

APPALTI PUBBLICI, CRISI DI IMPRESA E DISCIPLINA ANTIMAFIA

*Materiali di lavoro del seminario di aggiornamento
tenuto a Bologna il 5 novembre 2020*

Materiali a cura di: Prof. Avv. ELISA VALERIANI

MATERIALI DI LAVORO DEI SEMINARI DI AGGIORNAMENTO E CONDIVISIONE PER I TECNICI DEI TERRITORI
COLPITI DAGLI EVENTI SISMICI DEL 2012.

Documento non divulgabile riservato alla comunità dei tecnici selezionati dalle PP.AA. e partecipanti ai lavori seminariali

LA FASE ESECUTIVA DEI LAVORI TRA CRITICITA' NELLA GESTIONE DEL CANTIERE, CRISI DI IMPRESA E DI LIQUIDITA'

Prof. Avv. Elisa Valeriani
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Studio Legale Valeriani & Partners

I SOGGETTI DURANTE LA FASE DI ESECUZIONE

I SOGGETTI DURANTE LA FASE CONTRATTUALE

- ▶ IL RUP
- ▶ IL DIRETTORE DEI LAVORI O DIRETTORE DELL'ESECUZIONE DEL CONTRATTO
- ▶ L'APPALTATORE

I SOGGETTI: IL RUP

La fase di esecuzione dei contratti aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture, è diretta dal responsabile unico del procedimento, che controlla i livelli di qualità delle prestazioni. Il responsabile unico del procedimento, nella fase dell'esecuzione, si avvale del direttore dell'esecuzione del contratto o del direttore dei lavori, del coordinatore in materia di salute e di sicurezza durante l'esecuzione previsto dal decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, nonché del collaudatore ovvero della commissione di collaudo, del verificatore della conformità e accerta il corretto ed effettivo svolgimento delle funzioni ad ognuno affidate.

IL SOGGETTI: IL RUP

- ▶ impartisce al direttore dei lavori, con disposizioni di servizio, le istruzioni occorrenti a garantire la regolarità dei lavori. Autorizza il direttore dei lavori alla consegna dei lavori dopo che il contratto è divenuto efficace e svolge le attività di accertamento della data di effettivo inizio, nonché di ogni altro termine di realizzazione degli stessi;
- ▶ provvede, sentito il direttore dei lavori e il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, a verificare che l'esecutore corrisponda alle imprese subappaltatrici i costi della sicurezza relativi alle prestazioni affidate in subappalto, senza alcun ribasso
- ▶ adotta gli atti di competenza a seguito delle iniziative e delle segnalazioni del coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione sentito il direttore dei lavori, laddove tali figure non coincidano;
- ▶ svolge, su delega del soggetto di cui all'articolo 26, comma 3, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, i compiti ivi previsti, qualora non sia prevista la predisposizione del piano di sicurezza e di coordinamento;
- ▶ assume il ruolo di responsabile dei lavori, ai fini del rispetto delle norme sulla sicurezza e salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro. Il RUP, nello svolgimento dell'incarico di responsabile dei lavori, salvo diversa indicazione e fermi restando i compiti e le responsabilità di cui agli articoli 90, 93, comma 2, 99, comma 1, e 101, comma 1, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 richiede la nomina del coordinatore per la sicurezza in fase di progettazione e del coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione dei lavori e vigila sulla loro attività;
- ▶ trasmette agli organi competenti dell'amministrazione aggiudicatrice, sentito il direttore dei lavori, la proposta del coordinatore per l'esecuzione dei lavori relativa alla sospensione, all'allontanamento dell'esecutore o dei subappaltatori o dei lavoratori autonomi dal cantiere o alla risoluzione del contratto;

IL SOGGETTI: IL RUP

- ▶ accerta, in corso d'opera, che le prestazioni oggetto di contratto di avvalimento siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, anche facendo ricorso al direttore dei lavori;
- ▶ predispone, con riferimento ai compiti di cui all'art. 31, comma 12 del Codice, un piano di verifiche da sottoporre all'organo che lo ha nominato e, al termine dell'esecuzione, presenta una relazione sull'operato dell'esecutore e sulle verifiche effettuate, anche a sorpresa;
- ▶ controlla il progresso e lo stato di avanzamento dei lavori sulla base delle evidenze e delle informazioni del direttore dei lavori, al fine del rispetto degli obiettivi dei tempi, dei costi, della qualità delle prestazioni e del controllo dei rischi. In particolare verifica: le modalità di esecuzione dei lavori e delle prestazioni in relazione al risultato richiesto dalle specifiche progettuali; il rispetto della normativa tecnica; il rispetto delle clausole specificate nella documentazione contrattuale (contratto e capitolati) anche attraverso le verifiche di cui all'art. 31, comma 12 del Codice;
- ▶ autorizza le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità anche su proposta del direttore dei lavori, con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante da cui il RUP dipende in conformità alle previsioni dell'art. 106 del Codice e, in particolare, redige la relazione di cui all'art. 106, comma 14, del Codice, relativa alle varianti in corso d'opera, in cui sono riportate le ragioni di fatto e/o di diritto che hanno reso necessarie tali varianti. Il RUP può avvalersi dell'ausilio del direttore dei lavori per l'accertamento delle condizioni che giustificano le varianti;
- ▶ approva i prezzi relativi a nuove lavorazioni originariamente non previste, determinati in contraddittorio tra il Direttore dei Lavori e l'impresa affidataria, rimettendo alla valutazione della stazione appaltante le variazioni di prezzo che comportino maggiori spese rispetto alle somme previste nel quadro economico

