

8 FEBBRAIO 2023

Crisi d'impresa e contratti pubblici.
Riflessioni critiche sull'istituto
dell'avvalimento obbligatorio e
'rinforzato'

di Mauro Renna

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università Cattolica del Sacro Cuore

e Stefano Vaccari

Ricercatore di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Sassari

Crisi d'impresa e contratti pubblici. Riflessioni critiche sull'istituto dell'avvalimento obbligatorio e 'rinforzato'*

di Mauro Renna

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università Cattolica del Sacro Cuore

e Stefano Vaccari

Ricercatore di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Sassari

Abstract [It]: Il presente contributo è dedicato allo studio dei rapporti tra il diritto della crisi d'impresa e la contrattualistica pubblica. In ragione della complessità del tema, l'analisi procede attraverso un breve esame diacronico della stratificata disciplina normativa con l'obiettivo di evidenziare le ragioni sottese all'evoluzione delle relazioni tra i due settori dell'ordinamento giuridico. Un approfondimento specifico è dedicato all'istituto dell'avvalimento c.d. obbligatorio e 'rinforzato', che nel vigente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) avrebbe dovuto rappresentare il punto di equilibrio rispetto alla pluralità degli interessi pubblici e privati coinvolti nelle fattispecie di partecipazione di operatori economici in stato di crisi alle procedure a evidenza pubblica. Si evidenziano, tuttavia, le plurime criticità che connotano il suddetto istituto e che, pertanto, ne suggeriscono l'eliminazione in occasione dell'attuale processo di riforma del diritto dei contratti pubblici.

Title: Business crisis and public contracts. Critical reflections on the institution of compulsory and 'reinforced' outsourcing

Abstract [En]: The paper deals with the study of the relationship between bankruptcy law and public procurement. Given the complexity of the subject, the analysis proceeds through a brief diachronic analysis of the stratified regulatory framework, with the aim of highlighting the reasons underlying the evolution of the relationship between these two branches of the legal system. A specific attention is devoted to the so-called 'mandatory pooling', which in the current Public Procurement Code (Legislative Decree No. 50/2016) was supposed to represent the balancing point with respect to the plurality of public and private interests involved in the cases of participation of economic operators in a state of insolvency or bankruptcy in public tender procedures. As the analysis shows, several critical issues characterise the aforementioned legal institute suggesting, therefore, its elimination in light of the ongoing reform process of Italian public procurement law.

Parole chiave: Contratti pubblici, Diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza, Avvalimento obbligatorio, Autorità Nazionale Anticorruzione, Riforma del diritto dei contratti pubblici

Keywords: Public Procurement, Restructuring and Bankruptcy Law, Mandatory Pooling, National Anti-Corruption Authority, Reform Process of the Italian Public Procurement Law

Sommario: 1. L'evoluzione dei rapporti tra la disciplina concorsuale e la contrattualistica pubblica: dalla (originaria e radicale) 'separazione' alla (progressiva) 'intersezione'. 1.1. (Segue): La situazione 'originaria': i due plessi normativi quali 'binari separati' con conseguente tutela preminente dell'interesse pubblico sotteso alla fattispecie contrattuale. 1.2. (Segue): La riforma dell'anno 2012 e il conseguente 'intreccio' normativo: la (nuova) centralità dell'obiettivo di salvaguardia dei 'valori' dell'impresa in stato di crisi. 1.3. (Segue): L'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici dell'anno 2016 e il rischio del 'cortocircuito' normativo. 1.4. (Segue): Il decreto c.d. 'Sblocca-cantieri' (d.l.

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente contributo, con eventuali modifiche e aggiornamenti, è destinato al volume collettaneo, a cura di Giovanni Capo e Gianluca M. Esposito, 'Pubbliche amministrazioni e diritto della crisi d'impresa', di prossima pubblicazione nella Collana Cedam, diretta da Guido Alpa e Gianluca M. Esposito, 'Temi dell'impresa e della pubblica amministrazione'. Gli autori ringraziano i curatori per aver autorizzato l'anticipazione dello scritto in questa Rivista. Si segnala, altresì, che il lavoro è frutto di una riflessione comune tra gli autori; tuttavia, i §§ 1 e 4 sono stati scritti da Mauro Renna, mentre i §§ 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.5.1, 2 e 3 sono stati scritti da Stefano Vaccari.

n. 32/2019): un ‘allineamento anticipato’ al Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza. **1.5.** (Segue): Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza (d.lgs. n. 14/2019) e Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016): la disciplina vigente. **1.5.1.** (Segue): L’art. 110 del Codice dei contratti pubblici come tentativo di ‘sintesi’ e di equilibrato bilanciamento tra interessi antagonisti. **2.** Il c.d. avvalimento obbligatorio e ‘rinforzato’: un istituto di ‘compromesso’ tra esigenze contrapposte. **3.** L’incerto (e problematico) ruolo di A.N.AC. nell’implementazione della disciplina sull’avvalimento obbligatorio e rinforzato. **4.** In conclusione: brevi riflessioni in merito alle ulteriori criticità dell’istituto e alle sue (possibili) prospettive di riforma.

1. L’evoluzione dei rapporti tra la disciplina concorsuale e la contrattualistica pubblica: dalla (originaria e radicale) ‘separazione’ alla (progressiva) ‘intersezione’

Il diritto fallimentare (oggi, *rectius*: diritto della crisi d’impresa e dell’insolvenza) presenta numerosi punti di contatto con il diritto amministrativo¹, e in particolar modo con la materia dei contratti pubblici.

In proposito, è nota l’importanza e la centralità della questione concernente i riflessi giuridici che l’attivazione di una procedura concorsuale genera sui contratti pubblici in corso di esecuzione nonché sulla possibilità per l’operatore economico in stato di ‘crisi’ e di ‘sofferenza economica’ di partecipare a (nuove) procedure a evidenza pubblica.

Nell’ambito della suddetta – e più generale – tematica, lo studio del c.d. avvalimento obbligatorio e ‘rinforzato’, cui è prevalentemente dedicato il presente contributo, rappresenta un angolo visuale idoneo per cogliere le tensioni esistenti tra i plurimi interessi pubblici e privati che convivono, in posizione reciprocamente antagonista, nelle fattispecie in cui i due plessi normativi entrano in contatto.

Sennonché, la complessità del tema impone – per una migliore comprensione della disciplina di diritto positivo nonché delle criticità che tutt’oggi interessano l’istituto in esame – di procedere attraverso una breve disamina, in chiave diacronica, dell’evoluzione normativa che ha caratterizzato lo sviluppo delle relazioni tra i due richiamati settori dell’ordinamento giuridico.

Si potranno, così, cogliere le ragioni che hanno determinato il fenomeno di progressiva convergenza e ‘intersezione’ tra il diritto della crisi d’impresa e la contrattualistica pubblica, di cui è una palese espressione l’istituto dell’avvalimento obbligatorio e rinforzato. Come accade sovente, l’incremento della complessità giuridica² e la pluralità degli interessi antagonisti da bilanciare nelle singole fattispecie hanno

¹ Cfr., in questo senso, A. TRAVI, *Prefazione*, in L. D’ORAZIO, L. MONTEFERRANTE (a cura di), *Procedure concorsuali e diritto pubblico. Insolvenza, imprese pubbliche, contratti pubblici, titoli autorizzatori*, Milano, 2017, p. XIII, ove si evidenziano le plurime ragioni di interesse che giustificano l’importanza di uno studio dedicato ai rapporti tra diritto fallimentare e diritto amministrativo. In particolare, ad avviso dell’A., «[...] dal punto di vista dell’amministrativista, l’interesse è legato in particolare all’incidenza che la dichiarazione di fallimento può determinare sulle relazioni con la pubblica amministrazione o sugli effetti di un provvedimento amministrativo». Il che è di indubbio rilievo per esigenze di ordine ‘pratico’, e segnatamente ai fini dell’individuazione della disciplina giuridica applicabile in concreto alle singole fattispecie, ma anche su un piano più ‘generale’, ossia «[...] per valutare alcuni caratteri dei provvedimenti amministrativi e dell’azione amministrativa nel suo complesso».

² Cfr., in argomento, le importanti riflessioni di A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, Ann. vol. I, Milano, 2007, p. 201 e ss.

generato – quale loro diretta conseguenza – numerose questioni problematiche, di ordine teorico e pratico-applicativo, cui l'interprete deve (cercare di) fornire risposta.

1.1. (Segue): La situazione 'originaria': i due plessi normativi quali 'binari separati' con conseguente tutela preminente dell'interesse pubblico sotteso alla fattispecie contrattuale

Storicamente, il diritto fallimentare e la contrattualistica pubblica sono stati caratterizzati da una relazione di marcata separazione; in altri termini, come è stato osservato in letteratura, le due discipline normative apparivano quali 'binari separati'³ o 'piani paralleli'⁴ che raramente si 'intersecavano'⁵.

