



20 OTTOBRE 2021

Imprese in crisi e gare pubbliche: la
natura poliorcetica della libertà di
iniziativa economica e del principio
della concorrenza

di Stefano Vinti

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Sapienza – Università di Roma

Imprese in crisi e gare pubbliche: la natura poliorcetica della libertà di iniziativa economica e del principio della concorrenza*

di Stefano Vinti

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Sapienza – Università di Roma

Abstract [It]: In questo saggio si analizza un profilo peculiare che riguarda la disciplina dei contratti pubblici. Partendo dallo studio del rapporto tra imprese in crisi e procedure per l'affidamento dei contratti della P.A., e in particolar modo dall'analisi del concordato con "riserva" o c.d. in bianco in rapporto al tema della partecipazione alle gare, lo studio si concentra non tanto sull'esegesi delle norme coinvolte e sull'analisi della giurisprudenza relativa all'evoluzione del dato positivo – pure considerate nell'indagine – ma sulla verifica del complesso dei valori costituzionali (sul loro confronto, sul bilanciamento tra interessi sottostanti, sulle tendenze degli ultimi anni) che nel tempo hanno ispirato le varie scelte legislative nel rapporto tra crisi d'impresa e appalti pubblici. L'indagine mira, così, a far emergere il "dialogo" e la riscontrata contrapposizione tra esigenze diverse (salvaguardia dell'iniziativa economica privata versus efficienza delle gare pubbliche), dimostrando come l'eterogenesi dei fini sia fenomeno sempre più presente nella regolazione delle commesse pubbliche, oggi, la forma più importante di intervento dei Paesi occidentali nell'economia. L'analisi si concentra anche sui modelli amministrativi coinvolti dal "confronto", la cui configurazione farebbe notare talune crepe nella tradizionale distinzione tra poteri dello Stato.

Abstract [En]: In this essay, a peculiar profile concerning the discipline of public contracts is analysed. Starting from the study of the relationship between companies in crisis and procedures for the award of public contracts, the study focuses not so much on the exegesis of the rules involved and on the analysis of case law relating to the evolution of positive data - also considered in the survey - but on the verification of the set of constitutional values (on their comparison, on the balancing of underlying interests, on the trends of recent years) that over time have inspired the various legislative choices in the relationship between business crisis and public contracts. The survey thus aims to bring out the "dialogue" and the contrast between different needs (safeguarding private economic initiative versus the efficiency of public tenders), demonstrating how the heterogenesis of aims is an increasingly present phenomenon in the regulation of public procurement, today the most important form of intervention of Western countries in the economy. The analysis also focuses on the administrative models involved in the "confrontation", the configuration of which would reveal certain cracks in the traditional distinction between State powers.

Parole chiave: iniziativa economica privata; imprese in crisi; eterogenesi; gare pubbliche; appalti pubblici

Keywords: private economic initiative; companies in crisis; heterogenesis; public tenders; public contracts

Sommario: 1. Introduzione. 2. I primi contatti: iniziativa economica e interesse pubblico (quasi un'endiadi). 3. L'avvento del Codice dei contratti pubblici e il riposizionamento dell'interesse della collettività. 4. Il tentativo di ricucire i rapporti: la continuità aziendale come barometro della crisi d'impresa. 5. Il Codice della crisi d'impresa e la mediazione tra valori costituzionali. 6. Il contrappunto della giurisprudenza: breve *excursus*. 7. I profili ricavabili dalla sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2020. 8. Il confronto (sottinteso) tra principi costituzionali nelle Adunanze Plenarie del Consiglio di Stato nn. 9, 10 e 11 del 2021. 9. Alcune considerazioni conclusive.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Introduzione

Indagare il tema del rapporto tra imprese in crisi e procedure per l'affidamento di contratti pubblici, al di là della disciplina della materia - contenuta principalmente negli artt. 161, 186 *bis* della legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267), negli artt. 48, 80 e 110 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 18 aprile 2016, n. 50) e, quando entrerà in vigore la riforma sulla crisi di impresa, negli artt. 95 e 372 del Codice della crisi di impresa (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)¹ – significa molte cose.

Innanzitutto, vuol dire analizzare l'origine e l'evoluzione di un confronto tra valori costituzionali (di cui le norme suddette sono attuazione) spesso in tensione tra loro, solo in parte capaci di provare “simpatia”², nell’accezione greca del termine “*sympatheia*”, gli uni per gli altri e pertanto di condividere (reciprocamente) il pathos, la sofferenza, l’intima finalità che li ispira.

I valori coinvolti, buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Costituzione), per un verso, e libertà di iniziativa economica (art. 41 Costituzione) e tutela della concorrenza (ricavabile dalla formulazione dell’art. 117, comma 2, lett. a della Costituzione dopo la riforma del 2001), per l’altro, si sono confrontati, in *subiecta materia*, in forme nuove, per nulla epigonali di esperienze del passato³.

In tal senso, basti pensare alla procedimentalizzazione dell’autorizzazione chiesta al tribunale fallimentare per poter partecipare alla gara pubblica (nel caso di domanda di concordato in bianco, detto anche con “riserva”), assenso di natura “amministrativa” più che giurisdizionale (almeno fino al decreto di ammissione *ex art.* 163 legge fallimentare), che pone alcune questioni in merito al suo (eventuale)

¹ Sull’entrata in vigore del Codice della crisi di impresa si v. *infra*, par. 5.

² Si tratta di parola composta da $\sigma\upsilon\nu + \pi\acute{\alpha}\sigma\chi\omega$ ($\text{syn} + \text{pascho} = \text{συμπάσχω}$), letteralmente “patire insieme”, “provare emozioni con...”.

