

Sorte dei rapporti giuridici preesistenti nei contratti di appalto pubblico a seguito di dichiarazione di fallimento e apertura del concordato preventivo

Autore: Iuspa Valeria Maria Giulia

In: Diritto amministrativo

Nello svolgimento dell'attività di impresa, l'imprenditore può trovarsi in una particolare condizione economico-finanziaria che gli impedisce di poter far fronte al pagamento dei debiti.

Tale particolare condizione di crisi realizza quello che viene definito stato di insolvenza dell'imprenditore, che consiste, appunto, nella sua impossibilità di adempiere regolarmente alle obbligazioni che ha contratto.

Il legislatore della riforma appare ormai convinto che l'insolvenza possa aversi anche in imprese non afflitte da problemi di capacità produttiva, ma da problemi di altra natura, per lo più di natura finanziaria e che, quando l'impresa dispone ancora di un apparato produttivo sano, la dissoluzione dell'organismo produttivo porti ad uno spreco di risorse economiche, senza dare alcun vantaggio nemmeno ai creditori.

Difatti, la crisi economica dell'impresa ed il conseguente dissesto patrimoniale dell'imprenditore sono eventi che coinvolgono una grande massa di creditori, che vengono a trovarsi nella impossibilità di realizzare, anche solo in parte, quanto loro dovuto.

In passato la sorte del complesso aziendale interessava poco al legislatore, pertanto, non si ipotizzava minimamente che l'azienda potesse recuperare produttività.

Col passare del tempo, il nostro Ordinamento ha offerto al problema diverse soluzioni a che l'impresa venga risanata, per la salvaguardia dell'organismo produttivo, evitando, così, che nell'economia si verificino insolvenze a catena dovute alla disattivazione di apparati produttivi ancora efficienti.

Orbene, chiarito l'intento riformatore del legislatore, occorre ora porre l'accento su alcune questioni derivanti dalla rivisitazione normativa effettuata in materia di appalti pubblici, con riferimento all'art. 38 del d.lgs 163/2006, disciplinante le cause di esclusione, con particolare riguardo alla lettera a) del suddetto articolo, ai sensi del quale non possono partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi i soggetti che si trovino in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni.

L'esclusione dalla partecipazione alle gare di appalto degli imprenditori in stato di fallimento o sottoposti ad altra procedura concorsuale deriva dall'ovvia esigenza di garantire l'affidabilità economica dell'interlocutore contrattuale dell'amministrazione.

Inoltre, a detta dello stesso Consiglio di Stato nel 2010, tali requisiti dovrebbero essere posseduti dai concorrenti durante la gara e permanere sino alla stipulazione del contratto, costituendo, dunque, causa di esclusione automatica dalla gara di appalto anche l'ipotesi in cui tale procedura concorsuale venga avviata in un momento posteriore.

Chiaro che, quanto detto, appare porsi in antinomia con quella che è la diversa funzione (nell'ottica riformatrice del legislatore) cui assolvono le procedure concorsuali.

La disciplina "de qua" ha dato adito a molti dubbi interpretativi ed è stata causa di diverso contenzioso tra stazioni appaltanti ed operatori economici esclusi dalle gare.

In particolare, tale nodo problematico da sciogliere è stato posto al vaglio della Autorità di vigilanza sugli appalti pubblici.

La problematica attiene principalmente alla sorte di siffatti contratti nel caso in cui in corso di esecuzione degli stessi sopraggiunga una delle cause ostative di cui all'art. 38.

Nell'ipotesi di fallimento, l'art. 81 della legge fallimentare, al 3° comma, fa salve le disposizioni relative al contratto di appalto per le opere pubbliche. La disciplina pubblicistica al riguardo è stata profondamente modificata e siffatta modifica ha dato adito a due differenti ed opposte posizioni.

Si ritiene, secondo una prima opinione, che, nel caso di fallimento dell'appaltatore, si possa applicare l'art. 81, 2° comma, laddove sancisce che la prosecuzione del rapporto non è consentita nel caso di fallimento dell'appaltatore, quando la considerazione della sua persona è stato un motivo determinante del contratto, e ciò in ragione della rilevanza della qualità soggettiva di quest'ultimo, connaturata al rapporto con le pubbliche amministrazioni.

Seconda diversa ed opposta opinione, alla fattispecie si dovrebbe applicare il principio stabilito dall'art. 140 d. lgs 163/2006, in virtù del quale l'amministrazione può, laddove ciò sia stato previsto dal bando di gara, interpellare i soggetti non aggiudicatari, successivi in graduatoria, rispetto al fallito, offrendo loro la prosecuzione dell'appalto alle medesime condizioni economiche precedentemente applicate, e ciò per consentire alla P.A. di assicurare alla collettività la celere ultimazione dell'opera interrotta, scongiurando le lungaggini connesse all'indizione di una nuova procedura.

Sul punto nel 2008 è intervenuto il Consiglio di Stato che ha affermato la prevalenza delle disposizioni contenute nel codice dei contratti pubblici, in ragione della loro natura speciale, sulla normativa fallimentare.