IL SOGGETTI: IL RUP

- ▶ irroga le penali per il ritardato adempimento degli obblighi contrattuali in contraddittorio con l'appaltatore, anche sulla base delle indicazioni fornite dal direttore dei lavori;
- ▶ ordina la sospensione dei lavori per ragioni di pubblico interesse o necessità, nei limiti e con gli effetti previsti dall'art. 107 del Codice;
- ▶ dispone la ripresa dei lavori e dell'esecuzione del contratto non appena siano venute a cessare le cause della sospensione e indica il nuovo termine di conclusione del contratto, calcolato tenendo in considerazione la durata della sospensione e gli effetti da questa prodotti;
- ▶ in relazione alle contestazioni insorte tra stazione appaltante ed esecutore circa aspetti tecnici che possono influire sull'esecuzione dei lavori, convoca le parti entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione del direttore dei lavori e promuove, in contraddittorio, l'esame della questione al fine di risolvere la controversia;
- ▶ attiva la definizione con accordo bonario ai sensi dell'art. 205 del Codice delle controversie che insorgono in ogni fase di realizzazione dei lavori e viene sentito sulla proposta di transazione ai sensi dell'art. 208, comma 3 del Codice;
- ▶ propone la risoluzione del contratto ogni qual volta se ne realizzino i presupposti
- ▶ rilascia il certificato di pagamento, previa verifica della regolarità contributiva dell'affidatario e del subappaltatore, entro i termini previsti dall'art. 113 bis del codice e lo invia alla stazione appaltante ai fini dell'emissione del mandato di pagamento da parte della stazione appaltante, che deve intervenire entro 30 giorni dalla data di rilascio del certificato di pagamento oppure dalla data di ricezione della fattura o della richiesta equivalente di pagamento qualora successiva alla data di rilascio del certificato di pagamento;

IL SOGGETTI: IL RUP

- ▶ all'esito positivo del collaudo o della verifica di conformità rilascia il certificato di pagamento ai sensi dell'art. 113-bis, comma 3, del codice;
- ▶ rilascia all'impresa affidataria copia conforme del certificato di ultimazione dei lavori emesso dal direttore dei lavori;
- ▶ conferma il certificato di regolare esecuzione rilasciato dal direttore dei lavori nei casi in cui la stazione appaltante non abbia conferito l'incarico di collaudo ai sensi dell'art. 102, comma 2, del Codice;
- ▶ trasmette all'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi e per gli effetti delle disposizioni di cui al titolo II, capo V, sez. I del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 e di quelli di cui al titolo II, capo I e capo II del R.D. 13 agosto 1933, n. 1038, nonché dell'art. 2 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, entro sessanta giorni dalla deliberazione da parte della stessa sull'ammissibilità del certificato di collaudo, sulle domande dell'esecutore e sui risultati degli avvisi ai creditori, la documentazione relativa alle fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione del contratto ed in particolare:
 1. il contratto, la relazione al conto finale, gli ordinativi di pagamento con gli allegati documenti di svolgimento della spesa a essi relativa;
 2. la relazione dell'organo di collaudo e il certificato di collaudo;
 3. la documentazione relativa agli esiti stragiudiziali, arbitrari o giurisdizionali del contenzioso sulle controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione del contratto di cui alla parte VI del codice;

IL SOGGETTI: IL RUP

- ▶ Rilascia il certificato di esecuzione dei lavori entro 30 giorni dalla richiesta dell'esecutore, con le modalità telematiche stabilite dall'A.N.AC;
- ▶ raccoglie, verifica e trasmette all'Osservatorio dell'A.N.AC. gli elementi relativi agli interventi di sua competenza anche in relazione a quanto prescritto dall'articolo 213, comma 3, del Codice.
- ▶ Nella fase dell'esecuzione, il RUP, avvalendosi del direttore dei lavori, sovrintende a tutte le attività finalizzate alla realizzazione degli interventi affidati, assicurando che le stesse siano svolte nell'osservanza delle disposizioni di legge, in particolare di quelle in materia di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro, e garantendo il rispetto dei tempi di esecuzione previsti nel contratto e la qualità delle prestazioni.

IL SOGGETTI: IL DIRETTORE DEI LAVORI

- ▶ è preposto al controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione dell'intervento affinché i lavori siano eseguiti a regola d'arte ed in conformità al progetto e al contratto.
- ▶ ha la responsabilità del coordinamento e della supervisione dell'attività di tutto l'ufficio di direzione dei lavori, ed interloquisce in via esclusiva coll'esecutore in merito agli aspetti tecnici ed economici del contratto.
- ▶ Il direttore dei lavori ha la specifica responsabilità dell'accettazione dei materiali, sulla base anche del controllo quantitativo e qualitativo degli accertamenti ufficiali delle caratteristiche meccaniche e in aderenza alle disposizioni delle norme tecniche per le costruzioni vigenti
- ▶ Al direttore dei lavori fanno carico tutte le attività ed i compiti allo stesso espressamente demandati dal codice nonché:
 - A) verificare periodicamente il possesso e la regolarità da parte dell'esecutore e del subappaltatore della documentazione prevista dalle leggi vigenti in materia di obblighi nei confronti dei dipendenti;
 - B) curare la costante verifica di validità del programma di manutenzione, dei manuali d'uso e dei manuali di manutenzione, modificandone e aggiornandone i contenuti a lavori ultimati
 - C) Provvedere alla segnalazione al responsabile del procedimento, dell'inosservanza, da parte dell'esecutore, dell'articolo 105;
 - D) svolgere, qualora sia in possesso dei requisiti richiesti dalla normativa vigente sulla sicurezza, le funzioni di coordinatore per l'esecuzione dei lavori. Nel caso in cui il direttore dei lavori non svolga tali funzioni le stazioni appaltanti prevedono la presenza di almeno un direttore operativo, in possesso dei requisiti previsti dalla normativa, a cui affidarle.