³ Sul problema, in particolare, del mercato nella Costituzione, G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in “*Quaderni Costituzionali*”, 1992, I, 7; A. PACE, *L’iniziativa economica privata come diritto di libertà. Implicazioni teoriche e pratiche*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. II, Milano, 1992, 1593. G. OLIVIERI, *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 4/1, 509-533. Sulla disciplina del mercato e della concorrenza, G. AMATO, *Corte costituzionale e Concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2017, 3, 425-434. Invece, sulla costituzione in generale, si rinvia a: A. AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948; V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; P. CALAMANDREI, A. LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1960. M. AINIS, *Diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2000. N. IRTI, *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova costituzione economica)*, in *Giur. It.*, 1997, 6, 1022 ss. spiega che: “La libertà d’iniziativa economica non contiene in sé il principio di concorrenza. La libertà - chiarisco con una metafora - è una figura verticale; la concorrenza, una figura orizzontale. L’una indica sfere di azione, protette contro lo Stato; l’altra indica rapporti tra imprenditori, cioè tra soggetti che esercitano, od hanno esercitato, la libertà d’iniziativa economica. Né varrebbe replicare che eguali libertà d’iniziativa economica fanno la concorrenza, poiché l’eguaglianza esprime un’identica protezione verso lo Stato, ma nulla dice circa i rapporti tra coloro che esercitano la libertà. Il vero è che la Carta repubblicana ignora l’economia di mercato, e, dunque, non contempla né relazioni vicendevoli tra imprenditori né relazioni tra imprenditori e consumatori. «Non a caso - ha notato Giuliano Amato - il monopolio non è visto come un male in sé, ma come un male solo in quanto privato, giacché, ove esso vi sia, l’unico rimedio che la Costituzione prevede è quello di renderlo pubblico». Allo sguardo dei «padri fondatori» la concorrenza doveva apparire un affare privato, per il quale era utilizzabile il codice civile: ossia la disciplina degli atti di concorrenza sleale, dettata dagli artt. 2598-2601. Ed anche al codice civile, che regola l’efficacia delle condizioni generali di contratto, venivano lasciati i rapporti tra imprenditori e consumatori. Il mercato non riceve né garanzie né tutele costituzionali; esso, quando c’è, viene consegnato alla disciplina del codice civile. Ad un regime, normativamente inferiore, che non tocca la concezione organica dell’economia nazionale. Il diritto della concorrenza e degli scambi appare, appunto, come un diritto privato, immeritevole di sostegno e di protezione costituzionale”.

sindacato da parte della stazione appaltante (e quindi sulla riserva di libera amministrazione della pubblica amministrazione)⁴; ovvero, al profilo dell'organizzazione dell'imprenditore economico - la cui libertà è salvaguardata sempre dall'art. 41 Cost. - che subisce le ingerenze (e le limitazioni) poste dall'art. 97 Cost. se a ricorrere alla procedura del concordato con riserva (art. 161, comma 6 legge fallimentare) sia la mandante, la mandataria o un'impresa che concorra in forma singola.

La tensione tra norme finalizzate al recupero del valore per l'impresa in crisi e alla continuazione dell'azienda in difficoltà, che privilegiano soluzioni sempre più concordate con i creditori (in grado di limitare la dispersione della ricchezza), e disposizioni volte, viceversa, a salvaguardare l'interesse della collettività (e quindi di tutti) alla scelta della migliore offerta nell'affidamento di un contratto pubblico, che sia in grado di assicurare il compimento dell'opera, del servizio o della fornitura (evitando pure la perdita di ingenti risorse finanziarie nell'ipotesi di procedure bandite per l'attuazione dei piani nazionali di "ripresa e resilienza"), è anche manifestazione eloquente del confronto tra regimi giuridici (con relativi valori costituzionali sottostanti).

Questi, in continua interazione e integrazione, si contendono - incessantemente - spazi e "margini di manovra", in ciò alimentati dagli *input* della società del nostro tempo (che ruotano, in definitiva, intorno a due poli: Stato e mercato)⁵.

Tuttavia, il tema del rapporto tra imprese in crisi e procedure per l'affidamento di contratti pubblici è anche terreno fertile per verificare l'operatività di un altro fenomeno tipico del nostro tempo: il decostruttivismo giuridico⁶.

L'ibridazione delle procedure (in questo caso del procedimento per l'affidamento di un contratto pubblico a cui partecipa un'impresa che ricorre alle fattispecie degli artt. 161, comma 6 e 186 *bis* r.d. n.

⁴ Sul tema, anche in chiave comunitaria, M.P. CHITI, *La burocrazia tra nomorrea e anomia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 3, 326. Si v. anche E. CARUSO, *Principio di libera amministrazione, "in house providing" e cooperazione fra amministrazioni. Brevi riflessioni a partire da Corte cost. n. 65 del 2019 sul sistema idrico integrato della Regione Sardegna*, in *Le Regioni*, 2019, 3 775 ss. Si v. pure il testo di F. GORGERINO, *Problemi attuali della "riserva di amministrazione": il caso delle leggi-provvedimento regionali in materia ambientale*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 6, 595 ss. Invece, sull'evoluzione della disciplina degli appalti pubblici e sull'impatto del diritto europeo con l'emersione dell'interesse all'apertura alla concorrenza, si cfr. S. SIMONE, L. ZANETTINI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in L. FIORENTINO, a cura di, *Lo Stato compratore*, Bologna, 2007, 119 ss. Più di recente, si v. il saggio di M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 71 ss.

⁵ In generale, sui rapporti Stato-mercato, si rinvia alla bibliografia contenuta nel fondamentale testo di S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2003, 312. Come è stato evidenziato da M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001, 39-40: "il mercato riceve anche una connotazione di tipo «ideologico»: venendo inteso, talora, come un mero strumento; talora, come un valore in sé; e, talora, le due cose insieme. Sicché la massimizzazione dell'utilità del consumatore e del profitto dell'impresa convergono nel costituire, al tempo stesso, tanto un insostituibile strumento di efficienza del sistema economico, quanto l'espressione di una libertà individuale: in un caso, il mercato viene assunto come regola, che ordina (e organizza) i processi economici; nell'altro, poi, esercita pervasivamente una forza «conformativa» sulla società, fino ad acquisire il connotato dell'eticità". Sempre di S. CASSESE si v. anche *La costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 6, 907 ss.