E invero, per lungo tempo l'unico punto di contatto tra i due ambiti normativi era rappresentato dall'art. 81, co. 3, della legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n. 267), ove si prevedeva un mero (e generico) rinvio alla disciplina pubblicistica di settore per quanto concerne le conseguenze del fallimento sui contratti d'appalto di opere pubbliche («[s]ono salve le norme relative al contratto di appalto per le opere pubbliche»). Nell'ambito del (primo) Codice degli appalti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), la pendenza di una procedura concorsuale comportava – in senso radicalmente ostativo alla partecipazione dell'operatore economico – il difetto dei c.d. requisiti di 'ordine generale'. Segnatamente, l'art. 38, co. 1, lett a), del Codice *cit.* disponeva perentoriamente l'esclusione dalle procedure di affidamento di concessioni e appalti pubblici dei soggetti «[...] che si trovano 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».

Si trattava, in altri termini, di un'ipotesi tipica di divieto generale a contrarre con le pubbliche amministrazioni per tutte le imprese in stato di sofferenza economica, sulla scorta di un'impostazione concettuale di fondo che equiparava la crisi d'impresa, in ogni sua possibile manifestazione, a una situazione di irrimediabile insolvenza⁶. Posta tale equivalenza, la risultante non poteva che essere un'assoluta prevalenza delle ragioni di tutela dell'interesse pubblico affidato alle cure delle stazioni appaltanti⁷, declinabile nell'efficiente gestione delle procedure di gara e nella (successiva) regolare

³ L'espressione è mutuata da A. PEZZANO, M. RATTI, *Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni*, in *Il Fallimento*, 2016, VII, p. 757, nella parte in cui si osserva che «[l]a normativa dei contratti pubblici e quella fallimentare hanno da tempo deciso di viaggiare su binari separati».

⁴ In questi termini, L. SADILE, *Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici*, in *Il caso.it*, 2014, p. 5, ove l'affermazione per cui le due normative erano «[...] poste storicamente su piani paralleli, destinati quindi a non incontrarsi mai».

⁵ Cfr. M. ATTANASIO, *Procedure concorsuali e appalti pubblici*, in *Fallimenti e Società.it*, 2016, § 1: «[i]n passato, la strada delle procedure concorsuali (o quanto meno di alcune di esse) e quella degli appalti pubblici erano destinate a correre parallele e a non interscacciarsi, o meglio, a biforcarsi immediatamente qualora fossero venute ad incrociarsi».

⁶ Cfr. L. SADILE, *Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici*, *cit.*, p. 2.

⁷ Cfr., nuovamente, L. SADILE, *op. et loc. ult. cit.*, ove si identifica la *ratio* dell'esclusione di cui all'originaria versione dell'art. 38, co. 1, lett. a), del d.lgs. n. 163/2006 nella «[...] necessità di scongiurare che l'eventuale stato di crisi potesse compromettere l'esatto adempimento delle obbligazioni dedotte nello specifico appalto o subappalto e quindi pregiudicare il sottostante interesse pubblico»; nonché M. ATTANASIO, *Procedure concorsuali e appalti pubblici*, *cit.*, § 1, ove si evidenzia che il sistema normativo dell'epoca era

esecuzione del contratto pubblico, rispetto alle concorrenti – ma, in quel frangente storico, del tutto recessive – esigenze espresse dall’operatore economico in stato di crisi (si pensi, a titolo di esempio, alla salvaguardia del patrimonio aziendale, dei lavoratori, della ‘massa’ dei creditori, *etc.*). Il che, nondimeno, risultava coerente con la finalità eminentemente ‘liquidatoria’ che informava le procedure concorsuali dell’epoca⁸.

La forte separazione tra diritto fallimentare e contrattualistica pubblica, per come risultante dal quadro che – seppure sommariamente – si è provato a tracciare, è stata sottoposta a un’opera di revisione critica dal momento in cui è maturata la consapevolezza che essa invero si fonda su un approccio di tipo ‘solipsistico’ e ‘miope’⁹, come tale inidoneo a cogliere i collegamenti sussistenti tra le varie branche costitutive dell’ordinamento giuridico. Ed è proprio in questo senso che va intesa l’indicazione metodologica espressa dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁰ in una fattispecie che riguardava l’interpretazione dei requisiti di ordine generale *ex art. 38* del previgente Codice dei contratti pubblici: «[...] *il codice degli appalti deve essere letto e interpretato non in una logica di separatezza e autonomia, ma come una parte dell’ordinamento nel suo complesso*», atteso che «[...] *si inserisce, come parte del tutto, in un sistema normativo unitario*».

1.2. (Segue): La riforma dell’anno 2012 e il conseguente ‘intreccio’ normativo: la (nuova) centralità dell’obiettivo di salvaguardia dei ‘valori’ dell’impresa in stato di crisi

La riforma del diritto fallimentare dell’anno 2012¹¹ ha segnato un momento fondamentale nel percorso di progressiva sovrapposizione e di ‘intreccio’ con il diritto dei contratti pubblici¹².

Il suddetto intervento riformatore¹³ è stato complessivamente ispirato dall’obiettivo di incentivare le imprese ad auto-denunciare tempestivamente le situazioni di crisi, prevedendo – a tale scopo – procedure concorsuali idonee a consentire la prosecuzione dell’attività d’impresa in luogo dell’opzione meramente

caratterizzato dalla «[...] *assoluta preminenza accordata all’interesse pubblico, che in questo settore è, a monte, l’interesse alla speditezza e stabilità della procedura di gara, e, a valle, quello alla regolare esecuzione del contratto pubblico*».

⁸ A tale proposito, cfr. M. ATTANASIO, *op. et loc. ult. cit.*, nella parte in cui si afferma che «[...] *nel fallimento, l’esercizio provvisorio, pur previsto sin dall’entrata in vigore del R.d. n. 267/1947, è stato e rimane istituito scarsamente praticato; a sua volta, il concordato preventivo per lungo tempo è stato concepito come una procedura di natura prevalentemente, se non esclusivamente, liquidatoria*».

⁹ In chiave critica, cfr. A. PEZZANO, M. RATTI, *Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni, cit.*, p. 757 e s.: «[...] *ci troviamo, così, al cospetto di un’agnostica attività legislativa, che, nel quotidiano conflitto generato dalla rilevanza costituzionale dei diritti e degli interessi meritevoli di adeguate tutele, mostra di prediligere, comunque, una (miope e) solipsistica disciplina per ciascuna branca*».

¹⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8.

¹¹ Ci si riferisce all’opera di revisione della legge fallimentare, realizzata dall’art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134, nell’obiettivo di favorire la continuità aziendale.

¹² Cfr. M. ATTANASIO, *Procedure concorsuali e appalti pubblici, cit.*, § 1, ove si rileva che «[n]on è dunque un caso che quelle strade cominciano ad incrociarsi, problematicamente, nel momento in cui il concordato si propone anche come concordato in continuità, e quando inoltre diventano più stringenti, e maggiormente avvertite, le esigenze di salvaguardia dell’azienda e dei suoi valori».

¹³ Sul quale cfr. V. DE SENSI, *Appalto pubblico e crisi d’impresa*, in *Il diritto fall. e delle soc. comm.*, 2015, VI, p. 625, ad avviso del quale «[l]e modifiche alla legge fallimentare ed all’art. 38 CA conciliano le esigenze di salvaguardia delle imprese in crisi, nel quadro del sostegno e dell’impulso al sistema produttivo, con le esigenze di pari spessore del conseguimento effettivo degli obiettivi di stabilità e di crescita».

liquidatoria¹⁴. In questo contesto, è stato introdotto l'istituto del c.d. concordato preventivo con continuità aziendale¹⁵, nell'ambito della cui regolazione è stata specificamente considerata la materia dei contratti pubblici.

Segnatamente, l'art. 186-*bis* della legge fallimentare ha stabilito che:

(i) ferma restando l'ipotesi di scioglimento prevista dall'art. 169-*bis* della l. fall., i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura (prescrivendo, al contempo, l'inefficacia di ogni eventuale patto di segno contrario);

(ii) l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione dell'esecuzione dei contratti pubblici qualora il professionista designato dal debitore *ex art.* 67 della l. fall. ne abbia attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento;

(iii) l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, a condizione che l'impresa presenti in sede di gara (a) una relazione redatta da un professionista, in possesso di determinati requisiti di indipendenza e professionalità, che attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto¹⁶; (b) la dichiarazione di altro operatore economico in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, con contestuale impegno di quest'ultimo nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per l'intera durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa dovesse fallire nelle more della procedura di gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, così come nell'ipotesi in cui non sia – per qualsiasi altra ragione – più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto (*i.e.* la previsione di una fattispecie di avalimento obbligatorio e 'rinforzato' in merito alla quale ci si soffermerà più diffusamente *infra*).

A ciò occorre aggiungere la parallela modifica apportata al già richiamato art. 38, co. 1, lett a), del (previgente) Codice dei contratti pubblici, ove si è introdotta un'espressa deroga al generalizzato divieto di contrarre con le pubbliche amministrazioni per le imprese in stato di crisi: la disposizione modificata,

¹⁴ Cfr., a tale riguardo, la relazione illustrativa al d.l. n. 83/2012.

