

Il concordato preventivo con continuità aziendale: i contratti in essere e la partecipazione alle gare

**Art. 186-bis del R.D. 16 Marzo 1942, n.267 (Legge Fallimentare),
introdotto con il decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito
in legge 7 Agosto 2012, n. 134 (Decreto Crescita)**

**Studio Professionale
Massimo Urbani**
studiomassimourbani@gmail.com

Decreto Crescita

Misure urgenti per la crescita del Paese

DECRETO LEGGE 22 GIUGNO 2012, N. 83
CONVERTITO CON MODIFICAZIONI CON
LEGGE 7 AGOSTO 2012, N 134

(DECRETO CRESCITA O DECRETO SVILUPPO)

RECA UNA SERIE DI DISPOSIZIONI CHE
COINVOLGONO DIVERSE MATERIE TUTTE
CON L'OBIETTIVO DI **PROMUOVERE,**
STIMOLARE E SOSTENERE LA CRESCITA DEL
NOSTRO PAESE

Una riforma attesa

Molte sono state le istanze di operare una nuova riforma del concordato preventivo, per tutte si evidenziano:

Assonime - Rapporto sull'attuazione della riforma della legge fallimentare e sulle sue più recenti modifiche (aprile 2012)

*“... I risultati dell'indagine evidenziano come anche il nuovo concordato preventivo non sia utilizzato in modo efficiente. Occorre rendere vantaggioso per il debitore il ricorso al concordato, in modo da favorire il raggiungimento di una soluzione molto prima che l'attività cessi ed **evitando che l'istituto sia utilizzato con finalità esclusivamente liquidatorie.***

*... Appare necessario rendere ancora più vantaggioso l'istituto per l'imprenditore, al fine di accelerare la fase di avvio della procedura. Ciò potrebbe avvenire consentendo al debitore di **proteggere subito il patrimonio** e di presentare una **domanda di concordato, pur non completa** di tutta la documentazione necessaria per accedere alla procedura, riservandosi di depositare quest'ultima entro un termine stabilito dal giudice a seconda della complessità della vicenda.*

*... Appare, infine, necessaria l'introduzione di una **disciplina specifica per favorire i concordati con finalità di risanamento**, in modo da rendere effettivamente compatibile la procedura di concordato preventivo con la continuazione dell'attività aziendale in capo allo stesso titolare o a soggetti terzi...”*

Una riforma attesa

Determinazione AVCP n. 1 del 12 gennaio 2010

*“...Una differente valutazione deve essere effettuata nei confronti delle imprese sottoposte a concordato preventivo, alla luce dell’espresso riferimento all’istituto contenuto nell’articolo 38. Quindi, in aderenza alla lettera della legge, le imprese sottoposte a concordato preventivo non possono partecipare alle gare. De jure condendo, **si rileva l’opportunità di un ulteriore approfondimento della problematica**, anche alla luce della rivisitazione dell’istituto operata dal citato d.lgs. n. 5/2006, che sembra tesa a **valorizzare l’obiettivo della riattivazione dell’attività imprenditoriale**, in linea con quanto già avviene nel caso dell’amministrazione straordinaria...”*

Decreto Crescita

Capo III

Misure per facilitare la gestione delle crisi aziendali

Art. 33

Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale

Detta disposizioni di **modifica alla legge fallimentare** (R.D. 16 marzo 1942, n. 267) ed in particolare la disciplina prevista in tema di strumenti negoziali di superamento della crisi aziendale, con l'intento di consentire alle imprese in difficoltà un accesso più rapido alle procedure di risanamento. Entrato in vigore il **10 settembre 2012** (art. 33, comma 3).

Strumenti negoziali di superamento della crisi aziendale

Già con la recente **riforma della legge fallimentare** , operata in tre tempi dal **decreto legge 14 marzo 2005, n. 35** (recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale - convertito con la legge 14 maggio 2005, n. 80), dal **decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5** (recante riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali) e poi dal **decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169** (recante disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267), il legislatore aveva offerto alle imprese in crisi **tre strumenti di riorganizzazione** tra loro alternativi:

- concordato preventivo (artt. 160 ss.);
- piano attestato di risanamento (art. 67, comma 3, lettera d);
- accordo ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis).