⁶ Su tali profili, sia consentito rinviare a: S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo: decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, 2014. Si v. pure le considerazioni di L. TORCHIA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 3, 324.

267/1942) ci ricorda pure che la qualificazione normativa (presa da sola) non è più sufficiente per assegnare, ad esempio, alla fase di gara natura di segmento retto soltanto dai principi del diritto pubblico (senza intervento dei valori sottesi al diritto del mercato o comunque al diritto privato)⁷.

La dimensione relazionale – pure con le eventuali ipotesi di convergenza – non può ritenersi, come è stato già correttamente evidenziato: “... *eretica in un contesto in cui, anche a livello gnoseologico, sempre più si diffonde un modo di pensare che va oltre le scelte binarie, superandosi così il principio della logica classica del tertium non datur*”⁸.

Gli indici rivelatori usati dalla giurisprudenza come indizi per la ricostruzione della natura di un procedimento si moltiplicano e si mescolano a tal punto da perdere - in diversi casi - di significato. E, del resto, è stato rilevato che “*quando abbiamo concepito l'isola perfetta, niente assicura che esista*”⁹.

In assenza di un ordine prestabilito e percepibile a priori “sfuma”, di conseguenza, la presunzione di applicabilità di un determinato (e unico) “statuto” giuridico alla gara per l'affidamento di contratti pubblici alla quale partecipano aziende in crisi, con le naturali implicazioni che ciò comporta, tra cui - nella prospettiva dello studioso - la necessità di ricorrere alla logica per rimediare al *visus lacunoso*¹⁰.

2. I primi contatti: iniziativa economica e interesse pubblico (quasi un'endiadi)

Il legislatore, dopo le prime esperienze applicative delle riforme del 2006 e del 2007 (rispettivamente d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169) in materia di fallimento e altre procedure concorsuali, si è reso ben presto conto che per favorire la continuità aziendale - valore sotteso a ogni discussione sulla partecipazione delle aziende in crisi alle gare pubbliche - sarebbe stato necessario predisporre dei meccanismi idonei a consentire l'accesso alle pubbliche commesse (nonostante la crisi) e

⁷ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, 2001, Bologna, 194, evidenzia che diritto pubblico e diritto privato sono criteri formali “*che nulla dicono circa l'estensione delle due distinte partizioni del diritto: quali interessi siano «particolari» e, perciò, materia di rapporti tra privati e quali, invece, «generalisti», legittimanti l'azione dei pubblici poteri. Si denuncia, anzi, l'impossibilità di una distinzione basata su criteri sostanziali; ci si limita, sotto questo aspetto, a due considerazioni: la prima è che la separazione pubblico-privato, quale che sia l'area rispettiva delle due partizioni, è una separazione irriducibile, come è irriducibile, nella nostra civiltà, la separazione fra Stato e società civile; la seconda considerazione è che il confine fra le due aree è, storicamente, mutevole, e che la tendenza è nel senso della progressiva espansione del diritto pubblico a spese del diritto privato*”. Sulla questione, si v. le fondamentali pagine di S. PUGLIATTI, (voce) *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 697 ss.

⁸ S. FANTINI – H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2017, 68.

⁹ F. CORDERO, *La tredicesima cattedra*, Milano, 2020, 445.

¹⁰ A tale fenomeno ha contribuito, probabilmente, anche la legislazione comunitaria e soprattutto il processo di integrazione amministrativa europea. Sul tema, per tutti, si cfr. E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003. Sull'argomento si cfr. pure C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 5, 1037-1059 e C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 3, 651-682. Si v. pure il testo di L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006. Inoltre, R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni nel processo d'integrazione dello Stato nazionale italiano e dell'Unione europea*, in *Istituzioni del federalismo*, 2016, 4, 997-1033. S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 5, 1135-1142. S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1, 35-52.

a mantenere “vivo” il contratto nel momento in cui lo stato di sofferenza fosse emerso in fase di esecuzione dell'appalto.

Questo perché le imprese che hanno - nel loro portafogli - commesse della pubblica amministrazione sono probabilmente più in grado (se la macchina burocratica onora i suoi debiti con regolarità o dignitoso ritardo) di garantire la continuità aziendale, valore da cui non si poteva e non si può prescindere (soprattutto oggi in tempi di crisi sistemica)¹¹.

Pertanto, l'art. 38, comma 1, lett. a del Codice allora vigente, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che stabiliva: “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, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni ...”, per effetto dell'art. 33, comma 2 d.l. 22 giugno 2012, n. 83¹², veniva modificato nel seguente modo: “... 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 [il caso cioè dell'ammissione al concordato con “continuità aziendale”], o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”¹³.

Del resto, lo strumento del concordato con continuità aziendale (e cioè l'art. 186 bis legge fallimentare) veniva introdotto proprio dal medesimo decreto legge (art. 33, comma 1, lett. h), il quale ne disciplinava caratteristiche e peculiarità¹⁴.

Con lo stesso d.l. n. 83/2012 (art. 33, comma 1, lett. b, n. 4) venivano introdotti, all'art. 161 legge fallimentare, una serie di commi (dopo il quinto) che disciplinavano la figura del concordato c.d. in bianco o con “riserva”, cioè lo strumento attraverso cui l'imprenditore poteva (e può) depositare (al tribunale fallimentare) un ricorso contenente una domanda di concordato, avente un contenuto minimo, riservandosi di procrastinare il termine per la presentazione del piano e della proposta di concordato. Ciò

¹¹ In tal senso, si v. L. D'ORAZIO, *Il concordato in bianco della mandataria di RTI tra Corte di giustizia UE e Corte costituzionale*, in *Fallimento*, 2020, I, 108 ss.