¹⁵ L'art. 33, co. 1, lett. h), del d.l. n. 83/2012 ha introdotto nella legge fallimentare il nuovo art. 186-*bis* dedicato all'istituto del 'Concordato con continuità aziendale'. Cfr. G.P. MACAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in *Il Fallimento*, 2014, VI, p. 670, ove si ravvisa nella previsione del concordato preventivo con continuità aziendale una «[...] manifestazione della chiara preferenza per la salvaguardia della continuità aziendale delle imprese rispetto all'alternativa liquidatoria, ripetutamente espressa dagli interventi legislativi succedutisi a partire dal 2006».

¹⁶ Si tratta, invero, di una 'certificazione' della capacità di adempimento contrattuale dell'impresa in stato di crisi, da ritenersi 'speciale' rispetto all'ulteriore attestazione prevista dalla l. fall. ai fini dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale. La *ratio* di questo adempimento è di assicurare la committenza pubblica circa l'affidabilità tecnico-economica del concorrente (cfr. L. SADILE, *Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici*, cit., p. 7).

infatti, ha sottratto dalla causa di esclusione relativa al difetto dei requisiti generali le ipotesi di concordato preventivo con continuità aziendale *ex art. 186-bis l. fall.*

La disciplina appena descritta dimostra, molto chiaramente, come la logica di ‘risanamento’ e di ‘continuità aziendale’ alla base del nuovo approccio del diritto fallimentare alla gestione della crisi d’impresa possa trovare un importante momento di realizzazione proprio attraverso l’affidamento di commesse pubbliche¹⁷. In altri termini, la nuova centralità dell’esigenza di salvaguardia dell’impresa e dei suoi valori ha reso eccezionali le ipotesi di esclusione dalle procedure a evidenza pubblica previste dalla disciplina originaria, e comunque ogni rigido ‘automatismo’ in materia. Il che ha trovato anche l’autorevole avallo della Corte costituzionale¹⁸, la quale ha preso atto del mutato rapporto regola/eccezione chiarendo che la disciplina del concordato preventivo con continuità aziendale, «[i]n linea con la più generale finalità dell’istituto di favorire il superamento dello stato di crisi dell’azienda, [...] si caratterizza per la previsione di stabilità dei contratti in essere con le pubbliche amministrazioni, *ex art. 186-bis, terzo comma, della legge fallimentare, e, al contempo, per la possibilità che l’impresa partecipi alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*»; e che, in un siffatto contesto normativo, «[l]a deroga al divieto di partecipare a gare pubbliche mira dunque a consentire eccezionalmente alle imprese che si trovino in questa condizione di acquisire commesse pubbliche e garantire così una migliore soddisfazione dei creditori».

Tra la fine dell’anno 2013 e l’inizio del 2014 il legislatore è intervenuto nuovamente sulla disciplina in esame al fine di chiarire che la partecipazione alle procedure a evidenza pubblica è consentita anche a seguito del semplice deposito del ricorso contenente la domanda di ammissione al concordato, e prima dell’emissione del decreto di apertura della procedura, a condizione che si ottenga un’espressa autorizzazione del tribunale nonché l’acquisizione del parere del commissario giudiziale (se già nominato)¹⁹: il che ha consentito di risolvere – nel segno del ‘*favor participationis*’ – una problematica sino a quel momento oggetto di decisioni contrastanti in sede giurisprudenziale²⁰, a seconda della preferenza

¹⁷ Cfr. L. SADILE, *Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici*, cit., p. 5, ove si afferma che il risanamento per molte imprese «[...] può essere conseguito proprio attraverso l’affidamento di un appalto o di un subappalto pubblico».

¹⁸ Cfr. Corte cost. 7 maggio 2020, n. 85, in *Giur. Cost.*, 2020, III, p. 1083 e ss.

¹⁹ In questi termini dispone il co. 4 («[s]uccessivamente 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 tale nomina, provvede il tribunale»), aggiunto all’art. 186-bis della l. fall. dall’art. 13, co. 11-bis, del d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, conv., con mod., in l. 21 febbraio 2014, n. 9.

²⁰ Cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6272, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, XII, p. 3472 e ss., per l’orientamento favorevole alla partecipazione alle gare pubbliche dell’operatore economico in concordato prima della formale ammissione alla procedura («[i]nibire all’impresa di partecipare alle gare per affidamento dei pubblici contratti nelle more tra il deposito della domanda e l’ammissione al concordato - periodo che potrebbe protrarsi anche per un semestre - palesemente confligge con la finalità della norma volta a preservare la capacità dell’impresa a soddisfare al meglio i creditori attraverso l’acquisizione di nuovi appalti»); e Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2014, n. 101, in *Foro amm.*, 2014, I, p. 33 e ss., per l’interpretazione di segno contrario («[...] la novella del 2012 ha inteso, sì, incentivare la tempestiva emersione di criticità ed il ritorno in bonis dell’impresa o la conservazione dell’azienda ‘in esercizio’, ma nella materia delle gare pubbliche ha circondato di cautele l’applicazione di tale normativa di favore, sia richiedendo in ogni caso opportune garanzie, sia limitando la partecipazione al concorrente in status di sottoposto a concordato con continuità, con conseguente permanere della preclusione qualora prima della scadenza del termine prefissato per la presentazione delle istanze di

accordata all'interesse al risanamento dell'impresa in stato di crisi ovvero all'interesse pubblico a evitare procedure di gara esposte al rischio di durata indefinita e al possibile esito negativo della procedura concordataria²¹.

1.3. (Segue): L'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici dell'anno 2016 e il rischio del 'cortocircuito' normativo

L'entrata in vigore del (nuovo) Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) non ha risolto le segnalate complicazioni relative ai rapporti tra disciplina concorsuale e contrattualistica pubblica, le quali rappresentano una diretta conseguenza della stratificazione degli interventi normativi. Ragion per cui, a tale riguardo si è parlato di amplificazione del già marcato 'strappo'²² tra le due normative e del rischio di 'cortocircuito'²³ tra disposizioni non coordinate e in rapporto di specialità reciproca.

Relativamente ai requisiti generali, l'art. 80, co. 5, lett. b), del Codice *cit.* ha disposto l'esclusione dell'operatore economico che «[...] *si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110*». Come si può notare, il perimetro della 'deroga' alla causa di esclusione si ricollega – per il tramite della tecnica del rinvio – a quanto previsto dall'art. 110 del medesimo Codice, ossia la disposizione 'cardine' per quanto concerne la regolazione dei rapporti tra lo stato di crisi che può interessare determinate imprese e i contratti pubblici.

Segnatamente, l'art. 110 del Codice, rubricato '*Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione*', ha stabilito che:

(i) il curatore del fallimento autorizzato all'esercizio provvisorio ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato e sentita l'A.N.AC., possono: (a) partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi nonché essere affidatari di subappalti; (b) eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita o ammessa al concordato con continuità aziendale;

partecipazione alla gara l'iter iniziato dall'imprenditore non sia approdato al decreto del tribunale di ammissione del ricorrente al concordato con continuità e di formale apertura della procedura di concordato finalizzata all'omologazione»).

²¹ Sull'ipotesi particolare del c.d. 'concordato in bianco' o con 'effetti prenotativi' cfr., *amplius*, la determinazione A.N.AC. n. 5 dell'8 aprile 2015 (che ha modificato la precedente determinazione n. 3 del 23 aprile 2014).

²² In questi termini cfr. A. PEZZANO, M. RATTI, *Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni*, *cit.*, p. 758, ove l'affermazione per cui gli 'scoordinati' interventi del legislatore rischiano di intaccare anche il d.lgs. n. 50/2016, il quale «[...] *seppur connotato da una 'propria' coerenza, sotto il profilo sistematico, amplifica invece il già marcato "strappo", tra le norme del diritto pubblico e quelle concorsuali, ancora una volta destinato ad essere ricucito dalla sedimentazione giurisprudenziale e dalla prassi o devoluto ad ostici percorsi esegetici cui sono costretti gli interpreti*».

²³ Il rilievo è di A.M. PERRINO, *Codice dei contratti e degli appalti pubblici e concordato preventivo con continuità aziendale: tra distonie, incongruenze e rischio di cortocircuito*, in *Foro it.*, 2016, IX, pp. 304 e 306.

(ii) l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale non necessita dell'avvalimento di requisiti di altro soggetto (in altri termini, si prevede una regola di segno opposto rispetto all'obbligo di avvalimento c.d. 'rinforzato' ex art. 186-*bis* della l. fall.²⁴, fatto salvo – in ogni caso – quanto indicato *infra sub iv*);

(iii) l'impresa ammessa al concordato con cessione di beni o che ha presentato domanda di concordato (nel periodo intercorrente tra il ricorso e l'ammissione alla procedura) può eseguire i contratti già stipulati su espressa autorizzazione del giudice delegato, e sentita l'A.N.A.C.;

(iv) l'A.N.A.C., sentito il giudice delegato²⁵, può subordinare la partecipazione degli operatori economici in stato di crisi, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore economico in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, nelle ipotesi in cui (a) l'impresa in stato di crisi non sia in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti o con i versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali; (b) l'impresa non risulti in possesso dei requisiti aggiuntivi individuati dalla stessa A.N.A.C. a mezzo di apposite linee guida.