Concordato preventivo

Il concordato preventivo si sostanzia in un procedimento giudiziale che necessita di un **accordo** tra l'imprenditore ed i suoi creditori, in forza del quale il primo, in stato di difficoltà economico-finanziaria, si obbliga a pagare, almeno parzialmente, i propri debiti proponendo un **piano** che contenga un progetto di risanamento dell'impresa in crisi.

Concordato preventivo

Il decreto Crescita ha apportato **fondamentali modificazioni all'istituto del concordato preventivo** disponendo, in particolare, che il debitore, insieme a tutta la **documentazione** già normativamente prevista, debba depositare anche un **piano** contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, corredato dalla **relazione di un professionista** indipendente che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.

Concordato preventivo

Con la **domanda di concordato preventivo**, da proporre con ricorso al Tribunale competente, il debitore presenta (art. 161, comma 2, L.F.):

- a) una **relazione sulla situazione** patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- b) uno **stato analitico ed estimativo** delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- c) l'**elenco dei titolari dei diritti reali o personali** su beni di proprietà o in possesso del debitore;
- d) il **valore dei beni e i creditori particolari** degli eventuali soci illimitatamente responsabili;
- e) un **piano** contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di **adempimento della proposta** (contiene gli elementi giuridici ed economici dell'accordo che l'impresa formula nei confronti dei creditori – cd. piano di concordato o di risanamento).

Il piano e la documentazione devono essere accompagnati dalla **relazione di un professionista**, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo (art. 161, comma 3, L.F.).

Concordato preventivo con continuità aziendale

**L'articolo 33, comma 1, lettera h), del
decreto crescita ha disposto
l'inserimento all'interno della legge
fallimentare dell'**art. 186 bis**
contenente la disciplina speciale in
esame applicabile solo nelle
particolari ipotesi previste.**

L'intenzione del legislatore del decreto crescita, stando almeno alle affermazioni di principio, è stata quella di **facilitare la gestione delle crisi aziendali favorendo la continuità aziendale**, disciplinando accanto ad un riformato concordato *liquidatorio* anche un nuovo concordato *con continuità aziendale*.

Concordato preventivo con continuità aziendale

Come previsto al **comma 1**, l'art. 186 bis si applica quando il **piano di concordato** di cui all'articolo 161, comma 2, lettera e), **prevede**:

- la **prosecuzione** dell'attività di impresa da parte del debitore;
- la **cessione** dell'azienda in esercizio;
- il **conferimento** dell'azienda in esercizio ad una o più società, anche di nuova costituzione.

Presupposto

Presupposto fondamentale della novella in esame è rappresentato dall'oggettiva **continuazione dell'attività imprenditoriale**, che si verifica non solo se l'attività prosegue in capo all'imprenditore in crisi, ma anche se l'azienda viene ceduta a terzi o conferita ad altra società.

Liquidazione beni non strategici

Il piano di concordato di cui all'articolo 161, comma 2, lettera e), può prevedere anche la **liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa**.

Pertanto, la nuova norma (**art. 186 bis, comma 1, ultimo periodo**) precisa che c'è continuità aziendale anche nelle ipotesi in cui il piano di concordato (o progetto di risanamento) preveda la liquidazione di beni non funzionali allo svolgimento delle attività, sulla base della considerazione che, di norma, la vendita di alcuni assets sociali non pregiudica lo svolgimento dell'attività imprenditoriale, purché non si tratti di beni strategici. Queste cessioni, che possono consentire di monetizzare e conferire nuova liquidità, potranno avvenire rimanendo fermi gli effetti anche nel caso di fallimento successivo.

Condizioni preliminari

Al fine di beneficiare del nuovo strumento, l'imprenditore in crisi dovrà **soddisfare entrambe le condizioni preliminari** elencate all'**art. 186 bis, comma 2**, ovvero:

- il **piano di concordato** (di cui all'art. 161, comma 2, lett. e), oltre a contenere la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, **deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività** d'impresa prevista dal piano di concordato, delle **risorse finanziarie necessarie** e delle relative **modalità di copertura**;

- la **relazione del professionista** (di cui all'art. 161, comma 3), oltre ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo, **deve attestare anche** che la **prosecuzione dell'attività d'impresa** prevista dal piano di concordato è **funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori**.