¹² D.l. 22 giugno 2012, n. 83 “Misure urgenti per la crescita del Paese”, in G.U. 26 giugno 2012, n. 147, conv. con mod. dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, art. 1, comma 1.

¹³ Sul tema del concordato nelle gare pubbliche, in generale, si rinvia al saggio di M.B. CHITO, *L'istituto del concordato in continuità nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Riv. trim app.*, 2020, 2, 537 ss. Si v. pure F. FIMMANÒ, *I contratti pubblici nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2018, 5, 611 ss.

¹⁴ Sul concordato con continuità aziendale, per una prospettiva di diritto fallimentare, D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale, “absolute priority rule e new value exception”*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2014, 3/2, 331-357. L.A. BOTTAI, *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, 2012, 8, 924; G. LO CASCIO, *Concordato preventivo: incerti profili interpretativi*, in *Il Fallimento*, 2012, 1, 5. Si cfr. pure R. VIVALDI, *La continuità azienda al tempo dell'emergenza: un'illusione o una sfida?*, in *Il Fallimento*, 2020, 10, 1215.

in modo da anticipare i tempi di emersione dalla crisi e beneficiare (pure) degli effetti protettivi di cui all'art. 168 legge fallimentare nei confronti delle iniziative di terzi¹⁵.

Serviva, però, un (ulteriore) coordinamento tra queste innovazioni e la disciplina degli appalti pubblici. Infatti, le prime interpretazioni del giudice amministrativo avevano manifestato più di una perplessità circa l'estensione della disciplina (di favore) prevista per il concordato con continuità aziendale all'ipotesi del concordato in bianco, data la sua natura intrinsecamente incerta (dato che fino alla presentazione del piano e della proposta di concordato, da vagliarsi da parte del giudice per l'ammissione, non era possibile sapere - e non ancora possibile sapere - se il concordato avrà natura liquidatoria o meno)¹⁶.

Ecco, quindi, che, per effetto del d.l. 23 dicembre 2013, n. 145 (art. 13, comma 11 *bis*), all'art. 186 *bis* legge fallimentare, dopo il terzo comma, veniva inserito il quarto, che in principio - quindi prima della modifica del 2019 - così disponeva: “... *successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale*”.

Ora, però, il commissario giudiziale era (ed è) nominato con l'art. 163, disposizione che disciplina l'ammissione (con decreto non soggetto a reclamo) dell'imprenditore alle ipotesi di concordato previste dagli artt. 161 e 186 *bis* della legge in questione; sicché, la dizione “*se nominato*” lasciava intendere, in modo evidente, la possibilità di applicare la norma (art. 186 *bis*) anche alle imprese in concordato con riserva, consentendo pertanto la partecipazione alle gare pubbliche.

L'aggiunta del comma 4 all'art. 186 *bis* permetteva di superare il dato letterale del comma 5 del medesimo articolo, che, facendo riferimento al “piano”, alla relazione del professionista sulla conformità del “piano” e sulla ragionevole capacità di adempimento del contratto (al netto comunque della necessità del ricorso all'avvalimento ai sensi della lett. b del comma 5 citato), aveva indotto gli interpreti - in un primo momento - a ritenere necessaria l'intervenuta ammissione al concordato, dopo il deposito della proposta e del piano, per poter partecipare alle gare pubbliche.

¹⁵ In particolare, il comma relativo al concordato c.d. in bianco è il sesto comma della disposizione. In particolare, il comma è stato aggiunto dall'art. 33, comma 1, lett. b, n. 4 d.l. n. 83/2012, convertito, con modificazioni, dalla suddetta l. n. 134/2012; per l'applicazione di tale disposizione, si v. l'art. 33, comma 3 del medesimo d.l. n. 83/2012. Successivamente, il comma in questione è stato così modificato dall'art. 82, comma 1, lett. a e b, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98.

¹⁶ Con il ricorso di cui all'art. 161, comma 6 legge fallimentare l'imprenditore presenta la domanda di concordato preventivo: “*e non già un ricorso di portata diversa e più circoscritta*”. Il procedimento innescato dalla domanda con riserva non è un primo procedimento distinto (e antecedente) rispetto a quello, ordinario, che si apre solo con la presentazione della proposta, del piano e della documentazione, ma costituisce un segmento dell'unico procedimento che rileva: “*articolato in due fasi per così dire interne*” (Cass. civ. sez. I, 29 maggio 2019, n. 14713). Il c.d. preconcordato costituisce una mera opzione di sviluppo del concordato, in cui l'imprenditore ha già assunto la qualità di debitore concordatario ed è già sottoposto ad un regime di controllo giudiziale (su tali profili, Cass. civ., sez. I, 12 marzo 2020, n. 7117).

Come accennato, vi era, poi, la previsione dell'avvalimento “speciale” obbligatorio di cui all'art. 186 *bis*, comma 5, lett. b), legge fallimentare.

Questo riguardava sia l'impresa in concordato con riserva (*ex art.* 161, comma 6), sia l'impresa ammessa al concordato in continuità aziendale (ai sensi dell'art. 186 *bis*), mentre quella in concordato preventivo era (e rimane) esclusa dalla partecipazione alle gare (in tal senso, rilevava - e rileva - solamente l'applicabilità dell'esercizio provvisorio per effetto dell'art. 104 legge fallimentare con prosecuzione dei contratti in corso previo assenso del tribunale se dalla interruzione possa derivare danno grave).

Rimaneva (e rimane), nell'art. 186 *bis*, comma 6 legge fallimentare, la previsione per cui “*l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria*”; ciò sempre che le altre imprese aderenti all'R.T.I. non siano assoggettate a una procedura concorsuale.

