsuale in atto e di verificare il mantenimento del requisito con l'intervenuta ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, pena la decadenza dell'attestazione in caso di mancata ammissione per sopravvenuta perdita del requisito.

Per quanto attiene, invece, alla seconda fase relativa alla intervenuta ammissione al concordato preventivo

con continuità aziendale, l'Autorità rileva che il legislatore consente a partire da questo momento la partecipazione alle gare, prevedendo, come detto sopra, la presentazione degli ulteriori elementi di garanzia indicati dall'art. 186-bis Legge fallimentare. Ne consegue che, una volta intervenuto il decreto di ammissione alla procedura di concordato con continuità aziendale, è consentita la dimostrazione del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. a) del Codice appalti, sia ai fini della partecipazione alle gare, sia ai fini dell'ottenimento della qualificazione in forza del rinvio al citato art. 38, contenuto nell'art. 78 del Regolamento DPR n. 207/2010. Come sopra evidenziato, l'art. 186-bis, comma 5, lett. c), nel disciplinare l'ammissione alle gare per le imprese ammesse al concordato preventivo con continuità aziendale, richiede la presentazione in gara di una relazione di un professionista che attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto, nonché la presenza di un garante per l'esecuzione dell'opera nelle forme dell'avvalimento, ex art. 49 del Codice appalti. Tuttavia, secondo l'Autorità, tali prescrizioni, seppur contenute nella novellata norma fallimentare richiamata nell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, non risultano estensibili anche all'ambito della qualificazione, posto che la medesima viene rilasciata come "patente abilitante" per tutto il periodo di validità della stessa, non potendosi prospettare, quindi, l'esibizione di dichiarazioni di garanzie indefinite in quanto non riferibili a contratti specifici, né valutazioni di capacità di adempimento svincolate da riferimenti a specifici appalti. Restano ferme le garanzie che vengono assunte successivamente dalle singole stazioni appaltanti al fine di garantire la corretta esecuzione dei contratti.

Qualificazione in ipotesi di concordato preventivo "in bianco"

Secondo l'interpretazione fornita dall'Autorità, accanto alle figure di concordato preventivo c.d. "ordinario" e alla neo figura del concordato preventivo c.d. "con continuità aziendale", di cui al nuovo art. 186-bis della Legge fallimentare, il "Decreto Sviluppo 2012" (DL n. 83 del 2012), ha introdotto una terza figura, ovvero quella del concordato c.d. "in bianco". Attraverso quest'ultima categoria, viene riconosciuto al debitore la facoltà di depositare, presso la cancelleria del Tribunale competente, un ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, riservandosi di produrre successivamente, nel termine fissato con decreto dal giudice, la proposta e il piano concordatario e i documenti previsti dall'articolo 161 della Legge fallimentare. Tuttavia, l'Autorità nel domandarsi se la c.d. "domanda in bianco" (ex art. 161, comma 6), sia compatibile con una proposta di concordato preventivo in continuità aziendale ai sensi dell'art. 186-bis, afferma che, poiché la presentazione del piano, come visto, è presupposto per l'applicabilità dell'art. 186 bis, le domande di concordato "in bianco" non risultano essere idonee, di per sé, a permettere la prosecuzione dell'attività. Da ciò, ne deriva che la presentazione della domanda di "concordato in bianco" costituisce causa ostativa per la qualificazione, nonché presupposto per la soggezione dell'impresa al procedimento di cui all'art. 40, comma 9-ter del Codice appalti, per perdita del corrispondente requisito.



Osservazioni conclusive

In conclusione, l'Autorità afferma che:

- (i) al di fuori dei confini indicati dal citato articolo 186-bis, le imprese sottoposte a concordato preventivo c.d. "ordinario" rientrano nell'operatività della causa ostativa prevista dall'art. 38, comma 1, lett. a) del Codice appalti, con conseguente incapacità di conseguire l'attestazione in forza del rinvio contenuto nell'art. 78 del DPR n. 207/2010 ai requisiti di carattere generale previsti per la partecipazione alle gare;
- (ii) le imprese già qualificate, sottoposte a concordato preventivo "ordinario", sono soggette ai procedimenti ex art. 40, comma 9-ter del Codice di decadenza dell'attestazione per sopravvenuta perdita del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. a) del medesimo Codice;
- (iii) la causa ostativa in caso di concordato preventivo c.d. "ordinario" decorre dalla domanda di ammissione al concordato, e cessa con il decreto di omologazione del concordato preventivo, ai sensi dell'articolo 180 della Legge Fallimentare;
- (iv) la presentazione della domanda di ammissione al

concordato preventivo con le caratteristiche proprie del concordato c.d. "con continuità aziendale", impedendo la risoluzione dei contratti in corso e consentendo, previa autorizzazione del Tribunale, la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici, non comporta la decadenza dell'attestazione di qualificazione; in tale ipotesi, la domanda di ammissione non costituisce altresì 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), fermo restando l'obbligo della SOA di monitorare lo svolgimento della procedura concorsuale in atto e di verificare il mantenimento del requisito con l'intervenuta ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale;

(v) successivamente al decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, le imprese possono dimostrare il possesso del requisito di cui all'art. 38, c. 1, lett. a) in sede di rilascio dell'attestazione di qualificazione, con la precisazione che le prescrizioni di cui all'art. 186-bis, comma 5 LF sono espressamente riferite alla sola fase di gara. ■■

OSSERVATORIO NORMATIVO

- **Determina dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, del 23 aprile 2014, n. 3, recante "Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni contenute nell'articolo 38, comma 1, lett. a), del decreto legislativo n. 163/2006 afferenti alle procedure di concordato preventivo a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 186-bis della legge fallimentare (concordato con continuità aziendale)", pubblicata in GU Serie Generale del 19 maggio 2014, n. 114, e Serie Speciale del 19 maggio 2014, n. 7.**
- **Determina dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, del 23 aprile 2014, n. 4, recante "Procedure da utilizzare dalle SOA (Società Organismi di Atte-**

stazione), per l'esercizio della loro attività di attestazione", pubblicata in GU Serie Generale del 19 maggio 2014, n. 114 e Serie Speciale del 19 maggio 2014, n. 7;

- **Comunicato dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, recante "Indicazioni sulle comunicazioni di cui all'articolo 74, comma 6, del D.P.R. n. 207/2010, recante: 'Regolamento di esecuzione e attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante 'Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE'", pubblicato in GU Serie Generale del 20 maggio 2014, n. 115, (14A03804).**