Presentazione della domanda

La domanda di concordato è comunicata al pubblico Ministero ed è pubblicata, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria (art. 161, comma 5).

L'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato, unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, **riservandosi** (domanda "con riserva") **di presentare la proposta, il piano e la documentazione** di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161, entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni (**in totale potenzialmente fino a sei mesi**) (art. 161, comma 6).

Deposito del ricorso

Dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di apertura della procedura il debitore può compiere gli **atti urgenti di straordinaria amministrazione** previa autorizzazione del Tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni; nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può compiere gli **atti di ordinaria amministrazione**. I crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili e quindi i fornitori sanno che non temono gli effetti di potenziali revocatorie ed hanno diritto di ricevere l'intero compenso delle forniture o delle prestazioni.

La pendenza della domanda

Fatta questa sintetica premessa sui tratti essenziali che conducono alla presentazione di una domanda di concordato preventivo con continuità aziendale, cui l'imprenditore ricorre quando è in stato di crisi o di insolvenza, e per venire ai **riflessi** di tale situazione con riferimento alla possibilità di **partecipare alle gare** e di **gestire i contratti** in essere, sorge un **primo problema**: la **semplice presentazione di una domanda** di concordato preventivo con continuità, ai sensi dell'art. 186-bis, anche con riserva, **può pregiudicare la partecipazione alle gare nelle more dell'ammissione al concordato o della dichiarazione di fallimento** (qualora l'imprenditore non venga ammesso alla procedura concordataria)?

La partecipazione alle gare nelle more dell'ammissione al concordato

La risposta si trova nell'**articolo 38, comma 1, lettera a)**, del Codice dei contratti pubblici, come modificato dal decreto crescita (**art. 33, comma 2**) proprio per tener conto della nuova forma di concordato: infatti, tale norma non contempla tra le cause di esclusione l'ammissione al concordato preventivo di cui all'art. 186-bis L.F. o la pendenza di una tale procedura, quale risulta essere la semplice presentazione della domanda di concordato, anche con riserva. Tale conclusione viene da una **interpretazione logica** della norma, che per come scritta potrebbe apparire ambigua:

La modifica all'art. 38, comma 1, lettera a)

“1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

*a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, **salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267**, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni; (...)*”

(in evidenza la modifica apportata dal decreto crescita)

Tutto ruota intorno alla differenza tra “in stato” ed “in corso” ... ma è ovvio che la nuova frase si riferisce sia alla situazione di stato sia alla pendenza del procedimento di ammissione!

La partecipazione alle gare nelle more dell'ammissione al concordato

Impedire la partecipazione in tale periodo transitorio, che, si ricorda, può durare da 2 a 6 mesi, potrebbe comportare il rischio di **danneggiare sempre di più l'impresa in crisi**, frustrando maggiormente le finalità conservative e soddisfattive del ceto creditorio, proprie della procedura in esame. Peraltro, come evidenzia l'art. 160, ultimo comma, L.F., la presentazione della domanda di concordato non presuppone necessariamente lo stato di insolvenza, ma più semplicemente lo stato di crisi aziendale.

Pertanto, si ritiene corretto ammettere alle gare le imprese che abbiano presentato la domanda di ammissione al concordato con continuità aziendale ed ancora in attesa di ammissione allo stesso, **senza imporre** in questa fase le condizioni e le documentazioni imposte alle imprese ammesse a detta procedura (v. oltre).

L'ammissione al concordato preventivo con continuità in corso di gara

Sorge un **secondo problema**: cosa accade se l'impresa viene **ammessa al concordato nel tempo intermedio** tra la domanda di partecipazione o presentazione dell'offerta e l'aggiudicazione provvisoria (quale candidato o concorrente) oppure, successivamente, tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto (quale aggiudicatario)?