Dunque, in questo caso, tra i valori costituzionali prima indicati, quelli della tutela della libertà di impresa e della concorrenza sembravano aver ottenuto un “punto a favore” rispetto ai principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione.

3. L'avvento del Codice dei contratti pubblici e il riposizionamento dell'interesse della collettività

In tempi più recenti, il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, ha abrogato, come noto, la vecchia disciplina del d.lgs. n. 163/2006 (art. 217, comma 1, lett. e)¹⁷.

Ora, sull'argomento, l'attuale Codice è intervenuto con l'art. 110, il quale (prima della riforma introdotta con lo “sblocca-cantieri” del 2019)¹⁸ pareva aver reciso di netto alcuni commi dell'art. 186 *bis*, lasciando in piedi una continuità aziendale di fatto mutilata perché privata delle commesse pubbliche¹⁹.

La partecipazione alle gare pubbliche era consentita, quindi, solo alle imprese fallite in esercizio provvisorio ai sensi dell'art. 104 legge fallimentare e alle imprese ammesse al concordato preventivo in continuità aziendale; in entrambi i casi, su autorizzazione del giudice delegato (art. 110, comma 3).

L'impresa in concordato con riserva poteva solo continuare i contratti già stipulati, sempre previa autorizzazione del giudice delegato (art. 110, comma 4).

¹⁷ Si v. G. PISCOPIO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale e i pubblici appalti. Alcune riflessioni tra vecchio e nuovo codice*, in *Riv. trim. app.*, 2018, 4, 1197-1209.

¹⁸ D.l. 18 aprile 2019, n. 32, conv. con modificazioni dalla l. 4 giugno 2019, n. 55.

¹⁹ Si v., in generale, sull'argomento G. FAUCEGLIA, *Disciplina concorsuale e art. 110 del nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Dir. fall.*, 2017, 2017, 464 ss. e in particolare 470, nonché M. PALLADINO, *I contratti pubblici nel concordato preventivo alla luce del nuovo codice degli appalti*, in *Dir. fall.*, 2017, 481 ss. e in particolare 495. 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, VI. Si cfr. anche, in argomento, L. D'ORAZIO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale e le gare pubbliche*, in L. D'ORAZIO, L. MONTEFERRANTE, a cura di, *Procedure concorsuali e diritto pubblico*, Milano, 2017.

L'avvalimento, invece, non era più obbligatorio per come stabilito ai sensi dell'art. 186 *bis*, comma 5, lett. b), legge fallimentare.

Infatti, introducendo un'apposita norma, l'art. 110, comma 5, stabiliva la possibilità per l'ANAC, sentito il giudice delegato, di subordinare la partecipazione alla gara (e la sottoscrizione del contratto) del concorrente fallito, oppure in concordato con continuità alla presenza di altro operatore, con i relativi requisiti, che si fosse impegnato a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare nel caso in cui l'impresa - nel corso della gara o dopo la stipulazione del contratto - non fosse più in grado di dare regolare esecuzione agli obblighi assunti. Ciò in presenza di due ipotesi tipizzate dalla norma: ritardo nei pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e nel versamento dei contributi previdenziali e assistenziali; nel caso in cui la società non fosse stata in possesso dei requisiti "aggiuntivi" che l'ANAC avrebbe dovuto individuare (ma ciò non è accaduto) con apposite linee guida.

Beninteso, l'art. 186 *bis*, comma 4, non era stato abrogato dall'art. 110 Codice. Però, prima della suddetta riforma del 2019, è innegabile constatare come l'impostazione del d.lgs. n. 50/2016 fosse, questa volta, tutta indirizzata verso la salvaguardia della pubblica amministrazione e, quindi, dei valori espressi dall'art. 97 Costituzione, a discapito dell'iniziativa economica privata e del principio di conservazione dell'impresa in difficoltà.

Del resto, a conferma di questa visione "pro pubblica amministrazione", militava la stessa formulazione della lett. b del comma 5 dell'art. 80 Codice, sempre nella versione precedente la riforma del 2019, la quale comminava l'esclusione per l'operatore economico che si fosse trovato "*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*".

Anche la lettura combinata delle norme non risolveva le questioni. Negli artt. 186 *bis* legge fallimentare e 110 Codice dei contratti si ritrovava tutta la tensione di un sistema privato improvvisamente di meccanismi di "mutuo riconoscimento", idonei a consentire l'apertura laterale dell'ordinamento (o degli ordinamenti) e l'interscambio (l'ibridazione) tra fattispecie giuridiche e valori (anche costituzionali) di importanza fondamentale per il futuro di una collettività.

Mancando elementi (sicuri) di raccordo, l'incertezza relativa alla collocazione, sul piano della partecipazione alle gare per l'affidamento di contratti pubblici, di termini quali "autorizzazione del tribunale" (art. 186 *bis*, comma 4 legge fallimentare), "autorizzazione del giudice delegato" (art. 110, comma 4 Codice), "relazione del professionista" (art. 186 *bis*, comma 5, lett. a legge fallimentare), "avvalimento obbligatorio" (art. 186 *bis*, comma 5, cit.), "facoltativo" (art. 110, comma 4 Codice) o "subordinato" alle ipotesi di intervento ANAC (art. 110, comma 5 Codice) rendeva difficile recuperare

un'interpretazione che, nella tensione tra libertà di impresa e buon andamento dell'amministrazione, ponesse di nuovo al centro dell'attenzione il tema della (salvaguardia) della prosecuzione aziendale.

Preso atto della riforma del nuovo Codice degli appalti, si è così tentata (sul versante legislativo e giurisprudenziale) una ricostruzione in favore della continuità aziendale, per non tradire - nel settore strategico delle commesse pubbliche - la riforma delle procedure concorsuali avviata nel 2006.