IL SOGGETTI: RAPPORTI TRA IL RUP E LA DL

- ▶ Rup impartisce al Direttore dei lavori le istruzioni mediante disposizioni di servizio
- ▶ Il direttore dei lavori impartisce all'esecutore tutte le disposizioni e le istruzioni operative necessarie tramite ordini di servizio, che devono essere comunicati al RUP
- ▶ Se la DL non condivide, fermo restando il rispetto delle disposizioni di servizio eventualmente impartite dal RUP, il direttore dell'esecuzione opera in autonomia in ordine al coordinamento, alla direzione e al controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto (Art 15 comma 3 D.M. 49/2018)

I SOGGETTI: COINCIDENZA TRA IL RUP E LA DL

I limiti negli appalti di lavori:

- ▶ i lavori di speciale complessità o di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, storico-artistico e conservativo, oltre che tecnologico
- ▶ i progetti integrati e gli interventi di importo superiore a 500.000 €

I limiti negli appalti di servizi e forniture:

- ▶ le prestazioni di importo superiore a 500.000 €
- ▶ le prestazioni particolarmente complesse sotto il profilo tecnologico o che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze
- ▶ le prestazioni caratterizzate dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni in ordine alla funzionalità

I SOGGETTI: ALTRE FIGURE - GLI ASSISTENTI CON FUNZIONE DI DIRETTORE OPERATIVI

- ▶ collaborano con il direttore dei lavori nel verificare che le lavorazioni di singole parti dei lavori da realizzare siano eseguite regolarmente e nell'osservanza delle clausole contrattuali.
- ▶ rispondono della loro attività direttamente al direttore dei lavori.
- ▶ Possono essere affidati dal direttore dei lavori, fra gli altri, i seguenti compiti:
 - a) verificare che l'esecutore svolga tutte le pratiche di legge relative alla denuncia dei calcoli delle strutture;
 - b) programmare e coordinare le attività dell'ispettore dei lavori;
 - c) curare l'aggiornamento del cronoprogramma generale e particolareggiato dei lavori e segnalare tempestivamente al direttore dei lavori le eventuali difformità rispetto alle previsioni contrattuali proponendo i necessari interventi correttivi;
 - d) assistere il direttore dei lavori nell'identificare gli interventi necessari ad eliminare difetti progettuali o esecutivi;
 - e) individuare ed analizzare le cause che influiscono negativamente sulla qualità dei lavori e proponendo al direttore dei lavori le adeguate azioni correttive;
 - f) assistere i collaudatori nell'espletamento delle operazioni di collaudo;
 - g) esaminare e approvare il programma delle prove di collaudo e messa in servizio degli impianti;
 - h) direzione di lavorazioni specialistiche

I SOGGETTI: ALTRE FIGURE - GLI ASSISTENTI CON FUNZIONI DI ISPETTORE E DI CANTIERE

- ▶ Collaborano con il direttore dei lavori nella sorveglianza dei lavori in conformità delle prescrizioni stabilite nel capitolato speciale di appalto;
- ▶ La posizione di ispettore è ricoperta da una sola persona che esercita la sua attività in un turno di lavoro. Essi sono presenti a tempo pieno durante il periodo di svolgimento di lavori che richiedono controllo quotidiano, nonché durante le fasi di collaudo e delle eventuali manutenzioni;
- ▶ Rispondono della loro attività direttamente al direttore dei lavori;
- ▶ Agli ispettori possono essere affidati fra gli altri i seguenti compiti:
 - a) la verifica dei documenti di accompagnamento delle forniture di materiali per assicurare che siano conformi alle prescrizioni ed approvati dalle strutture di controllo di qualità del fornitore;
 - b) la verifica, prima della messa in opera, che i materiali, le apparecchiature e gli impianti abbiano superato le fasi di collaudo prescritte dal controllo di qualità o dalle normative vigenti o dalle prescrizioni contrattuali in base alle quali sono stati costruiti;
 - c) il controllo sulla attività dei subappaltatori;
 - d) il controllo sulla regolare esecuzione dei lavori con riguardo ai disegni ed alle specifiche tecniche contrattuali;
 - e) l'assistenza alle prove di laboratorio;
 - f) l'assistenza ai collaudi dei lavori ed alle prove di messa in esercizio ed accettazione degli impianti;
 - g) la predisposizione degli atti contabili e l'esecuzione delle misurazioni quando siano stati incaricati dal direttore dei lavori;
 - h) l'assistenza al coordinatore per l'esecuzione

Le criticità nella fase di
esecuzione: le
inadempienze
dell'appaltatore

La risoluzione del contratto in generale: Art. 1453 cc

«Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno.

La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione.

Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione.»

Le norme specifiche di riferimento

Qualora l'inadempimento dell'appaltatore si concretizzi in vizi o difformità dell'opera, i rimedi accordati al committente sono quelli previsti dalla norma speciale dell'art. 1668 c.c., prevalente sulle regole generali dell'art. 1453 c.c., ai sensi del quale, se il committente medesimo opti per la eliminazione di detti vizi a cura e spese dell'appaltatore, anziché per la riduzione del prezzo, l'azione risarcitoria resta utilizzabile solo in via integrativa, per il pregiudizio che non sia eliminabile attraverso tale nuovo intervento dell'appaltatore ed è esperibile in via alternativa anche in concorso con la domanda per i vizi.

Le norme specifiche di riferimento

Laddove l'appaltatore non abbia portato a termine l'esecuzione dell'opera commissionata, va applicata la disciplina generale in materia di inadempimento contrattuale, dettata dagli artt. 1453 e 1455 c.c., mentre la speciale garanzia prevista dagli artt. 1667 e 1668 c.c. trova applicazione nella diversa ipotesi in cui l'opera, che presenti vizi, difformità, difetti, sia stata portata a termine.