Si tratta, invero, di ulteriori fattispecie di avvalimento obbligatorio e rinforzato, sottoposte a un potere regolatorio e applicativo attribuito ad A.N.A.C., in forza delle quali l'impresa ausiliaria deve impegnarsi nei confronti della concorrente ausiliata nonché della stazione appaltante a mettere a disposizione, per l'intera 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 o dopo la stipulazione del contratto, non sia – per qualsiasi ragione – più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione.

La disciplina introdotta dal Codice dei contratti pubblici dell'anno 2016, qui brevemente sintetizzata, ha contribuito all'emersione dei segnalati fattori di complicazione, dal momento che il legislatore non si è curato di governare attentamente i profili di sovrapposizione con la (non abrogata e parallela) regolazione dei medesimi aspetti da parte della legge fallimentare, e segnatamente dal relativo art. 186-*bis*. Come si è già mostrato, infatti, la disposizione da ultimo richiamata (e solo in seguito abrogata - v. *infra*) prevedeva l'attivazione dello strumento dell'avvalimento obbligatorio e rinforzato quale condizione necessaria per la partecipazione alle procedure a evidenza pubblica delle imprese ammesse al concordato preventivo,

²⁴ Cfr. A.M. PERRINO, *Codice dei contratti e degli appalti pubblici e concordato preventivo con continuità aziendale: tra distonie, incongruenze e rischio di cortocircuito*, cit., p. 306 e s.

²⁵ Si evidenzia la particolarità della suddetta regola, in forza della quale il giudice delegato – e, dunque, l'autorità giurisdizionale ordinaria – si trova a svolgere un peculiare ruolo 'consultivo' in favore di un'autorità amministrativa (cfr. A. PEZZANO, M. RATTI, *Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni*, cit., p. 760, nt. 33, ove il rilievo per cui «[p]robabilmente l'A.G.O. è per la prima volta mero organo consultivo di un'autorità amministrativa, quantunque sarà sempre il giudice delegato a dover autorizzare la pregiudiziale – rispetto all'avvalimento – scelta del curatore di partecipare alla gara»).

esonerate invece (in generale) dall'art. 110 del Codice dei contratti pubblici, fatte salve le ipotesi soggette al potere regolatorio e autorizzativo attribuito ad A.N.AC.

1.4. (Segue): Il decreto c.d. 'Sblocca-cantieri' (d.l. n. 32/2019): un 'allineamento anticipato' al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Nell'anno 2019 il legislatore è intervenuto nuovamente sulla disciplina in materia di contratti pubblici attraverso il c.d. decreto 'sblocca-cantieri' (d.l. 18 aprile 2019, n. 32) con l'obiettivo di favorire – attraverso specifiche misure di semplificazione – la crescita economica e dare impulso al sistema produttivo del Paese, nonché (per quanto interessa maggiormente ai nostri fini) «[...] *far fronte ai problemi di coordinamento tra la disciplina del Codice dei contratti pubblici e le disposizioni normative in tema di fallimento, concordato preventivo, amministrazione controllata e liquidazione coatta amministrativa delle imprese, nell'ottica di fornire adeguata tutela alle attività imprenditoriali in momentanea sofferenza, garantendo, al contempo, la salvaguardia degli interessi erariali*»²⁶.

Nello specifico, il decreto di riforma ha anzitutto modificato l'art. 80²⁷ del Codice dei contratti pubblici, dedicato ai requisiti generali di partecipazione, sancendo l'esclusione dell'operatore economico che «[...] *sia stato sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo* », ovvero qualora « [...] *sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110 del presente codice e dall'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*» (co. 5, lett. b). A seguito della nuova formulazione, il perimetro dell'eccezione dalla causa di esclusione interessa le imprese che hanno presentato domanda di concordato preventivo, anche in 'bianco', e abbiano adempiuto all'obbligo di avvalimento 'rinforzato', nonché le imprese già ammesse al medesimo regime concorsuale.

In secondo luogo, il legislatore ha riformulato l'art. 110²⁸ del Codice, stabilendo le seguenti modifiche in tema di partecipazione alle procedure di gara e affidamento di contratti pubblici in favore di imprese in stato di crisi:

(i) l'eliminazione del parere del giudice delegato con riguardo alle fattispecie di esercizio del potere di A.N.AC. volto a imporre, al ricorrere di talune condizioni (i 'requisiti aggiuntivi' indicati nelle linee guida predisposte dalla medesima Autorità), l'obbligo di avvalimento 'rinforzato' alle imprese ammesse al concordato;

²⁶ Cfr., a commento, A. VALLEFUOCO, *La crisi di impresa e i contratti pubblici*, in M. CORRADINO (a cura di), *Gli appalti pubblici dopo la legge sblocca cantieri*, Milano, 2019, p. 193 e ss.

²⁷ Cfr. l'art. 1, co. 20, lett. o), n. 3, del d.l. n. 32/2019.

²⁸ Cfr. l'art. 2, co. 1, del d.l. n. 32/2019.

(ii) l'esclusione dal suddetto potere di imposizione in via amministrativa dell'avvalimento obbligatorio della fattispecie concernente le irregolarità nei pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti o nei versamenti contributivi (a titolo previdenziale e assistenziale).

Parallelamente, il decreto di riforma (d.l. n. 32/2019) è intervenuto altresì sulla legge fallimentare²⁹ per estendere la possibilità di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici anche alle imprese in regime di concordato 'liquidatorio' (all'art. 186-*bis*, co. 3, l. fall., infatti, è stato aggiunto il seguente periodo³⁰: «*[I]e disposizioni del presente comma si applicano anche nell'ipotesi in cui l'impresa è stata ammessa a concordato che non prevede la continuità aziendale se il predetto professionista attesta che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio*»).

In conclusione, le modifiche apportate dal decreto 'sblocca-cantieri' hanno consentito di anticipare – sul piano dell'efficacia temporale – le innovazioni previste dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14/2019), emanato nel mese di gennaio 2019 ma soggetto a una serie di differimenti dell'entrata in vigore per quanto concerne le disposizioni relative alla materia dei contratti pubblici³¹.

1.5. (Segue): Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14/2019) e Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016): la disciplina vigente

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14) è intervenuto su alcune disposizioni del Codice dei contratti pubblici, e segnatamente – per quanto qui rileva – sugli artt. 80 e 110, andando così a completare il processo di riforma già anticipato, sostanzialmente, dal decreto 'sblocca cantieri'.

Di talché, la vigente disciplina in tema di requisiti generali di partecipazione dispone (art. 80, co. 5, lett. b) l'esclusione dell'operatore economico che sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale, che si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo, ovvero nei confronti del quale sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una delle suddette situazioni, con eccezione – a valere quale deroga rispetto alla (più generale) fattispecie di esclusione – di quanto previsto dall'art. 95 del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza e dall'art. 110 del Codice dei contratti pubblici.

Il richiamato art. 95 del Codice della crisi è dedicato alle '*Disposizioni speciali per i contratti con le pubbliche amministrazioni*' e stabilisce che:

²⁹ Un'ulteriore modifica finalizzata al miglior coordinamento tra i due plessi normativi è stata disposta dall'art. 2, co. 4, lett. b), del d.l. n. 32/2019, attraverso l'abrogazione del co. 5, lett. b), dell'art. 186-*bis* l. fall. (vale a dire, la previsione dell'avvalimento obbligatorio e 'rinforzato' per l'impresa ammessa al concordato preventivo, la quale risultava – come si è detto – in palese contraddizione con l'art. 110 del Codice dei contratti pubblici).

³⁰ Cfr. l'art. 2, co. 4, lett. b), del d.l. n. 32/2019.

³¹ Cfr. l'art. 389, co. 1, del d.lgs. n. 14/2019, ove la previsione per cui «*[i]l presente decreto entra in vigore decorsi diciotto mesi dalla data della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, salvo quanto previsto al comma 2*»; termine, in seguito, prorogato più volte sino al 15 luglio 2022 (da ultimo, con d.l. 30 aprile 2022, n. 36).

(i) i contratti in corso di esecuzione, stipulati con le pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto del deposito della domanda di concordato, a condizione che il professionista indipendente ne attesti la conformità al piano – ove predisposto – nonché la ragionevole capacità di adempimento;

(ii) è possibile la partecipazione a procedure a evidenza pubblica successivamente al deposito della domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi previo ottenimento di un'espressa autorizzazione del tribunale o, a seguito del decreto di apertura, del giudice delegato acquisito il parere del commissario giudiziale. In ogni caso, insieme all'autorizzazione, l'impresa in stato di crisi dovrà depositare in sede di gara una relazione del professionista indipendente attestante³² la conformità al piano, ove già predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento del contratto pubblico³³.