L'interpretazione restrittiva della legge fallimentare e dei requisiti generali stabiliti dal Codice dei contratti per partecipare alle gare pubbliche, del resto, si candidava a essere (purtroppo) il primo fattore di paralisi per schiere intere di imprenditori, con conseguenze nefaste non solo sulla continuità aziendale, ma sulle pretese dei creditori di costoro.

4. Il tentativo di ricucire i rapporti: la continuità aziendale come barometro della crisi d'impresa

Il quadro è nuovamente mutato nel 2019.

Il d.l. 18 aprile 2019, n. 32 ("sblocca-cantieri") ha tentato di ricucire la antinomie della disciplina, riannodando i fili di un dialogo (parzialmente) interrotto tra imprese (in crisi) e pubblica amministrazione, con l'obiettivo di rinvenire, o meglio di "rinverdire", il patrimonio comune di valori desumibile dagli articoli 41 e 97 Costituzione (efficienza del sistema produttivo, promozione della concorrenza, tutela del benessere - non soltanto economico - delle nuove generazioni e salvaguardia dell'ambiente)²⁰.

La novella del 2019 agisce in primo luogo sull'art. 186 *bis* legge fallimentare, così ricalibrando i contatti tra questa disposizione e l'art. 110 Codice (modificato anch'esso dal decreto legge), ricucendo i rapporti tra istituti fallimentari e amministrativi.

In particolare, il comma 4 viene riscritto precisando che, in caso di deposito di una domanda di concordato (art. 161), quindi anche in bianco, la partecipazione alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale (anche se non si specifica il termine entro il quale debba giungere tale assenso) e, solo dopo il decreto di apertura (e dunque dopo l'ammissione al concordato ai sensi dell'art. 163), dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato.

Viene abrogata la lettera b del comma 5 dell'articolo in questione, lasciando alla sede deputata (e cioè al Codice dei contratti pubblici) il compito di regolare il tema del ricorso all'avvalimento dei requisiti.

L'istituto, quindi, trova alimento solo nei commi 4, 5 e 6 dell'art. 110, Codice, con la distinzione tra avvalimento "necessario" (per l'impresa in concordato con riserva, o che ha presentato la domanda prima dell'ammissione in gara, oppure nel caso in cui sia l'ANAC a subordinare all'avvalimento la partecipazione

²⁰ Sullo sblocca-cantieri si cfr. M.P. CHITI, *Il decreto "sblocca cantieri": ambizioni e limiti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 6, 719 ss.

alla gara della società ammessa al concordato con continuità) e “facoltativo” (per l’operatore già ammesso al concordato con continuità, se l’ANAC non subordina la partecipazione all’avvalimento).

Nulla cambia, invece, nella formulazione del comma 6 della disposizione, il quale continua a stabilire che l’impresa in concordato (evidentemente anche con riserva) può concorrere nella procedura di gara - pure riunita in raggruppamento temporaneo - purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese partecipanti al RTI non siano assoggettate a una procedura concorsuale.

Si riannodano le fila del discorso con il Codice dei contratti, che pure acquisisce - in questa materia - le innovazioni stabilite dal d.l. n. 32/2019.

L’art. 80, comma 5, lett. b, nel confermare l’esclusione per l’imprenditore fallito o in stato di liquidazione coatta oppure di concordato preventivo (pure se nei suoi confronti sia pendente il procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni), fa salvo quanto previsto dall’art. 110 (del Codice) e dall’art. 186 *bis* della legge fallimentare, norme che pertanto ribadiscono il loro tratto di specialità nel disciplinare il tema della partecipazione alle gare pubbliche delle imprese in crisi.

Sull’art. 186 *bis* ci si è già soffermati. L’art. 110 del Codice, al comma 4, stabilisce che alle imprese che hanno presentato la domanda di concordato, anche in bianco, si applica l’art. 186 *bis* della legge fallimentare. Pertanto, successivamente al deposito di tale domanda, prima dell’ammissione (art. 163), sarà necessaria l’autorizzazione del tribunale per poter partecipare alla gara. Abrogato l’avvalimento sancito dalla lettera b del comma 5 dell’art. 186 *bis*, il secondo periodo del comma 4 dell’art. 110 reintroduce la questione, chiarendo che, per partecipare a un bando, tra il momento del deposito della domanda di concordato e l’ammissione di cui all’art. 163 citato è sempre necessario ricorrere all’avvalimento dei requisiti di un altro soggetto.

Al comma 5, invece, si stabilisce che l’impresa ammessa in concordato preventivo non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto. La disposizione, di interesse per il concordato in bianco o con continuità, presenta più di un problema se la si interpreta come riferita a ogni ipotesi di concordato (ipotesi che tuttavia sembrerebbe confermata dalla lettura del comma 4 dell’art. 110), poiché un concordato “liquidatorio” - destinato a chiudere l’esperienza imprenditoriale - difficilmente potrebbe accedere a una gara per l’affidamento di un contratto pubblico.

Innanzitutto, sembra pacifico che il concordato “liquidatorio” mal si attagli - quasi ontologicamente - alla partecipazione a una gara per l’affidamento di un contratto con la pubblica amministrazione. Infatti, il fine della procedura (cessazione dell’impresa) pone notevoli problemi riguardo il futuro rispetto delle obbligazioni assunte nei confronti della pubblica amministrazione. Dunque, il comma 5 dell’art. 110 del Codice, ove si afferma che l’impresa ammessa al concordato preventivo non necessiterebbe di

avvalimento di requisiti di altro soggetto, se riferibile pure al concordato liquidatorio, sembra porre problemi di non semplice soluzione.