In caso di concordato preventivo, sino a due mesi fa, a differenza del fallimento, non vi era alcun riferimento normativo circa la sorte dei rapporti giuridici pendenti.

Chiaramente tale insensibilità da parte del legislatore ha determinato per molto tempo problemi inesplorati, stante l'impossibilità di applicare in via analogica, od estensiva, la normativa dettata per il fallimento, a cominciare dalla disposizione di carattere generale di cui all'art. 72 l. fall.

Quanto detto trova la sua giustificazione nel fatto che il fallimento ha una natura essenzialmente liquidatoria-satisfattiva che esige una definizione dei rapporti in corso in funzione della successiva e prevedibile disgregazione del complesso produttivo, a differenza del concordato preventivo che, invece, assolve ad una funzione satisfattiva-conservativa che, di regola, non determina di per sé interruzioni nella continuazione dell'impresa.

Tale questione sembra essere superata con la L- 07.08.2012 n.83 che ha introdotto una disciplina ad hoc dei contratti in corso nel concordato, colmando così una delle più problematiche lacune normative da sempre segnate dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Difatti, il Decreto Sviluppo ha introdotto l'art. 169 bis nella legge fallimentare che va incontro all'esigenza del debitore di liberarsi dei contratti gravosi, ai quali, a volte, è addebitabile la crisi.

La norma è rubricata "contratti in corso di esecuzione" il che fa pensare alla trasfusione nel concordato della disciplina sui contratti pendenti di cui agli artt. 72 e segg., ma non è esattamente così perché i meccanismi sono completamente diversi.

Difatti, non è prevista una disposizione generale che comporti la sospensione dei contratti pendenti; potendo questa essere richiesta dal debitore e comunque autorizzata per non più di 60 gg, prorogabili una

sola volta.

L'arma principale concessa al debitore è lo scioglimento dei contratti, ma anche in questi casi è sempre il proponente a doverne fare richiesta fin dal ricorso introduttivo ed è necessaria l'autorizzazione del Tribunale, prima dell'ammissione, o successivamente del giudice delegato.

Da ciò si evince come, in armonia con quella che è la diversa natura delle due procedure, mentre nel fallimento la sospensione del contratto discende automaticamente dalla dichiarazione di fallimento e spetta al curatore di decidere tra il subentro nel contratto ovvero lo scioglimento del medesimo, nella nuova disciplina di cui all'art. 169 bis, è al debitore che viene riconosciuto il diritto di chiedere lo scioglimento del contratto.

Il legislatore, muovendo dalla considerazione che i contratti pendenti avrebbero dovuto trovare esecuzione, ha dovuto necessariamente condizionare la sospensione e lo scioglimento al pagamento di un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento, con una modalità del danno ben diversa dal consueto risarcimento che il creditore potrebbe far valere in base agli artt. 1218 e 1223 c.c.

Il 169 bis statuisce anche che "l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione dei contratti pubblici se il professionista designato dal debitore ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento" (requisiti di cui all'art. 67, lettera d).

L'ammissione al concordato, in linea con quanto statuito dal legislatore del 2006, non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici.

Alla luce delle pregresse considerazioni, si evince come, sicuramente, la disciplina introdotta assicuri una

più ampia tutela all'impresa concordataria nel mantenimento dei contratti in corso, rimuovendo, altresì, ostacoli della disciplina di settore, quale quella dei contratti con la pubblica amministrazione, nella specie i contratti di appalto pubblico.

L'art. 186 bis, al riguardo, sancisce che "i contratti in corso di esecuzione anche stipulati con pubbliche amministrazioni non si risolvano con l'apertura della procedura.

Dunque, l'introduzione di siffatto articolo sembra essere perfettamente in linea con i principi ispiratori della riforma, pertanto, l'importanza dell'interesse pubblico da perseguire mediante l'esecuzione del contratto che giustifica l'introduzione di condizioni di ammissione alle procedure di gara ben più pregnanti rispetto a quelle necessarie per svolgere la medesima attività sul libero mercato sembra venir meno di fronte all'esigenza di tutelare il valore dell'azienda, incentivando l'imprenditore a denunciare tempestivamente la propria situazione di crisi per meglio tutelare lo svolgimento dell'attività di impresa.

Inoltre, quand'anche volesse ipotizzarsi l'importanza del principio di affidabilità economica (così come negli ultimi anni affermato da parte cospicua della giurisprudenza), ben potrebbe rilevarsi che tale principio dovrebbe semmai trovar applicazione alla fase pubblicistica di affidamento dell'appalto e non già in quella privatistica dell'esecuzione.

Dunque, nel caso di sopravvenienza di una procedura concorsuale nel corso di esecuzione del contratto di appalto pubblico siffatto principio dovrebbe non avere alcuna incidenza.

<https://www.diritto.it/sorte-dei-rapporti-giuridici-preesistenti-nei-contratti-di-appalto-pubblico-a-seguito-di-dichiarazione-di-fallimento-e-apertura-del-concordato-preventivo/>