La soluzione giuridicamente più logica e prudentiale è quella che vede l'**obbligo** per tale impresa di **produrre tutti i documenti previsti dalla novella** per le imprese ammesse al concordato in sede di partecipazione alle gare (v. oltre), se vuole proseguire nella gara o, meglio ancora, stipulare il contratto. In ogni caso, sarebbe **opportuno che le stazioni appaltanti disciplinassero specificamente tali passaggi** e detto obbligo di produzione documentale successivo nei **bandi** e nei **disciplinari di gara** con idonee clausole.

La partecipazione alle gare per le imprese **ammesse** al concordato preventivo con continuità aziendale

Il nuovo articolo 186 bis, **comma 4**, della L.F. prevede che **in caso di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale non è impedita la partecipazione alle procedure** di assegnazione di contratti pubblici, **a patto che** l'impresa presenti in gara la seguente **documentazione** e rispetti alcune **condizioni** in materia di raggruppamenti di imprese:

a) la relazione del professionista

In primo luogo, occorre presentare una **relazione** di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lettera d), L.F., **che attesti** la **conformità al piano** e la **ragionevole capacità di adempimento** del contratto oggetto della gara.

Il **professionista** (avvocato, dottore o ragioniere commercialista), designato dal debitore, deve essere indipendente (non legato all'impresa e senza interessi nell'operazione) ed iscritto nel registro dei revisori. Il ruolo che viene ad assumere l'attestatore nell'iter della norma è quindi di alto rilievo. L'introduzione del **reato di falso in attestazioni e relazioni art. 263 bis** propone un importante motivo di riflessione per i professionisti chiamati a svolgere tali incarichi ed a ponderare la gravità dei rischi assunti.

b) la documentazione di avvalimento

In secondo luogo, occorre presentare la **dichiarazione di un altro operatore economico**, quale **impresa ausiliaria**, in possesso di tutti i requisiti di carattere generale e speciale (di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione) richiesti per l'affidamento dell'appalto, con la quale **si impegna** nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per tutta la durata del contratto, le **risorse necessarie** all'esecuzione dell'appalto ed a **subentrare all'impresa ausiliata** nel caso in cui questa fallisca, nel corso della gara oppure dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia più in grado per qualsiasi ragione di dare regolare esecuzione all'appalto.

Si applica l'articolo 49 del Codice dei contratti e, di conseguenza, dovrà essere prodotta tutta la restante **documentazione prevista in materia di avvalimento** (anche qui importanza di avere un buon disciplinare di gara).

Ausiliaria forte e coraggiosa

Di certo, la figura dell'ausiliaria in questa nuova fattispecie di **avvalimento obbligatorio** è del tutto particolare:

- **deve possedere** tutti i requisiti di **capacità morale** previsti dall'art. 38, comma 1, del Codice (ma in tal caso, per la lettera a, non può essere fatto "salvo il caso" dello stato di concordato preventivo con continuità, non essendo possibile un avvalimento a cascata – v. per tutti: TAR Campania, Sez. I, n. 26798/2010; determinazione AVCP n. 2/2012 par. 3; TAR Lazio, Sez. III, n. 2169/2012; Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2508/2012 e Sez. III, n. 5161/2012);
- **deve possedere** tutti i requisiti di **capacità speciale** richiesti dal bando di gara, a prescindere dal fatto che l'impresa ausiliata in stato di concordato preventivo con continuità aziendale li possieda interamente ovvero ne sia carente in tutto o in parte;

Ausiliaria forte e coraggiosa

- **deve possedere** la certificazione di qualità, a prescindere dal fatto che la stessa sia richiesta dal bando di gara;
- **deve impegnarsi** verso l'ausiliata e verso la stazione appaltante non solo a **mettere a disposizione**, per tutta la durata del contratto, **tutte le risorse necessarie** all'esecuzione dell'appalto, ma anche a **subentrare all'impresa ausiliata** (ovviamente alle stesse condizioni anche se non c'è scritto!) nel caso in cui questa **fallisca** nel corso della gara, oppure dopo la stipulazione del contratto, ovvero per qualsiasi ragione **non sia più in grado** di dare regolare esecuzione all'appalto;
- **deve presentare** tutta la documentazione per il ricorso all'avvalimento prevista dall'art. 49 del Codice dei contratti, tenuto conto delle suddette disposizioni particolari;
- **può essere la mandataria o la mandante** dello stesso RTI in cui l'impresa ausiliata può essere solo una mandante (con attuazione del cd. avvalimento interno – v. determinazione AVCP n. 2/2012, par. 7) (art. 186 bis, comma 5, ultimo periodo).