A sua volta, l'art. 110 del Codice dei contratti pubblici è stato integralmente riscritto dall'art. 372, co. 1, lett. c), del Codice della crisi d'impresa. In sintesi, si confermano le modifiche già anticipate dal decreto 'sblocca-cantieri', andando a configurare il seguente quadro regolatorio (allo stato vigente):

(i) il curatore della procedura di liquidazione giudiziale, autorizzato all'esercizio dell'impresa, può eseguire i contratti già stipulati su autorizzazione del giudice delegato;

(ii) tra il momento del deposito della domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e l'emissione del decreto di apertura del concordato, la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici è possibile a condizione che l'impresa rispetti le sopra richiamate prescrizioni di cui all'art. 95 del Codice della crisi e ricorra all'avvalimento obbligatorio e rinforzato;

(iii) l'impresa ammessa al concordato preventivo non necessita dell'avvalimento dei requisiti di altro soggetto, salva la possibilità attribuita ad A.N.AC. di pretendere – anche in tal caso – l'attivazione dell'istituto dell'avvalimento obbligatorio e rinforzato laddove l'impresa non risulti in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'Autorità medesima dovrà individuare con apposite linee guida. In queste ipotesi,

³² Le suddette attestazioni, in precedenza disciplinate dall'art. 186-bis, co. 3, della l. fall., come è stato rilevato da F. FIMMANÒ, *I contratti pubblici nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2018, V, p. 612, «[...] non sono menzionate dal codice degli appalti non perché le ha abrogate ma in quanto si tratta di attività interna agli organi della procedura e vanno presentate al giudice delegato che deve autorizzare la continuazione dei contratti». Cfr., in giurisprudenza, Trib. Bolzano, Uff. Fall., 9 gennaio 2018, in *Il Fallimento*, 2018, V, p. 602 e ss., ove – dopo aver premesso l'analisi degli interessi specificamente tutelati dalle discipline fallimentare e in materia di contratti pubblici («a) la tutela del ceto creditore ed il miglior soddisfacimento dello stesso, su cui si fonda la legge fallimentare; b) la tutela della P.A. sotto il profilo dell'efficienza e celerità nell'esecuzione delle opere da essa commissionate, principi ispiratori espressi dall'art. 4 e su cui si fonda il Codice appalti») – si chiarisce che «[...] la normativa fallimentare richiede un *quid pluris* rispetto a quella disciplinante i rapporti con la P.A.: innanzitutto, la relazione di un professionista sulla conformità del contratto al piano e sulla ragionevole capacità di adempimento del debitore, e ciò senza dubbio a tutela del ceto creditore, che in caso di giudizio negativo, si vedrebbe gravato da ulteriori perdite e costi prededucibili, oltre che da voci di danno dovute alla risoluzione per grave inadempimento, anch'esse prededucibili; in secondo luogo, l'avvalimento, e ciò a tutela evidentemente non solo dell'interesse della P.A. ad un'esecuzione celere e senza soluzione di continuità, ma anche dell'impresa stessa e soprattutto del suo ceto creditore, che così non potrà essere esposto a richieste di risarcimento danni, sempre di natura prededucibile».

³³ L'art. 95, co. 5, del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza conferisce all'impresa in concordato la facoltà di partecipare alle procedure a evidenza pubblica nella forma del raggruppamento temporaneo di imprese, purché essa rivesta la qualità di mandataria e sempre che nessuna delle altre imprese aderenti al raggruppamento sia assoggettata a una procedura concorsuale.

la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti da parte dell'impresa ammessa al concordato sono subordinati all'avvalimento necessario 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, con contestuale impegno nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione per l'intera 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.

1.5.1. (Segue): L'art. 110 del Codice dei contratti pubblici come tentativo di 'sintesi' e di equilibrato bilanciamento tra interessi antagonisti

L'*excursus* normativo ha consentito di cogliere la pluralità degli interessi e delle esigenze che si 'intrecciano' nelle ipotesi di partecipazione di operatori economici in stato di crisi e di sofferenza economica alle procedure a evidenza pubblica.

Una siffatta situazione pone il legislatore e, nella fase attuativa, gli organi amministrativi e giurisdizionali coinvolti nella gestione degli strumenti di regolazione della crisi d'impresa e delle commesse pubbliche a operare in un contesto ove si incontrano (*rectius*, e più realisticamente, 'scontrano') una pluralità di interessi tutti astrattamente meritevoli di tutela.

In primo luogo, vi sono le istanze degli operatori economici che versano in situazioni di crisi e di insolvenza, i quali esprimono la pretesa al risanamento delle proprie realtà aziendali anche attraverso la partecipazione a procedure a evidenza pubblica: invero, l'affidamento di un contratto di appalto o di concessione può generare significativi flussi di ricavi utili a riportare '*in bonis*' l'impresa.

Tuttavia, parallelamente debbono essere altresì salvaguardate le esigenze dei creditori dell'impresa in concordato. Questa seconda categoria di soggetti, infatti, aspira alla soddisfazione delle rispettive ragioni di credito e, di conseguenza, può manifestare un interesse di segno contrario rispetto alla partecipazione (non assistita da adeguate garanzie) a nuove procedure a evidenza pubblica da parte dell'impresa debitrice; se non altro, al fine di scongiurare il rischio di un aggravio nella sofferenza patrimoniale laddove il nuovo contratto sia fonte di ulteriori passività (si pensi, a titolo di esempio, alle eventuali penali per i ritardi nell'esecuzione o alle altre forme di responsabilità per inadempimento dell'impresa aggiudicataria).

E ancora, un'importanza primaria riveste anche l'interesse pubblico – soggettivizzato in capo alla stazione appaltante – alla corretta esecuzione del contratto, a sua volta declinato nelle diverse regole di diritto positivo (europeo e nazionale) finalizzate alla selezione di un contraente affidabile e solido sul piano economico-finanziario; così come, parallelamente, l'interesse degli operatori economici 'terzi' che

intrattengono rapporti a rilevanza economica con l'impresa in concordato (*i.e.* fornitori, *sub*-fornitori o *sub*-appaltatori) a vedere remunerate le proprie prestazioni.

Un tentativo di sintesi e di ragionevole bilanciamento tra i suddetti interessi si ritrova, in esito a un progressivo (e 'tortuoso') percorso di riforme normative, nel vigente art. 110 del Codice dei contratti pubblici, e segnatamente nell'istituto dell'avvalimento obbligatorio e rinforzato, che – come si dirà *infra* – assume per l'appunto il ruolo di 'fulcro' del sistema cercando di coniugare le ragioni di *favor* per le soluzioni non liquidatorie della crisi d'impresa con la necessaria (e irrinunciabile) protezione dei compresenti (e, sovente, antagonisti) interessi pubblici e privati dei terzi che intrattengono rapporti con l'operatore economico in situazione di sofferenza.

2. Il c.d. avvalimento obbligatorio e 'rinforzato': un istituto di 'compromesso' tra esigenze contrapposte

Con l'espressione avvalimento obbligatorio e rinforzato ci si riferisce all'istituto, disciplinato dall'art. 110, co. 4 e 6, del d.lgs. n. 50/2016, attraverso cui l'ordinamento consente alle imprese in stato di crisi di partecipare, nel rispetto di specifiche condizioni normativamente imposte, a nuove procedure a evidenza pubblica. Si tratta, come già anticipato, di una figura giuridica di 'compromesso'³⁴ che consente all'impresa in stato di crisi di concorrere per l'aggiudicazione di un appalto o di una concessione (contribuendo, così, alla possibile salvaguardia del patrimonio e del c.d. '*know-how*' aziendale, oltreché della continuità occupazionale) garantendo, al contempo, gli interessi pubblici curati dalla stazione appaltante (ossia, come si è detto, la serietà nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto pubblico, senza trascurare le doverose istanze di protezione dell'intera 'filiera produttiva' coinvolta – a diverso titolo – dalla commessa).

La figura in esame si pone, dunque, quale '*species*' connotata da rilevanti peculiarità rispetto al più generale istituto dell'avvalimento *ex art.* 89 del Codice dei contratti pubblici³⁵.

Com'è noto, l'avvalimento³⁶ è lo strumento giuridico che consente a un operatore economico carente di requisiti di carattere 'oggettivo', prescritti dalla documentazione di gara come necessari a pena di

³⁴ In questi termini, molto chiaramente, T.a.r. Lombardia, Milano, sez. IV, 29 luglio 2020, n. 1462, ove la descrizione della normativa in commento nei termini di una disciplina «[...] *in qualche modo di compromesso, dovendosi contemperare due differenti esigenze; da una parte l'interesse prioritario dell'amministrazione ad ottenere prontamente ed efficacemente la prestazione oggetto dell'appalto o della concessione e dall'altra l'interesse dell'impresa richiedente il concordato a continuare la propria attività, a garanzia dei propri creditori e per la salvaguardia del patrimonio aziendale e dei lavoratori occupati*».

³⁵ Resta fermo che, per gli aspetti non specificamente regolati dalla disposizione speciale (*i.e.* l'art. 110 del d.lgs. n. 50/2016), alla figura in esame si applica la disciplina generale di cui all'art. 89 del Codice, relativa all'istituto dell'avvalimento inteso come '*genus*'.