Forse è possibile, in questo caso, ricondurre a unità il sistema evidenziando - più semplicemente - che l'impresa ammessa al concordato senza continuità aziendale o con riserva (che in seguito venga sciolta dall'imprenditore con la presentazione di proposta e piano di contenuto liquidatorio) non possa ambire all'affidamento di contratti pubblici, ma solo proseguire negli eventuali affidamenti in corso, così come sembrerebbe emergere dagli artt. 186 *bis*, comma 3 legge fallimentare e 110, comma 3, Codice.

Cambia anche la prospettiva riguardante l'ANAC.

L'Autorità può subordinare la partecipazione alla gara (e l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti) alla necessità che l'operatore in concordato (non si stabilisce il tipo, ma si suppone con continuità aziendale) si avvalga di un altro operatore in possesso dei requisiti (generali e speciali) posti al servizio dell'impresa ausiliata e della stazione appaltante e sia disposto a subentrare nel contratto nel caso in cui la società, in fase di gara o di esecuzione del contratto, non fosse più in grado, per qualsiasi ragione, di dare regolare esecuzione alla commessa pubblica, quando l'impresa *“non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida”*.

Anche questa parte della disposizione lascia perplessi.

Ciò per due motivi. Innanzitutto, un'impresa in crisi - proprio perché in difficoltà - ben difficilmente potrebbe garantire il rispetto di non meglio individuati criteri aggiuntivi stabiliti *ex ante* dall'ANAC, essendo più facilmente prefigurabile l'ipotesi in cui questa - proprio in virtù della condizione di crisi - non sarà più in grado di eseguire regolarmente il contratto mancando (in tutto o in parte) pure gli originari requisiti stabiliti dal bando ai sensi degli artt. 80, 83 e 84 del Codice.

Inoltre, non è chiaro come questi “requisiti aggiuntivi” dovrebbero essere dimostrati alla stazione appaltante e valutati ai fini dell'aggiudicazione della gara. La norma sembra prefigurare, per l'ipotesi della crisi, il ricorso a una specie di “serbatoio” complementare (contenente requisiti) che potrà essere attivato (per scongiurare l'avvalimento ma - forse - anche eventuali ipotesi di risoluzione del contratto *ex art.* 108 Codice) sia in corso di gara che durante l'esecuzione del contratto.

Infine, viene da chiedersi se la norma in questione non costituisca, in ultima analisi, soprattutto (se non unicamente) una nuova fonte di oneri (anche economici), naturalmente anticipati, per (tutte) le aziende che in futuro andranno a competere per l'affidamento di contratti pubblici (sempre ammesso che la fattispecie non sia modificata, come richiesto dalla stessa ANAC con l'atto di segnalazione n. 10 del 2 dicembre 2020).

5. Il Codice della crisi d'impresa e la mediazione tra valori costituzionali

L'assetto normativo dovrebbe sedimentarsi (almeno in parte) con l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), per ora ancora in *stand-by* (è stata, infatti, progressivamente rinviata la sua operatività - da ultimo con l'art. 1 d.l. 24 agosto 2021, n. 118 - prevista attualmente a partire dal 16 maggio 2022)²¹.

Per quanto di interesse, quando entrerà in vigore il nuovo testo dell'art. 110 Codice, in disparte le modificazioni terminologiche (liquidazione giudiziale invece di fallimento), subiranno interventi degni di nota i commi 3 e 4 della disposizione.

Il comma 3 conferma che il curatore della liquidazione giudiziale, su autorizzazione del giudice delegato, potrà eseguire i contratti già sottoscritti dall'impresa sottoposta alla liquidazione giudiziale (oppure sottoscritti dalla società in concordato preventivo con fine di liquidazione del patrimonio: art. 84 Codice della crisi d'impresa).

Per le imprese (non) in liquidazione giudiziale, invece, bisognerà ricorrere a quanto stabilito dall'art. 95 (Codice della crisi d'impresa). La norma dispone, per i contratti con la pubblica amministrazione, che, fatto salvo quanto stabilito dal successivo art. 97 per i contratti "pendenti", quelli in corso di esecuzione non si risolveranno per effetto del deposito della domanda di concordato (non si specifica tuttavia quale concordato, potendo avere lo stesso duplice funzione: art. 84, cit.)²².

Il deposito della domanda di accesso al concordato "preventivo" (l'aggettivo lo si ritrova al comma 2 dell'art. 95) non impedirà la continuazione dei contratti in essere, se però il professionista indipendente avrà attestato la conformità al piano (ove predisposto) e la ragionevole capacità di adempimento²³.

²¹ D.L. 24 agosto 2021, n. 118: "misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia", in G.U. 24 agosto 2021, n. 202. L'art. 1 del d.l. dispone: "1. All'articolo 389 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, sono apportate le seguenti modificazioni: a) il comma 1 è sostituito dal seguente: «1. Il presente decreto entra in vigore il 16 maggio 2022, salvo quanto previsto ai commi 1-bis e 2.»; b) dopo il comma 1 è inserito il seguente: «1-bis. Il titolo II della Parte prima entra in vigore il 31 dicembre 2023.»".

²² Per un commento sui rapporti pendenti A. DIDONE, *I rapporti pendenti*, in *Il Fallimento*, 2020, 10, 1281 ss.; G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019, 66 ss. Si v. pure il contributo di P. MORSELLI, in *Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, a cura di M.C. GIORGETTI, Pisa, 2019, 121-123; S. PACCHI, S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2020, 152 ss. L'art. 97 Codice della crisi d'impresa contiene la definizione e la disciplina dei contratti pendenti e cioè dei contratti ancora non eseguiti o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambi i contraenti - così confermando l'orientamento maggioritario formatosi nel vigore dell'art. 169 *bis* l. fall. La norma attribuisce rilievo solo alla mancata, compiuta, esecuzione delle prestazioni principali, sancendo l'irrelevanza dell'eventuale adempimento integrale delle prestazioni accessorie, tema sul quale si sono registrati contrasti di giurisprudenza. Nella fattispecie in esame non rientrano i rapporti (sinallagmatici) già interamente eseguiti da una delle due parti prima della presentazione della domanda di concordato, dando luogo, nel caso di adempimento da parte del contraente in *bonis*, ad un credito concorsuale per la controprestazione dovutagli (quale che essa sia: pecuniaria o non pecuniaria), sottoposto alle relative regole; e all'opposto, nel caso di adempimento da parte del contraente concordatario, ad un credito di quest'ultimo, da soddisfarsi per l'intero. Su tali profili si v. anche F.P. CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti nel passaggio dalla legge fallimentare al ccii*, in *Il Fallimento*, 2019, 7, 865.