Partecipazione in RTI o Consorzi

L'impresa **in stato** di concordato preventivo con continuità **può partecipare** ad una gara quale **impresa riunita** in raggruppamento temporaneo di imprese, ma **non può rivestire il ruolo di mandataria ma solo di mandante**, mentre le altre imprese non dovranno essere assoggettate ad una procedura concorsuale (**art. 186 bis, comma 5**).

L'impresa **in stato** di concordato preventivo con continuità **può partecipare** quale **impresa consorziata** di un consorzio ordinario o **essere indicata impresa esecutrice** di un consorzio stabile o di un consorzio di cooperative o di un consorzio di imprese artigiane; in ogni caso, resta l'onere di documentare il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del Codice e di presentare la documentazione prevista dall'art. 186 bis, comma 4.

Partecipazione in RTI o Consorzi

In buona sostanza, l'**obbligo** di presentare la documentazione prevista al comma 4 ed il **divieto** di ricoprire il ruolo di mandataria in un RTI, vale **solo per l'impresa che è stata ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale** e non anche per l'impresa che ha solo presentato la domanda ed è in attesa del relativo decreto di ammissione. Pertanto:

- se l'impresa viene ammessa al concordato con continuità nel corso della procedura (prima della stipula del contratto), **dovrà** presentare la documentazione di cui al comma 4 e **non potrà** essere mandataria di RTI (pena l'esclusione);
- se l'impresa è ancora in attesa del decreto al termine della procedura, **non dovrà** presentare la documentazione di cui al comma 4 e **potrà** essere mandataria di RTI; se vince la gara e stipula il contratto, in caso di successiva ammissione al concordato con continuità, la situazione ricadrà nel comma 3.

La dichiarazione sostitutiva in sede di gara (modulo di dichiarazione)

In attesa dei famosi **modelli standard** di dichiarazione sostitutiva dei requisiti di partecipazione di ordine generale (e speciale), da definire con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, acquisito l'avviso dell'AVCP (**art. 73, comma 2-bis**, del Codice dei contratti, introdotto dal decreto sviluppo di cui al d.l. n. 70/2011 convertito dalla legge n. 106/2011), si suggerisce quanto segue:

Modulo dichiarazione sostitutiva cause esclusione

(...)

a) dichiara che per l'impresa non sussiste la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i., ed in particolare che l'impresa **non si trova** in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi **sia in corso** un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni;

*(**Attenzione:** in caso di ammissione alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale o di semplice presentazione della domanda per detta ammissione, v. paragrafo x del presente disciplinare)*

OPPURE

Modulo dichiarazione sostitutiva cause esclusione

(...)

a) dichiara che per l'impresa non sussiste la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i., ed in particolare che l'impresa (*in alternativa – contrassegnare con x*):

non si trova 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;

Modulo dichiarazione sostitutiva

ha presentato domanda, con riserva senza riserva, per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, di cui all'articolo 186-bis del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare), depositando il ricorso in data --/--/2013 presso il Tribunale di _____ ed è in attesa del relativo decreto di ammissione: per tale motivo, l'impresa si impegna fin d'ora ad inviare immediatamente tutta la documentazione prevista dal citato art. 186-bis, comma 4, qualora il decreto di ammissione intervenga nel corso della presente procedura di gara;

*(**Attenzione:** contrassegnare con x se con o senza riserva e indicare la data di deposito del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo con continuità, nonché il Tribunale competente – per i documenti eventualmente da inviare in corso di gara v. paragrafo x disciplinare)*

*(**Attenzione:** si evidenzia che in caso di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale in corso di gara, l'impresa non potrà partecipare alla stessa in veste di mandataria di RTI e, se così fosse, il raggruppamento sarà escluso dalla procedura di gara)*