³⁶ Sull'istituto cfr., *amplius*, i contributi contenuti nel volume collettaneo R.D. COGLIANDRO (a cura di), *L'avvalimento. Profili interdisciplinari*, Torino, 2022, cui si rinvia per ogni approfondimento, anche bibliografico e giurisprudenziale. Sulle specifiche differenze tra gli strumenti dell'avvalimento e del raggruppamento temporaneo di imprese, sia consentito

esclusione e attinenti alla capacità economico-finanziaria o tecnico-professionale, di soddisfare tale richiesta avvalendosi (in qualità, per l'appunto, di impresa c.d. ausiliata o 'avvalente') di singole risorse o capacità messe a disposizione da un altro soggetto (l'impresa c.d. ausiliaria o 'avvalsa'). Questo istituto, la cui *ratio* si lega al principio del c.d. *favor participationis* di matrice euro-unitaria³⁷, costituisce chiaramente una facoltà che permette – in ottica 'anti-monopolistica' – agli operatori economici di dimensioni più contenute (P.M.I.) di supplire alle eventuali carenze dei requisiti richiesti dalla '*lex specialis*', aumentando così la concorrenzialità delle procedure a evidenza pubblica. Qualora l'operatore economico, in sé considerato, risulti già in possesso dei requisiti prescritti per la partecipazione alla singola gara, questi non avrà interesse a stipulare un contratto di avvalimento (peraltro, di regola oneroso), ben potendo soddisfare i criteri di selezione per l'ammissione alla procedura a evidenza pubblica ricorrendo alla propria struttura aziendale.

A differenza della figura generale, connotata – come si è detto – dalla facoltatività, la *species* dell'avvalimento 'rinforzato' ex art. 110 del Codice dei contratti pubblici è invece contraddistinta dall'*'obbligatorietà'*³⁸: il che si giustifica in ragione della finalità eminentemente di garanzia³⁹, rivolta alla regolare esecuzione del contratto pubblico, che informa lo strumento in esame.

Si tratta, invero, di assicurare con certezza il subentro dell'impresa ausiliaria nella procedura a evidenza pubblica ovvero nell'esecuzione del contratto quale rimedio per far fronte all'eventuale sopravvenuta carenza di requisiti in capo all'ausiliata. Questa notazione consente di cogliere un tratto peculiare dell'istituto, ossia la sua tensione al 'subentro' in chiave esecutiva⁴⁰, a differenza del generale avvalimento facoltativo nell'ambito del quale l'esecuzione del contratto è riservata alla sola ausiliata, fermo restando l'eventuale subappalto in favore dell'ausiliaria nel limite dei requisiti prestati⁴¹.

rinvia a M. RENNA, S. VACCARI, *Raggruppamenti temporanei di imprese e avvalimento: relazioni giuridiche e principali criticità*, nel volume collettaneo *cit.*, p. 323 e ss., nonché in *Dir. ec.*, 2020, III, p. 181 e ss.

³⁷ Cfr. Part. 63 della Dir. 2014/24/UE rubricato – per l'appunto – '*Reliance on the capacities of other entities*'.

³⁸ Cfr. A. PEZZANO, M. RATTI, *Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni*, *cit.*, p. 764, ove si evidenzia che «[...] l'avvalimento prescritto per l'ambito concorsuale è un istituto sensibilmente diverso da quello ordinario perché il primo, a differenza del secondo, è obbligatorio per l'impresa in crisi ove questa aspiri a partecipare alla gara d'appalto». Cfr., altresì, M. BALLORIANI, *L'istituto dell'avvalimento nel codice dei contratti pubblici e nella legge fallimentare*, in L. D'ORAZIO, L. MONTEFERRANTE (a cura di), *Procedure concorsuali e diritto pubblico*, *cit.*, p. 594, ove si ricorre all'espressione di 'avvalimento necessario'.

³⁹ Cfr. V. DE SENSI, *Appalto pubblico e crisi d'impresa*, *cit.*, p. 631, ove si identifica nella disciplina relativa alla partecipazione alle procedure di gara delle imprese in regime di concordato preventivo «[...] un presidio di garanzia per l'esecuzione del contratto oggetto della procedura di affidamento in termini tali da renderlo compatibile con l'equilibrio complessivo e la fattibilità del piano concordatario anche ricorrendo all'istituto dell'avvalimento che in questo caso assume per così dire una veste concordataria».

⁴⁰ A tale riguardo, L. SADILE, *Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici*, *cit.*, p. 9, utilizza l'espressione 'avvalimento esecutivo', assimilando l'istituto in esame – sotto il profilo finalistico – alla figura della c.d. supplenza (sebbene l'avvalimento obbligatorio e rinforzato trovi applicazione anche in un momento temporale antecedente alla stipula del contratto, ben potendo il subentro dell'ausiliaria intervenire anche nel corso della procedura a evidenza pubblica).

⁴¹ Cfr. Part. 89, co. 8, del d.lgs. n. 50/2016, ove si dispone chiaramente che «[i]l contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati».

È evidente come ciò comporti una ‘duplicazione’ dei requisiti dichiarati in sede di gara. L’impresa ausiliata, in quanto ha manifestato una situazione di crisi e di insolvenza, è gravata dall’obbligo di ricorrere all’avvalimento in discorso anche laddove risulti già in possesso di tutti i requisiti economico-patrimoniali e tecnico-professionali prescritti per la qualificazione nella singola procedura di gara (di talché, in una situazione ordinaria, essa non avrebbe alcun interesse a valersi del ‘prestito’ di requisiti *ex art.* 89 del d.lgs. n. 50/2016 da parte di un operatore economico terzo). In altri termini, le esigenze di protezione degli ulteriori interessi pubblici e privati compresenti nella fattispecie impongono la doverosa attivazione dell’avvalimento, e per l’effetto la garanzia di un esecutore di ‘seconda istanza’ (l’impresa ausiliaria) autonomamente in possesso (per intero) dei requisiti prescritti dalla documentazione di gara.

La segnalata valenza ‘successoria’ dell’avvalimento obbligatorio e rinforzato ne giustifica l’inquadramento nel più generale schema giuridico della novazione soggettiva sottoposta a un meccanismo di subentro automatico dell’esecutore⁴². L’ausiliario, infatti, in quanto co-obbligato in solido con l’originaria impresa aggiudicataria, avrà un interesse all’immediata sostituzione onde evitare l’applicazione, da parte della stazione appaltante, di penali da ritardo o, comunque, richieste risarcitorie per gli eventuali danni *medio tempore* prodottisi⁴³.

3. L’incerto (e problematico) ruolo di A.N.AC. nell’implementazione della disciplina sull’avvalimento obbligatorio e rinforzato

Come si è già anticipato, l’art. 110, co. 6, del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) ha confermato la scelta di attribuire ad A.N.AC. il potere di imporre l’obbligo di avvalimento ‘rinforzato’ alle imprese già ammesse al concordato qualora le stesse non risultino in possesso di (non meglio specificati) ‘requisiti aggiuntivi’ rimessi alla determinazione della medesima Autorità per il tramite di apposite linee-guida.

Questa previsione mostra numerose criticità, come è stato peraltro osservato dalla stessa A.N.AC., la quale ha definito la suddetta attribuzione nei termini di una funzione dai ‘tratti inediti’⁴⁴.

In particolare, desta perplessità il conferimento di poteri di ‘amministrazione attiva’ a un soggetto il cui mandato dovrebbe attenersi esclusivamente a compiti di regolazione e vigilanza nella materia dei contratti

⁴² In proposito, L. SADILE, *Il concordato preventivo con continuità aziendale negli appalti e subappalti pubblici*, cit., p. 9, osserva come la relazione tra ausiliaria e ausiliata configuri una ‘fattispecie soggettiva unitaria’ che consente di evitare, per quanto possibile, il meccanismo di c.d. interpello progressivo degli altri partecipanti alla medesima procedura di gara per il completamento dell’esecuzione del rapporto contrattuale.

⁴³ In questi termini cfr. F. FIMMANÒ, *I contratti pubblici nel concordato preventivo*, cit., p. 612; e A. PEZZANO, M. RATTI, *Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni*, cit., p. 764.

⁴⁴ Cfr. l’atto di segnalazione n. 10 del 2 dicembre 2020, approvato dal Consiglio dell’Autorità con Delibera n. 1074/2020, p. 3, ove si afferma che l’art. 110 del d.lgs. n. 50/2016 «[...] attribuisce all’ANAC un peculiare ruolo, dai tratti inediti, richiedendo a quest’ultima di determinare con apposite linee guida “requisiti aggiuntivi”, che le imprese in concordato devono avere per evitare il cosiddetto “avvalimento rinforzato” previsto dalla disposizione in esame (comma 6)».

pubblici. In questo caso, invece, A.N.AC. risulta titolare di un potere impositivo di un obbligo (*i.e.* l'attivazione dell'avvalimento 'rinforzato' a pena di esclusione) i cui effetti limitano significativamente la libertà di iniziativa economica dell'operatore garantita dall'art. 41 della Costituzione⁴⁵. Il che, inoltre, rischia di generare delicati conflitti di competenze con le funzioni svolte dal giudice delegato, quale reale '*dominus*' nella gestione delle procedure di crisi, con potenziale incidenza negativa sulla solidità del piano di concordato e sulla garanzia della sua attuazione.