I rimedi esperibili

Se i vizi e le difformità non sono tali da pregiudicare l'idoneità dell'opera all'uso, si può, alternativamente:

- ▶ Chiedere l'eliminazione dei vizi e delle difformità a spese dell'appaltatore
- ▶ Chiedere la riduzione del prezzo

(Rimane salva la facoltà di chiedere il risarcimento del danno)

Se i vizi e le difformità sono tali da pregiudicare l'idoneità dell'opera all'uso

- ▶ Chiedere la risoluzione

Il risarcimento del danno

E' previsto in funzione della colpa dell'appaltatore: la colpa si ritiene presunta ex art. 1218 cc (dunque non è qualificabile in termini oggettivi ex art. 1667 cc)

La risoluzione

- E' ammessa quando l'opera è assolutamente inidonea all'uso: la valutazione di inidoneità deve avvenire secondo parametri obiettivi.
- La domanda di risoluzione è cumulabile con la riduzione del prezzo in quanto quest'ultima non costituisce domanda di esatto adempimento e non opera il divieto ex art. 1453, 2 c.
- E' cumulabile con la domanda di eliminazione dei vizi.
- Gli effetti della risoluzione sono retroattivi.
- La risoluzione comporta per il committente la liberazione dal pagamento del prezzo e la restituzione di quanto eventualmente pagato.
- Con la risoluzione l'appaltatore ha diritto al compenso per le opere delle quali comunque l'imprenditore si sia giovato.

Risoluzione per grave inadempimento

Il DL o il Responsabile dell'Esecuzione del Contratto, se nominato, quando accerta un grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, invia al RUP una relazione particolareggiata indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto all'appaltatore.

Il DL o il REC formula la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al RUP.

Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del RUP dichiara risolto il contratto.

Risoluzione per grave inadempimento

Ammesso che il committente possa chiedere all'appaltatore di eliminare i vizi dell'opera o la riduzione del prezzo ai sensi dell'articolo 1668 del codice civile, la giurisprudenza nega l'incompatibilità di tali richieste con la domanda di risoluzione nello stesso giudizio. Spiega infatti che la riduzione del prezzo non costituisce esatto adempimento della prestazione e quindi non incorre nel divieto posto dalla suddetta norma.

La risoluzione del contratto d'appalto per impossibilità sopravvenuta

Il contratto d'appalto può risolversi quando la prestazione che ne costituisce oggetto diventa impossibile da eseguire per una causa non imputabile a nessuna delle parti. A disciplinare l'ipotesi è l'articolo 1672 del codice civile che tratta però una impossibilità parziale. Prevede infatti che *“il committente deve pagare la parte dell'opera già compiuta , nei limiti in cui è per lui utile, in proporzione del prezzo pattuito per l'opera intera”*.

Il concetto di utilità di cui parla la norma va inteso in senso relativo. Si tratta ovvero di un'utilità propria di quel committente contraente e non un'utilità valida oggettivamente per chiunque.

La responsabilità del progettista: Tribunale Bologna sez. II, 05/02/2020, n.270

Mentre la responsabilità contrattuale dell'appaltatore è regolata dagli artt. 1667 e 1668 c.c., la posizione del progettista e del direttore dei lavori è regolata in base alle norme generali sull'inadempimento dei contratti e, per quanto siano applicabili, dalle norme sulla prestazione d'opera e sulle professioni intellettuali (artt. 2222 - 2238 c.c.). Il professionista deve comportarsi secondo le comuni regole di correttezza e di diligenza. In particolare, per quanto attiene alla diligenza, l'art. 1176, comma 2 c.c. ne qualifica il contenuto allorché si tratti di valutare il comportamento del professionista (la cui diligenza deve essere conforme alla natura dell'attività professionale da svolgere), con la conseguenza che al rapporto scaturente dal contratto di prestazione d'opera intellettuale debbono essere applicate, in linea generale e di tendenza (salvo quanto previsto dalla specifica normativa dettata per tale tipo di rapporto), le norme che determinano le conseguenze dell'inadempimento (art. 1218 c.c.) e che consentono di operare la definizione di inadempimento nel quadro della attuazione del rapporto.

Gravità dell'inadempimento: cosa dice la giurisprudenza.

Lo scioglimento del contratto per inadempimento consegue ad una valutazione della non scarsa importanza dell'inadempimento stesso; tale valutazione viene operata alla stregua di un duplice criterio, applicandosi in primo luogo un parametro oggettivo, attraverso la verifica che l'inadempimento abbia inciso in modo apprezzabile nell'economia complessiva del rapporto (in astratto, per la sua entità e, in concreto, in relazione al pregiudizio effettivamente causato all'altro contraente), sì da dar luogo ad uno squilibrio sensibile del sinallagma contrattuale; completandosi, poi, l'indagine mediante la considerazione di eventuali elementi di carattere soggettivo, consistenti nel comportamento di entrambe le parti (come un atteggiamento incolpevole o una tempestiva riparazione, ad opera dell'una, un reciproco inadempimento o una protratta tolleranza dell'altra), che possano, in relazione alle particolarità del caso, attenuare il giudizio di gravità, nonostante la rilevanza della prestazione mancata o ritardata (Cass., sez. III, 28 marzo 2006, n. 7083; conforme Cass. sez. II, 7 febbraio 2001, n. 1773).

Gravità dell'inadempimento: cosa dice la giurisprudenza.

Con riguardo alla disciplina della risoluzione per inadempimento dei contratti a prestazioni corrispettive, il disposto dell'art. 1455 c.c. pone una regola di proporzionalità, in virtù della quale la risoluzione del vincolo contrattuale è collegata unicamente all'inadempimento delle obbligazioni che abbiano una notevole rilevanza nell'economia del rapporto, per la cui valutazione, occorre tener conto dell'esigenza di mantenere l'equilibrio tra prestazioni di eguale peso, talché l'importanza dell'inadempimento non deve essere intesa in senso subiettivo, in relazione alla stima che la parte creditrice abbia potuto fare del proprio interesse violato, ma in senso obiettivo, in relazione, cioè, all'attitudine dell'inadempimento a turbare l'equilibrio contrattuale ed a reagire sulla causa del contratto e sul comune intento negoziale (Cass. sez. III, 14 giugno 2001, n. 8063; sostanzialmente conforme Cass. 24 ottobre 1988, n. 5755).