Modulo dichiarazione sostitutiva

si trova in stato di concordato preventivo con continuità aziendale, di cui all'articolo 186 bis del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, giusto decreto del Tribunale di _____ del --/--/2013: per tale motivo, **dichiara** di non partecipare alla presente gara quale impresa mandataria di un raggruppamento di imprese ed **allega** la documentazione prevista dal comma 4 del citato art. 186 bis ;

*(**Attenzione:** indicare il Tribunale competente e la data del decreto di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale - in tal caso inserire nella busta "Documentazione amministrativa", i seguenti documenti: a) relazione professionista; b) dichiarazioni avvalimento obbligatorio – v. paragrafo x)*

(...)

I contratti in corso di esecuzione

Le modifiche introdotte dal decreto crescita impattano fortemente anche sui **rapporti contrattuali** dell'impresa in crisi. Infatti, l'**art. 186 bis, comma 3**, prevede:

“3. Fermo quanto previsto nell’articolo 169-bis, 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. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L’ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all’articolo 67 ha attestato la conformità al piano 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. Il giudice delegato, all’atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni.”

I contratti in corso di esecuzione

Premesso che il nuovo **art. 169 bis** viene incontro all'esigenza del debitore di **liberarsi dei contratti gravosi**, ai quali, a volte, è addebitabile la crisi, per cui è ora consentita la possibilità per il debitore di chiedere lo scioglimento (o la sospensione) dal contratto (salvo indennizzo), il novellato art. 186 bis completa la disciplina dei contratti in essere stabilendo che **l'apertura della procedura di concordato preventivo con continuità non è di per sé causa di risoluzione** dei contratti pendenti, con inefficacia di tutte le clausole contrattuali contrarie.

Pertanto, a partire dal deposito del ricorso per il concordato preventivo in continuità è rimesso sempre e solo agli organi concorsuali stabilire se i contratti pendenti si sciolgono o meno, e solo nell'interesse dell'impresa e dei creditori.

I contratti pubblici in corso di esecuzione

La possibilità, per l'impresa che abbia presentato domanda di concordato preventivo con continuità, di sciogliersi anche dai **contratti pubblici** "in rimessa" può presentare qualche complicazione operativa nei casi in cui tale impresa in crisi sia **componente di un raggruppamento temporaneo di Imprese**.

In questi casi, la sorte del contratto pubblico può trovare una **disciplina, in via analogica, nell'art. 37, commi 18 e 19, del codice dei contratti**, parificando il venir meno (recesso) dal RTI dell'impresa in concordato con continuità al fallimento della mandataria o della mandante, a seconda dei casi.

I contratti pubblici in corso di esecuzione

Dunque, nel concordato preventivo con continuità aziendale, il nuovo art. 186 bis, comma 3, prevede espressamente che **la semplice apertura della procedura non è causa di risoluzione dei contratti, stipulati anche con PP.AA. (sono inefficaci eventuali patti contrari)** e non sono richieste altre condizioni o documentazioni.

Tuttavia, **la successiva ammissione a tale concordato** comporta che, **per la prosecuzione dei contratti pubblici sia presentata immediatamente**, a tutela del pubblico interesse, la **dichiarazione del professionista** designato che **attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento** dei contratti pubblici di cui l'impresa in crisi vuole la continuazione (situazione questa di cui può beneficiare anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano stati trasferiti) pena la risoluzione del contratto.

Legislatore distratto?

Occorre rilevare un **mancato coordinamento** tra il legislatore del decreto crescita e l'**art. 140 del Codice dei contratti pubblici** (come da ultimo modificato dal decreto sviluppo del 2011), qui riportato:

Art. 140. Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto

“1. Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento dell'appaltatore o di liquidazione coatta e concordato preventivo dello stesso o di risoluzione del contratto ai sensi degli articoli 135 e 136 o di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 11, comma 3, del d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 (dal 13 febbraio 2013: art. 94, comma 2, del d.lgs. n. 159/2011), potranno interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori. Si procede all'interpello a partire dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta, fino al quinto migliore offerente, escluso l'originario aggiudicatario.