Ciò premesso, occorre di seguito dare conto delle principali problematiche che interessano i poteri attribuiti ad A.N.AC. dal vigente art. 110 del Codice dei contratti pubblici⁴⁶.

In primo luogo, si segnala come l'eliminazione del parere preventivo del giudice delegato (*i.e.* la locuzione 'sentito il giudice delegato' abrogata dal decreto 'sblocca-cantieri'), non possa che determinare – in concreto – un patologico difetto di coordinamento tra l'intervento di A.N.AC. e la procedura di concordato⁴⁷.

In secondo luogo, la disposizione in commento non reca alcun criterio direttivo idoneo a 'indirizzare' l'Autorità nel compito di elaborazione – con apposite linee-guida – dei c.d. requisiti aggiuntivi per determinare il sicuro esonero dell'impresa in stato di crisi dall'imposizione in via amministrativa dell'obbligo di avvalimento rinforzato. Non è dato comprendere, infatti, come la suddetta 'delega regolatoria' debba essere esercitata rispetto alle categorie di requisiti economico-finanziari e tecnici già identificati dall'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016, ossia se le linee-guida possano discostarsi da esse ovvero rappresentarne una mera declinazione in concreto. Inoltre, vi è chi ha ravvisato nella stessa previsione in generale di requisiti aggiuntivi un problema di 'superfetazione'⁴⁸ e di duplicazione rispetto al complesso degli adempimenti che informano le procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, dando luogo alle già segnalate criticità in punto di non coordinato concorso (e, dunque, possibile conflitto) con le funzioni svolte dall'autorità giudiziaria e dai professionisti indipendenti.

In terzo luogo, occorre riflettere intorno alla natura discrezionale ovvero vincolata del potere impositivo dell'obbligo di avvalimento rinforzato attribuito ad A.N.AC. Invero, la lettera dell'art. 110, co. 6, *cit.*, nella

⁴⁵ Cfr. l'atto di segnalazione n. 10/2020 *cit.*, p. 7.

⁴⁶ Per ogni ulteriore approfondimento, si rinvia all'atto di segnalazione n. 10/2020 *cit.*, p. 8 e ss.

⁴⁷ Inoltre, A.N.AC. si domanda (cfr. l'atto di segnalazione n. 10/2020 *cit.*, p. 8) in quale fase della procedura di concordato essa debba intervenire (pre-ammissione, ammissione o esecuzione), atteso il generico riferimento dell'art. 110, co. 6, del d.lgs. n. 50/2016 alle 'imprese in concordato' senza null'altro specificare.

⁴⁸ Cfr. la circolare Assonime n. 22 dell'11 dicembre 2019 ('*La nuova disciplina delle procedure di affidamento di contratti pubblici in caso di crisi d'impresa e di insolvenza*'), p. 18, ove si rileva che «[p]revedere "requisiti aggiuntivi" sarebbe una superfetazione rispetto all'attuale quadro giuridico attuale della procedura di concordato preventivo, basato su un ruolo di controllo forte dell'autorità giudiziaria sugli aspetti giuridici ed economici del piano, e su un complesso di valutazioni tecniche di professionisti indipendenti su ciascuna operazione prevista dal piano stesso, sottoposte ad un severo regime di responsabilità»; e inoltre che «[l]'intervento di ANAC nell'ambito di una procedura di concordato preventivo in cui il giudice, oltre ad aver ammesso il concordato ha anche autorizzato la specifica partecipazione dell'impresa alla gara, potrebbe [...] sollevare un conflitto tra poteri e rappresentare un serio rischio ai fini della valutazione del concordato da parte dei creditori».

parte in cui contiene la locuzione ‘può’, sembrerebbe far deporre per una fattispecie precettiva caratterizzata da un ambito valutativo non interamente predeterminato *ex ante*, ma rimesso alla decisione in concreto dell’amministrazione competente tra le due opzioni astrattamente valide (*i.e.* imposizione dell’avvalimento o esonero), quantomeno nell’accezione di una valutazione espressione di discrezionalità ‘mista’ (la quale tenga in debita considerazione gli elementi tecnico-fattuali insieme ai profili legati alla ponderazione di interessi).

In quarto luogo, e sul piano procedurale, il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) non precisa se A.N.AC. possa intervenire unicamente attraverso l’esercizio del potere regolatorio diretto all’emanazione delle linee-guida recanti i (più volte richiamati) requisiti aggiuntivi, ovvero debba accertare – caso per caso e su istanza della singola impresa in concordato – la sussistenza dei requisiti fissati dalle linee-guida e, in caso di loro difetto, sull’opportunità di imporre il ricorso all’avvalimento rinforzato per la partecipazione a una determinata procedura a evidenza pubblica⁴⁹.

Il suddetto interrogativo pone l’interprete dinanzi a due possibili (e alternative) soluzioni interpretative, entrambe fonte di criticità. Invero, ritenere che l’A.N.AC. sia gravata dell’obbligo di pronunciarsi su ogni singola istanza proveniente dalle imprese in regime di concordato comporterebbe un significativo aggravio sul piano organizzativo e funzionale per l’Autorità, tenendo peraltro in considerazione l’esigenza di rapida istruzione delle domande⁵⁰, pena altrimenti la lesione della pretesa dell’operatore economico a partecipare all’indetta procedura di gara⁵¹. La seconda ipotesi, invece, determinerebbe un’applicazione ‘diffusa’ delle linee-guida da parte delle singole stazioni appaltanti, potendo così generare difformità nella prassi applicativa oltreché dar luogo a contenziosi.

Da ultimo, e sempre sul piano procedurale, la disposizione in esame non chiarisce se il potere conferito ad A.N.AC. debba essere esercitato d’ufficio ovvero su impulso di parte. La prima tesi implica serie di difficoltà di coordinamento tra l’iniziativa riservata ad A.N.AC. e il rilascio dell’autorizzazione del giudice delegato in favore dell’impresa in stato di crisi; la seconda tesi, invece, richiede un’ulteriore riflessione

⁴⁹ Cfr. l’atto di segnalazione n. 10/2020 *cit.*, p. 8 e s.

⁵⁰ La questione, come è stato rilevato da A.N.AC. (cfr. l’atto di segnalazione n. 10/2020 *cit.*, p. 9), risulta ulteriormente aggravata dalla pluralità di adempimenti e di fasi che occorre espletare per consentire la partecipazione degli operatori economici in stato di crisi e di insolvenza. Occorre, infatti, permettere in sequenza «[...] - all’impresa concorrente di esaminare il bando e la *lex specialis* e inoltrare la richiesta di autorizzazione al giudice delegato e la relazione al professionista (articolo 186-bis della legge Fallimentare); - al professionista di attestare la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto; - al giudice delegato di autorizzare la partecipazione alla gara; - all’ANAC di avviare l’istruttoria protesa a valutare l’eventuale necessità dell’avvalimento rinforzato e concluderla con l’adozione del relativo provvedimento; - all’impresa concorrente di individuare, se obbligata dall’ANAC, un’impresa ausiliaria, e di presentare un’offerta consapevole e ponderata, che tenga conto anche dei costi dell’avvalimento rinforzato».

⁵¹ Si osservi, incidentalmente, che la questione risulta ancor più grave dal momento che le procedure per l’affidamento di contratti pubblici, a partire dai c.d. ‘decreti semplificazione’ diretti ad affrontare il contesto emergenziale correlato alla pandemia da Covid-19, e, in seguito, alle misure attuative del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza - PNRR, debbono svolgersi nel rispetto di tempistiche significativamente accelerate.

circa il soggetto eventualmente titolare del potere di iniziativa (*i.e.* la stazione appaltante, il giudice delegato o l'impresa concorrente).

Innanzitutto, la stazione appaltante dovrebbe essere del tutto ignara dell'eventuale interesse di un dato operatore economico a una procedura di gara, quantomeno sino alla presentazione della domanda di partecipazione. Quanto, invece, al giudice delegato, si tratterebbe senz'altro di una soluzione utile nell'ottica del complessivo coordinamento tra le fasi procedurali; ma v'è da considerare un preciso vincolo di diritto positivo: l'eliminazione della locuzione 'sentito il giudice delegato' dalla nuova versione dell'art. 110 del d.lgs. n. 50/2016. Sicché, non resta che accogliere la tesi secondo cui, laddove dovesse essere seguita la ricostruzione che ambienta l'esercizio del potere di A.N.AC. in un procedimento a istanza di parte, l'iniziativa spetti senz'altro all'impresa in stato di crisi e di insolvenza.