Gravità dell'inadempimento: cosa dice la giurisprudenza.

La Suprema Corte ha altresì affermato che «in tema di risoluzione contrattuale per inadempimento, la valutazione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1455 c.c., della non scarsa importanza dell'inadempimento deve ritenersi implicita ove l'inadempimento stesso si sia verificato con riguardo alle obbligazioni primarie ed essenziali del contratto, ovvero quando dal complesso della motivazione emerga che il giudice lo ha considerato tale da incidere in modo rilevante sull'equilibrio negoziale» (Cass., sez. III, 23 gennaio 2006, n. 1227; Cass., sez. III, 18 novembre 2005, n. 24460; Cass., sez. III, 1° ottobre 2004, n. 19652; Cass., sez. III, 28 luglio 2004, n. 14234; Cass. 30 marzo 1990, n. 2616).

Il recesso - Corte appello Milano sez. IV, 03/04/2020, n.857

Il diritto di recesso esercitabile "*ad nutum*" dal committente in qualsiasi momento dell'esecuzione del contratto di appalto non presuppone necessariamente uno stato di regolare svolgimento del rapporto, ma, al contrario, stante l'ampiezza di formulazione della norma di cui all'art. 1671 cod. civ., può essere esercitato per qualsiasi ragione che induca il committente medesimo a porre fine al rapporto, da un canto, non essendo configurabile un diritto dell'appaltatore a proseguire nell'esecuzione dell'opera (avendo egli diritto solo all'indennizzo previsto dalla detta norma), e, d'altro canto, rispondendo il compimento dell'opera esclusivamente all'interesse del committente. Ne consegue che il recesso può essere giustificato anche dalla sfiducia verso l'appaltatore per fatti d'inadempimento, e, poiché il contratto si scioglie esclusivamente per effetto dell'unilaterale iniziativa del recedente, non è in tal caso necessaria alcuna indagine sull'importanza dell'inadempimento, viceversa dovuta quando il committente richiede anche il risarcimento del danno per l'inadempimento già verificatosi al momento del recesso.

Risoluzione: riparto di giurisdizione

- ▶ Art. 103, comma 1 Costituzione: *«Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi»*
- ▶ Art. 113 Costituzione : *«Contro gli atti della Pubblica Amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.
Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.
La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della Pubblica Amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa»*

La giurisdizione del giudice amministrativo

- ▶ La giurisdizione del giudice amministrativo sussiste quando si agisce per la tutela di interessi legittimi, ossia una situazione giuridica di vantaggio costituita dalla protezione giuridica di interessi finali che si attua non direttamente e autonomamente, ma attraverso la protezione indissolubile e intermediata di un altro interesse del soggetto, meramente strumentale, alla legittimità dell'atto amministrativo e soltanto nei limiti della realizzazione di tale interesse strumentale.

La giurisdizione del giudice amministrativo

- ▶ La giurisdizione del giudice amministrativo sussiste altresì quando si agisce per la tutela di diritti soggettivi in materie espressamente previste dalla legge. In tali materie, la giurisdizione del giudice amministrativo si chiama «esclusiva» poiché estesa tanto agli interessi quanto ai diritti. Le materie di giurisdizione esclusiva sono elencate all'art. 133 del codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. 104 del 02.07.2010.

Consiglio di Stato sez. III, 12/02/2020, n.1084

La risoluzione anticipata del contratto disposta autoritativamente è di competenza del giudice ordinario solo se incide su un rapporto di natura privatistica in cui le parti sono in condizione di parità, come nel caso dell'inadempimento delle obbligazioni poste a carico dell'appaltatore, non implicando l'esercizio di poteri discrezionali dell'Amministrazione; così pure nel caso in cui l'Amministrazione pubblica ottenga la risoluzione del contratto invocando la clausola risolutiva espressa, ex art. 1456 cod. civ., la controversia tra le parti contraenti appartiene alla giurisdizione ordinaria per essere l'atto risolutivo esercizio di diritto potestativo governato dal diritto comune e non di poteri autoritativi di matrice pubblicistica dell'amministrazione pubblica nei confronti del privato; invece, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo in caso di annullamento d'ufficio di atti appartenenti al procedimento che ha condotto alla stipulazione del contratto, in ordine alla legittimità dell'esercizio dell'autotutela; così pure allorché venga esercitato un potere autoritativo di risoluzione contrattuale che implichi o valutazioni di carattere discrezionale circa la convenienza per l'Amministrazione di proseguire nel rapporto già in essere, o la rilevazione in autotutela dell'esistenza di una causa di nullità dell'aggiudicazione, anche successivamente alla stipula del contratto.

Il Covid e l'inadempimento dell'appaltatore: il DL Semplificazioni

Qualora il rispetto delle misure di contenimento impedisca il regolare svolgimento delle prestazioni, si configura una causa di forza maggiore ai sensi dell'art. 107 comma 4 del Codice.

La mancata ultimazione delle prestazioni non è quindi imputabile all'esecutore e, qualora venga concessa la proroga del termine di conclusione dei lavori, non si applicano gli obblighi di comunicazione all'ANAC e le sanzioni previste all'art. 107 comma 3 e 4

Il Covid e la risoluzione: il DL

Semplificazioni

Nel caso in cui l'esecuzione dei lavori, per qualsiasi motivo, non possa proseguire, la stazione appaltante, previo parere del collegio consultivo tecnico, dichiara senza indugio, in deroga all'art. 108 comma 3 e 4 del Codice, la risoluzione del contratto, che opera di diritto, e provvedere secondo una delle seguenti alternative:

- ▶ procede all'esecuzione in via diretta dei lavori, anche avvalendosi, nei casi consentiti dalla legge, di altri enti o società pubbliche, previa convenzione;
- ▶ interpella progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara, come risultanti nella graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per il completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile, e alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato;
- ▶ indice una nuova procedura per l'affidamento dei lavori;
- ▶ propone alle autorità governative la nomina di un commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell'opera ai sensi del decreto legge 18 aprile 2019 n 32. L'impresa subentrante prosegue i lavori possibilmente con i lavoratori dipendenti del precedente esecutore, se privi di occupazione.