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

Legislatore distratto?

Sembra che il legislatore del decreto crescita abbia dimenticato di inserire al citato **art. 140 del Codice dei contratti** la stessa frase inserita all'art. 38, comma 1, lettera a), dello stesso Codice **“salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267”**; infatti, le stazioni appaltanti non potranno interpellare i concorrenti in utile graduatoria senza aver prima lasciato all'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale la **facoltà di proseguire nel rapporto contrattuale**, pur se alle condizioni poste dall'art. 186 bis, comma 3.

Legislatore distratto?

E ancora, sempre con riferimento al citato art. 140, le stazioni appaltanti dovranno verificare se lo stato di fallimento riguardi un'impresa che abbia partecipato alla gara in situazione di concordato preventivo con continuità, poiché in tal caso **il subentro (obbligatorio) dovrà riguardare l'impresa ausiliaria** (in virtù del **nuovo avvalimento con impegno al subentro**), senza poter procedere all'interpello delle imprese poste in graduatoria utile, fino al quinto miglior offerente.

Bisognerà modificare anche l'art. 140!

La moratoria per i pagamenti

L'art. 186 bis, comma 2, lettera c), dispone che:

“il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto”.

Il legislatore ha, così, parificato il pagamento integrale, entro un anno dall'omologazione, alla soddisfazione integrale.

Rilascio del DURC ad imprese in concordato preventivo in continuità

Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, in risposta all'**interpello n. 41 del 21 dicembre 2012**, chiarisce che l'azienda ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale può ottenere il **rilascio del DURC** qualora ricorra la condizione di cui all'art. 5, comma 2, lettera b), del D.M. 24 ottobre 2007, secondo il quale ***“la regolarità contributiva sussiste inoltre in caso di sospensione di pagamento a seguito di disposizioni legislative”***, cioè nell'ipotesi in cui il piano, omologato dal Tribunale, contempli l'integrale assolvimento dei debiti previdenziali e assistenziali contratti prima della attivazione della procedura concorsuale.

Rilascio del DURC ad imprese in concordato preventivo in continuità

Gli Enti previdenziali potranno attestare inoltre la regolarità contributiva ai sensi del citato art. 5, comma 2, lettera b), solo qualora lo specifico piano di risanamento preveda la c.d. moratoria indicata dall'art. 186 *bis*, comma 2, lettera c), ed esclusivamente per un periodo non superiore ad **un anno** dalla data dell'omologazione.

Trascorso detto periodo, infatti, la sospensione cessa di avere effetto e l'impresa, in mancanza di soddisfazione dei crediti assicurativi e previdenziali, deve essere "attestata" come irregolare (DURC negativo).

Conclusioni

La nuova norma esaminata introduce una disciplina abbastanza completa del concordato preventivo con continuità aziendale, già ammesso nella prassi ma privo della necessaria regolamentazione, che richiede una procedura caratterizzata dalla prosecuzione dell'attività imprenditoriale, non perseguendo fini liquidatori dell'attività aziendale, ma, a somiglianza della pregressa e abrogata amministrazione controllata, mira a soddisfare i creditori, in tutto o in parte, mediante la conservazione della prospettiva di continuità aziendale, utilizzando proprio il *cash flow* generato dalla prosecuzione dell'attività di impresa ed il contestuale raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario della società, attraverso il risanamento dell'impresa.

Conclusioni

Inoltre, al di là del lodevole intento del legislatore di facilitare l'assunzione di nuovi contratti pubblici, non è immediatamente agevole immaginare **perché** un altro imprenditore (l'ausiliaria forte e coraggiosa), spesso un concorrente della stessa concordataria, dovrebbe assumere siffatti gravosi impegni. Come sempre, la pratica ci dirà se la nuova disposizione sia o meno destinata a trovare concreta e diffusa applicazione nel sistema delle procedure di gara.

Infine, come sopra rilevato sembra opportuno un intervento del legislatore per coordinare alcune norme del Codice dei contratti al nuovo concordato preventivo con continuità aziendale qui esaminato.