4. In conclusione: brevi riflessioni in merito alle ulteriori criticità dell'istituto e alle sue (possibili) prospettive di riforma

Il quadro di risulta che emerge dall'indagine condotta dimostra come l'incontro tra la disciplina concorsuale e la contrattualistica pubblica esprima una prevalenza delle misure amministrative con finalità 'preventiva' rispetto alle concorrenti istanze di 'flessibilità'⁵²: il che si traduce, con ogni evidenza, in forme di aggravio procedurale a carico delle imprese in difficoltà economica che intendano partecipare a nuove procedure di gare o ricevere subappalti⁵³.

Sennonché, in chiave critica, non si può non rilevare come l'art. 110, co. 6, del d.lgs. n. 50/2016 sottenda un'idea di regolazione giuridica di sostegno alle imprese in stato di crisi pensata per un contesto 'ordinario' di mercato; risultando non più adatto al diverso scenario macro-economico che connota l'attuale fase di crisi economica sistemica⁵⁴, che – come è noto – è originata dalla pandemia da Covid-19 e, più recentemente, dalle conseguenze su scala europea (e non solo) del conflitto russo-ucraino.

Non a caso, il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza⁵⁵, aveva condivisibilmente approvato il rinvio dell'entrata in vigore della nuova disciplina, giudicandola una «[...] scelta opportuna per evitare che il codice entri in vigore in un momento prossimo all'attuale emergenza sanitaria che, inevitabilmente, sta già causando pesanti ripercussioni sull'economia»; e suggerendo – per

⁵² In questi termini cfr. A.M. PERRINO, *Codice dei contratti e degli appalti pubblici e concordato preventivo con continuità aziendale: tra distonie, incongruenze e rischio di cortocircuito*, cit., p. 304.

⁵³ In siffatte ipotesi, si tende a imporre – con i limiti e le precisazioni descritte nel presente lavoro – il possesso di requisiti aggiuntivi prescritti da A.N.AC. in alternativa all'avvalimento obbligatorio e rinforzato.

⁵⁴ Notazioni di analogo tenore si rinvencono nell'atto di segnalazione di A.N.AC. n. 10/2020 cit., p. 6, ove si rammenta che la disposizione in commento (*i.e.* l'art. 110, co. 6, del Codice dei contratti pubblici) «[...] non risulta allo stato più allineata con lo spirito delle diverse misure intraprese dal legislatore e richieste dal mercato per far fronte alle conseguenze della crisi economica causata dalla pandemia Covid-19».

⁵⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. cons., 24 aprile 2020, n. 811.

l'effetto – l'opportunità di una riflessione circa l'individuazione di un regime giuridico *ad hoc* per «[...] la gestione delle crisi d'impresa derivanti dall'emergenza sanitaria, differenziando semmai il trattamento delle crisi economiche in cui le imprese si trovavano già prima dell'emergenza sanitaria da quelle derivanti dalla predetta emergenza».

Quanto evidenziato si colloca nel più generale approccio di politica del diritto che – nell'ottica di favorire la ripresa economica del Paese – stimola nuovi interventi di riforma dei procedimenti amministrativi secondo canoni (invero non nuovi) di semplificazione, razionalizzazione e speditezza. In disparte i non entusiastici esiti delle passate 'stagioni' della semplificazione amministrativa⁵⁶, e le correlate 'complicazioni di ritorno'⁵⁷, è comunque indiscutibile la farraginosità e la complessità applicativa che informa la vigente disciplina in tema di avvalimento obbligatorio e rinforzato⁵⁸.

Del resto, l'idea di un monito al legislatore per intervenire attraverso una (ulteriore e nuova) modifica dell'istituto è stata avanzata anche da A.NAC.⁵⁹, la quale ha suggerito di riformulare l'art. 110, co. 6, del d.lgs. n. 50/2016 al fine di eliminare le plurime criticità e – con l'occasione – realizzare un più equo bilanciamento tra i diversi interessi (pubblici e privati) compresenti.

L'occasione potrebbe essere offerta dal processo di riforma *in itinere* della disciplina nazionale in materia di contratti pubblici.

⁵⁶ Cfr., in argomento, quantomeno S. BATTINI, *Le politiche di semplificazione nell'esperienza italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, X, p. 450 e ss.; V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, III-IV, p. 617 e ss.; S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, III, p. 699 e ss.; G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, III, p. 655 e ss.

⁵⁷ Cfr. i fondamentali rilievi di A. TRAVI, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa*, in G. SALA, G. SCIULLO (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Napoli, 2017, p. 3 e ss. (oggi anche in ID., *Scritti scelti*, Napoli, 2022, p. 109 e ss.), secondo il quale – in chiave critica – «[...] in taluni casi la semplificazione [è] stata proclamata, più che adottata, e [ha] cioè assunto rilievo più come 'slogan' politico, che come obiettivo da perseguire meditatamente e coerentemente» (p. 8).

⁵⁸ Sempre sul piano della critica, vi è anche chi ha ravvisato (ci si riferisce al contributo partecipativo offerto dall'associazione di categoria ANCE in occasione della consultazione dei c.d. *stakeholders* sul primo schema di linee-guida A.NAC. per implementare la previgente disciplina di cui all'art. 110 del Codice dei contratti pubblici) un rischio di c.d. 'effetto-domino' che potrebbe innescarsi in conseguenza della partecipazione delle imprese in stato di crisi e di insolvenza al mercato delle commesse pubbliche. In altri termini, si evidenzia come un'impresa che versi in una situazione di difficoltà economica potrebbe – a 'cascata' – provocare la crisi di tutta la 'filiera' dei soggetti che intrattengono con essa relazioni commerciali. Di talché, secondo questa impostazione, ogni intervento normativo in chiave di liberalizzazione della partecipazione alle gare pubbliche di imprese in regime concorsuale darebbe origine a un fenomeno 'distorsivo' del mercato con effetti potenzialmente penalizzanti per le imprese c.d. *in bonis* (le quali, non disponendo di forme di protezione dei creditori analoghe a quelle previste per le procedure liquidatorie, subirebbero una disparità di trattamento lesiva del principio della c.d. *par condicio competitorum*).

⁵⁹ Cfr. l'atto di segnalazione di A.NAC. n. 10/2020 *cit.*, p. 9 e s., ove si evidenzia anche «[...] l'opportunità di riformulare la disposizione dell'articolo 110, comma 6, del decreto legislativo n. 50/2016, coordinandola con l'articolo 186-bis della legge n. 267/1942 e con l'articolo 95 del decreto legislativo n. 14/2019, nel senso di riconoscere al giudice delegato, che autorizza l'impresa in concordato a partecipare a nuove gare o a stipulare un contratto di subappalto, la facoltà di chiedere un parere ad ANAC nel caso in cui la documentazione presentata dall'impresa non garantisca la capacità della stessa di portare a termine regolarmente l'affidamento».

A tale riguardo, dall'esame dello schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici⁶⁰, l'istituto dell'avvalimento obbligatorio e rinforzato sembrerebbe del tutto 'scomparso'⁶¹; segno (forse) dell'accoglimento degli argomenti portati a critica della vigente normativa e di una più marcata centralità degli organi concorsuali, evitando così quella patologica duplicazione di oneri amministrativi⁶² che attualmente informa il modello – sul quale ci si è soffermati nel presente contributo – basato sul coinvolgimento attivo di A.N.AC.

Conclusivamente, qualora il suddetto 'progetto di Codice' dovesse entrare in vigore senza subire modifiche o integrazioni, l'istituto dell'avvalimento obbligatorio e rinforzato finirebbe per essere consegnato alla storia, dimostrando – una volta di più – la verità dell'insegnamento per cui basta *'un tratto di penna del legislatore e intere biblioteche vanno al macero'*⁶³.

⁶⁰ Ci si riferisce allo schema definitivo di Codice dei contratti pubblici del 7 dicembre 2022, predisposto in attuazione dei criteri direttivi di cui alla legge delega 21 giugno 2022, n. 78, e approvato, in esame preliminare, dal Consiglio dei Ministri in data 16 dicembre 2022.

⁶¹ L'art. 124 dello schema definitivo *cit.*, rubricato *'Esecuzione o completamento dei lavori, servizi o forniture nel caso di procedura di insolvenza o di impedimento alla prosecuzione dell'affidamento con l'esecutore designato'*, è dedicato alla sola 'fase esecutiva' del contratto pubblico e non contempla alcun riferimento a forme di avvalimento obbligatorio e rinforzato quali condizioni per il prosieguo dell'esecuzione da parte di operatori economici in stato di sopravvenuta crisi di impresa. Né alcuna menzione si ritrova nel restante articolato dello schema di Codice per quanto concerne la partecipazione a nuove procedure a evidenza pubblica da parte degli operatori economici in situazione di insolvenza.

⁶² Del resto, era già stato osservato (cfr. V. DE SENSI, *Appalto pubblico e crisi d'impresa, cit.*, p. 638) che l'«[...] aumento della sofisticatezza degli strumenti normativi, e [la] loro tendenza ad intrecciare diversi settori del diritto» può determinare un aumento significativo dei c.d. costi di transazione.

⁶³ Il riferimento è al celebre aforisma coniato da J.H. VON KIRCHMANN, e ripreso nell'opera (tradotta da P. Frezza) *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, in ID. - E. WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milano, 1964, p. 18.