Il Covid e la sospensione: il DL Semplificazioni

Sino al 31 luglio 2021, in deroga all'art. 107 del D.Lgs 50/2016, l'esecuzione di lavori di importo pari o superiore alle soglie comunitarie, anche se già iniziati, può essere sospesa per il tempo strettamente necessario, per le seguenti ragioni:

- ▶ cause previste da disposizione di legge penale, dal codice delle leggi antimafia e dalle misure di prevenzione
- ▶ gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria
- ▶ gravi ragioni di ordine tecnico, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è un accordo tra le parti
- ▶ gravi ragioni di pubblico interesse

IL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO

sino al 31 luglio 2021 per i lavori di importo superiore alle soglie comunitarie è **OBBLIGATORIA** la costituzione, presso ogni stazione appaltante, di un COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO

IL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO

Per i lavori di importo inferiore alle soglie comunitarie è prevista la **FACOLTÀ** per le stazioni appaltanti di nominare un **COLLEGIO TECNICO CONSULTIVO**

IL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO: COMPOSIZIONE

Il Collegio deve essere costituito prima dell'avvio dell'esecuzione dei lavori e comunque non oltre 10 giorni

Per i contratti la cui esecuzione sia già iniziata alla data di entrata in vigore del provvedimento, il Collegio è costituito entro 30 giorni decorrenti dalla medesima data

IL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO: COMPOSIZIONE

Composto da 3 membri (5 in caso di motivata complessità dell'opera e eterogeneità delle professioni richieste) dotati di esperienza e qualificazione adeguata alla tipologia dell'opera tra ingegneri, architetti, giuristi ed economisti con comprovata esperienza nel settore degli appalti, delle concessioni e degli investimenti pubblici, anche in relazione allo specifico oggetto del contratto e alla specifica conoscenza di metodi e strumenti elettronici (quali i BIM).

IL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO: COMPOSIZIONE

I componenti sono scelti di comune accordo tra le parti, o, in alternativa, le parti possono concordare che ciascuna di esse nomini 1 componente e il terzo componente, con funzione di Presidente, sia scelto dai componenti nominati di parte (in caso di mancato accordo è nominato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle provincie autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane)

IL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO: FUNZIONI

Il Collegio Consultivo Tecnico ha funzioni di **assistenza** per la rapida risoluzione delle **controversie** o delle **dispute tecniche** di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso.

IL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO: LE DETERMINAZIONI

Le determinazioni del Collegio, adottate a maggioranza, hanno la natura del lodo contrattuale previsto all'art. 808 ter del codice di procedura civile (salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse)

Sono adottate con atto scritto, recante le sottoscrizioni della maggioranza dei componenti entro il termine di 15 giorni (innalzati a 20 in caso di particolari esigenze istruttorie) decorrenti dalla data della comunicazione

IL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO: LE DETERMINAZIONI

L'inosservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico viene valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, **grave inadempimento** degli obblighi contrattuali; l'osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di **esclusione della responsabilità** del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo.

IL COLLEGIO TECNICO CONSULTIVO PER LAVORI SOTTO SOGLIA

Risolve problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura, suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere, le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito, nonché la verifica sul possesso dei requisiti di partecipazione, dei criteri di selezione e di aggiudicazione.

IL COLLEGIO TECNICO CONSULTIVO PER LAVORI SOTTO SOGLIA

Due componenti sono nominati dalla S.A. e il terzo dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle provincie autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane.

IL COLLEGIO TECNICO CONSULTIVO PER LAVORI SOTTO SOGLIA

Le funzioni di componente del collegio consultivo tecnico facoltativo NON sono incompatibili con le funzioni di componente del Collegio Consultivo tecnico obbligatorio (fermo restando la necessità di un componente nominato dal privato).

COMPONENTI DEL COLLEGIO TECNICO CONSULTIVO: COMPENSI

I membri del collegio consultivo hanno diritto ad un compenso a carico delle parti e proporzionato al valore dell'opera, al numero, alla qualità e alla tempestività delle determinazioni assunte.

In mancanza di determinazioni/pareri hanno diritto ad un gettone unico onnicomprensivo.

COMPONENTI DEL COLLEGIO TECNICO CONSULTIVO: COMPENSI

In caso di ritardo nell'assunzione delle determinazioni è prevista una decurtazione del compenso da $1/10$ a $1/3$ per ogni ritardo.

I compensi dei membri del collegio sono imputati all'interno del quadro economico dell'opera

COMPONENTI DEL COLLEGIO TECNICO CONSULTIVO

Ogni componente del collegio non può ricoprire più di 5 incarichi contemporaneamente e comunque non può svolgere più di 10 incarichi ogni due anni.

In caso di ritardo nell'adozione di tre determinazioni o di ritardo superiore a 60 giorni nell'assunzione anche di una sola determinazione, i componenti non possono essere nominati nuovamente in altri collegi per la durata di tre anni decorrenti dalla data di maturazione del ritardo.

COMPONENTI DEL COLLEGIO TECNICO CONSULTIVO

Il ritardo ingiustificato nell'adozione anche di una sola determinazione è causa di decadenza del collegio.

La stazione appaltante potrà adottare le determinazioni di propria competenza, prescindendo dal parere del collegio.

SCIoglimento del Collegio

- ▶ Il COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO viene sciolto al termine dell'esecuzione del contratto oppure, a partire dal 31 luglio 2021, in qualsiasi momento.

Nel caso in cui non è obbligatoria la costituzione (contratti sotto soglia), può essere sciolto in data anteriore su accordo delle parti.

Le criticità nella fase di esecuzione: la crisi dell'impresa

La crisi dell'impresa

Le ragioni della tutela dell'impresa in crisi che dimostri prospettive di possibile risanamento, in materia di pubblici appalti, debbono coordinarsi con l'interesse pubblico (prevalente) a che la P.A. contratti con imprese sane ed affidabili e, ancor prima, che le procedure di affidamento si concludano in tempi certi e predeterminabili, i quali non possono attendere l'indefinito protrarsi di un diverso procedimento, relativo alla gestione della crisi dell'impresa, che si svolge dinanzi alla giurisdizione ordinaria e che può richiedere, nelle sue diverse fasi, anche tempi assai prolungati.

Appalti pubblici e procedure concorsuali il difficile coordinamento normativo

Ipotesi specifica del contratto d'appalto è considerata dall'articolo 81 della Legge Fallimentare, che prevede espressamente che il contratto d'appalto in corso di esecuzione si scioglie in conseguenza del fallimento di una delle parti. Viene fatto salvo il caso che il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, dichiari espressamente di voler subentrare nel rapporto in essere, dandone comunicazione all'altra parte entro sessanta giorni dalla dichiarazione di fallimento e offrendo idonee garanzie.

Appalti pubblici e procedure concorsuali il difficile coordinamento normativo

- ▶ In passato, vigeva una normativa fortemente orientata verso la cessazione di ogni attività della società fallita: l'articolo 140 del Dl 163/2006 prevedeva espressamente che nel caso di fallimento dell'appaltatore, o in caso di altra procedura concorsuale, la Stazione Appaltante avrebbe interpellato progressivamente i soggetti che avevano partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, alle stesse condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario fallito.

Appalti pubblici e procedure concorsuali il difficile coordinamento normativo

- ▶ La normativa è andata evolvendosi, diffondendosi il principio, anche di origine normativa, a mente del quale anche la società fallita (o, comunque sottoposta a procedura concorsuale) se autorizzata all'esercizio provvisorio, possa proseguire nell'esecuzione dei contratti pubblici.

L'art. 110 del D.Lgs 50/2016 e l'art. 186-bis della legge fallimentare

- ▶ 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 subappalto;
- ▶ 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 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'ammissione, ma non partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici.

L'art. 110 del D.Lgs 50/2016 e l'art. 186-bis della legge fallimentare

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.

Questa regola non vale però per l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, che “non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto”.

Gli interventi del legislatore dopo il Covid: il Decreto Legge 16 luglio 2020 n. 76

Con il comma 4 dell'articolo 5 è previsto che nel caso in cui la prosecuzione dei lavori, per qualsiasi motivo, ivi incluse la crisi o l'insolvenza dell'esecutore anche in caso di concordato con continuità aziendale ovvero di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa, non possa proseguire con il soggetto designato - né, in caso di esecutore plurisoggettivo, con altra impresa del raggruppamento designato ove in possesso dei requisiti adeguati ai lavori ancora da realizzare, secondo l'aggiunta del Senato - la stazione appaltante dichiara senza indugio la risoluzione del contratto, previo parere del collegio consultivo tecnico, in deroga alla procedura di cui all'articolo 108, commi 3 e 4, del codice dei contratti pubblici. La risoluzione opera di diritto.

Gli interventi del legislatore dopo il Covid: il Decreto Legge 16 luglio 2020 n. 76

La disposizione in esame prevede tuttavia ciò avvenga "salvo che per gravi motivi tecnici ed economici sia comunque, anche in base al citato parere" del collegio consuntivo possibile o preferibile proseguire con il medesimo soggetto.

La stazione appaltante provvede secondo una delle seguenti modalità:

- ▶ procede all'esecuzione in via diretta dei lavori, anche avvalendosi, nei casi consentiti dalla legge, previa convenzione, di altri enti o società pubbliche;
- ▶ interpella progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e alle medesime condizioni proposte dall'operatore economico interpellato;
- ▶ indice una nuova procedura per l'affidamento del completamento dell'opera;
- ▶ propone alle autorità governative la nomina di un commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell'opera ai sensi dell'articolo 4 del decreto-legge n. 32 del 2019 (c.d. sblocca cantieri).

Il fallimento dell'operatore economico

- ▶ Successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 161, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato.

Il nuovo codice della crisi d'impresa

Il D.Lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019, emanato in attuazione della L. 155 del 19 ottobre 2017, introduce nell'Ordinamento il nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza, che, in considerazione della modifica apportata all'art. 389 dello stesso dall'art. 5 del recentissimo D.L. 23 dell'8 aprile 2020 ("Decreto Liquidità"), entrerà in vigore il 1 settembre 2021 e sostituirà integralmente - per il futuro - la vigente Legge Fallimentare (Regio Decreto 267/42).

Il nuovo codice della crisi d'impresa

Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza (che consta di 391 articoli) è finalizzato ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione preventiva dell'impresa che versano in stato di crisi, a cui il legislatore della riforma ha conferito una specifica ed autonoma definizione rinvenibile nell'art. 2 del citato codice, da cui si evince che il concetto di “*crisi*” è strettamente legato a quello di “*insolvenza*”, differenziandosi esclusivamente per il “dato temporale”.

Il nuovo codice della crisi d'impresa

Per stato di crisi deve intendersi «*lo stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*», differenziandosi dall'insolvenza poiché quest'ultima, come già oggi previsto dall'art. 5 L.F., è quello stato (attuale) che “*si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*”.

Il nuovo codice della crisi d'impresa

Una delle innovazioni più significative ed interessanti ha ad oggetto l'introduzione della “procedura di allerta e di composizione assistita della crisi” che mira a:

- ▶ anticipare l'emersione della crisi di impresa;
- ▶ costituire uno strumento di sostegno diretto ad analizzare le cause del sofferenza economica e finanziaria dell'impresa;
- ▶ fornire un servizio di composizione della crisi funzionale alle trattative per il raggiungimento dell'accordo con i creditori;

Il nuovo codice della crisi d'impresa

Gli strumenti di allerta si distinguono tra: oneri di segnalazione posti a carico di alcuni soggetti qualificati ed obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore.

LE SINGOLE MODIFICHE APPORTATE DAL D.LGS. N. 14/2019 AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: IL PROBLEMA DELLA CONCRETA APPLICAZIONE

Nell'intento del Legislatore del codice della crisi e dell'insolvenza, dunque, l'obiettivo primario è quello di tutelare sia l'imprenditore in stato di crisi (e le sue maestranze), sia i suoi creditori o partner contrattuali: per ottenere tale effetto, innanzitutto si abolisce il termine "fallimento", sostituendolo con quello di "liquidazione giudiziale", di nuova creazione, ma soprattutto si amplia l'effetto della fase di "liquidazione" giungendo - da un lato - a cercare di prevenirla monitorando indicatori finanziari dell'impresa e - dall'altro - privilegiando strumenti quali il "concordato con continuità" e, più in generale, la funzionalità dell'impresa, con l'intento di soddisfare i creditori e, se possibile, ripristinarla rimettendola *in bonis*.

Art. 95 D.Lgs. n. 14/2019, recante «Disposizioni speciali per i contratti con le pubbliche amministrazioni»

«..i contratti in corso di esecuzione, stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto del deposito della domanda di concordato. Sono inefficaci eventuali patti contrari.

Il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti con le pubbliche amministrazioni, se il professionista indipendente ha attestato la conformità al piano, ove predisposto, 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, purché in possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara e per l'esecuzione del contratto. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni. Le disposizioni del presente comma si applicano anche nell'ipotesi in cui l'impresa sia stata ammessa al concordato liquidatorio quando il professionista indipendente attesta che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio.

Successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 40, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato.

L'autorizzazione consente la partecipazione alla gara previo deposito di una relazione del professionista indipendente che attesta la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento del contratto.

Fermo quanto previsto dal comma 4, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che nessuna delle altre imprese aderenti al raggruppamento sia assoggettata ad una procedura concorsuale.”.

Il nuovo art. 110 del D.Lgs 50/2016

Fatto salvo quanto previsto ai commi 3 e seguenti, le stazioni appaltanti, in caso di liquidazione giudiziale, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero 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 dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture.

L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta.

Il curatore della procedura di liquidazione giudiziale, autorizzato all'esercizio dell'impresa, può eseguire i contratti già stipulati dall'impresa assoggettata alla liquidazione giudiziale su autorizzazione del giudice delegato.

Alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all'articolo 40 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza adottato in attuazione della delega di cui all'articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n. 155, si applica l'art. 95 del medesimo codice. Per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici tra il momento del deposito della domanda di cui al primo periodo ed il momento del deposito del decreto previsto dall'articolo 47 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza è sempre necessario l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto.

L'impresa ammessa al concordato preventivo non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto.

L'ANAC può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che l'impresa in concordato si avvalga di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa 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 nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione quando l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida.

Restano ferme le disposizioni previste dall'articolo 32 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, in materia di misure straordinarie di gestione di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione.

Il nuovo art. 110 del D.Lgs 50/2016

Cons. Stato, Sez. III, 15/06/2020, n. 3842

Per effetto dell'art. 110 del D.Lgs. n. 50/2016 l'interpello è divenuto obbligatorio (se al Fallimento è preclusa l'attività di impresa), costituendo una forma di affidamento rispettosa dei principi di concorrenza e di *par condicio*, dal momento che essa permette di affidare l'appalto a soggetti che abbiano partecipato all'originaria procedura ad evidenza pubblica e siano stati sottoposti alle verifiche previste dalla legge e dalla *lex specialis* di gara.

.

I DUBBI

Il Curatore della liquidazione giudiziale autorizzato all'esercizio dell'impresa possa eseguire i contratti già stipulati antecedentemente alla fase di liquidazione - previa autorizzazione del Giudice delegato -; rispetto alla versione attualmente vigente della norma, è sparito il riferimento alla partecipazione alle gare pubbliche, ma anche all'esecuzione dei contratti di subappalto (e, si presume, anche dei contratti di mera fornitura).

Come potrebbe, un appaltatore, eseguire le prestazioni derivanti da un contratto pubblico senza ricorrere a subappaltatori e fornitori, ove necessario? E, ancor più, come può proseguire le attività senza garanzie nei confronti delle maestranze e degli enti previdenziali?

DUBBI

Si prevede che l'impresa che si trovi in stato di concordato preventivo possa eseguire gli appalti pubblici e partecipare alle gare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento di altri soggetti.

- ▶ il legislatore equipara sostanzialmente lo strumento del concordato con continuità aziendale con quello liquidatorio; ciò avviene nel caso in cui il professionista incaricato della verifica della conformità al piano liquidatorio, attesti anche che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio. In questo caso, per effetto del novellato (per effetto del D.Lgs. n. n. 14/2019) art. 80, comma 5, lett. g) D.Lgs. n. 50/2016 le due forme di concordato vengono unificate in un'unica disciplina - che tuttavia sembra quasi contraddire la funzione del concordato liquidatorio e, soprattutto, demandare ad un giudizio del privato (sebbene professionista esterno, incaricato *ex officio*) di decidere se l'impresa possa o debba proseguire l'attività al solo scopo liquidatorio .

DUBBI

L'ANAC avrà il compito di decidere sulla partecipazione dell'impresa alle gare pubbliche o sulla stipula dei contratti di subappalto - decisione che attualmente è devoluta al Giudice Delegato -, ma senza precisare le modalità con cui essa possa concretamente intervenire.