²³ La sezione III del capo II del titolo IV del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (artt. 74-83) contiene, inoltre, la disciplina specifica relativa al concordato minore, al quale si applicano, altresì, le disposizioni comuni alla

Di seguito al deposito della domanda di cui all'art. 40 Codice della crisi di impresa (e cioè della domanda per l'accesso a una delle procedure previste per la regolazione della crisi o dell'insolvenza), la partecipazione alle procedure di gara dovrà essere autorizzata dal tribunale e - dopo il decreto di apertura - dal giudice delegato (acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato).

L'autorizzazione, prosegue il comma 4 dell'art. 95, consentirà la partecipazione alla gara, soltanto però (come per la continuazione dei contratti in essere) previo deposito della relazione del professionista, il quale dovrà attestare la conformità al piano (sempre se predisposto) e la ragionevole capacità di adempimento del contratto.

L'impresa in concordato, stabilisce infine il comma 5 dell'art. 95, potrà concorrere pure riunita in RTI, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che nessuna delle altre imprese che aderiscono al raggruppamento sia assoggettata a procedura concorsuale (così come stabilito attualmente dal comma 6 dell'art. 186 *bis* legge fallimentare).

Ora, cosa ne deriva da questo breve *excursus* sull'assetto normativo della materia?

La prima considerazione, generale, è che l'equilibrio del sistema è precario.

Ci sono diversi nodi da sciogliere.

Il primo attiene alla perimetrazione delle fattispecie ammesse alla partecipazione alle gare. Nell'attuale assetto della materia (ma analogo discorso può farsi per le "future" regole del Codice della crisi d'impresa) manca ancora una chiara distinzione sul punto.

La questione riguarda, naturalmente, il concordato.

Il concordato, come si è visto, può avere diverse finalità, eppure la legge (il Codice dei contratti pubblici) ancora non ha scisso in modo definitivo le varie ipotesi, attribuendo al deposito della domanda di concordato *ex* art. 161 legge fallimentare, anche ai sensi del sesto comma (e cioè la fattispecie in riserva), effetti sostanzialmente identici, ammettendo così (almeno in teoria) la partecipazione alle gare di imprese in concordato liquidatorio.

Qual è il rischio?

Il rischio è che la nozione di "domanda di concordato" - se non delimitata in modo rigoroso - possa diventare l'alibi per consentire l'ingresso nel mercato dei contratti della pubblica amministrazione di imprese di claudicante solidità e tenuta economico finanziaria. Tanto è vero che, nell'"interregno" tra deposito della domanda e pubblicazione del decreto di ammissione alla procedura di concordato (quando, cioè, si gioca a carte "coperte"), il legislatore si è preoccupato di prevedere la necessità dell'avvalimento

ristrutturazione dei debiti del consumatore. Su tali profili, si v. D. VATTERMOLI, *Il concordato minore. Aspetti sostanziali*, in *Il Fallimento*, 2020, 4, 441 ss.

(bisogno confermato anche dal d.lgs. n. 14/2019 con la nuova formulazione dell'art. 110 Codice dei contratti pubblici).

C'è solo da sperare nei tribunali (oggi) e, in futuro, nei tribunali e nella relazione del professionista indipendente, che dovrà attestare la conformità (al piano) della prevista partecipazione alla gara e la ragionevole capacità di adempimento del contratto nel caso in cui l'impresa si aggiudicasse la procedura. Al tema dell'autorizzazione del tribunale - e del contributo del professionista che dovrà attestare il piano (attualmente rileva il parere del commissario giudiziale, ove già nominato) - si collega un altro nodo, forse ancora più complesso da sciogliere.

Attiene, in particolare, al differente punto di vista del giudice ordinario (il quale ha come obiettivo la tutela dei creditori dell'imprenditore in crisi) rispetto alla pubblica amministrazione che dovrà svolgere la gara (che poi sarà eventualmente sindacata dal giudice amministrativo) e che ha interesse a sottoscrivere il contratto con chi potrà eseguirlo (possibilmente bene)²⁴.

È in questo contesto che si osserva la prima manifestazione poliorcetica della libertà di iniziativa economica e della concorrenza nei riguardi del principio di buon andamento della pubblica amministrazione, valori che, attraverso la mediazione del giudice ordinario - in un procedimento più amministrativo che giurisdizionale com'è quello disciplinato ai sensi dell'art. 186 *bis* legge fallimentare e 110 Codice appalti per le imprese in concordato - consentono di "espugnare" (o almeno di provare a espugnare) la fase pubblicistica della gara, funzionalizzandola non tanto alla scelta della migliore offerta, bensì all'obiettivo di dare all'imprenditore in crisi un'altra *chance* per risollevarne la sua sorte o, che è peggio, di soddisfare i suoi creditori.

È su tale piano (ma non solo) che si verifica, quindi, il confronto serrato tra principi costituzionali, espressi dagli articoli 41, 97 e 117. La questione riguarda la prevalenza (o meno) degli interessi (apparentemente) individuali rispetto agli interessi di "tutti" (e cioè collettivi, istituzionali, ecc.)²⁵.

Di esempi, naturalmente, se ne potrebbero fare molti²⁶.

Qui basta dire che il fenomeno non è nuovo, perché si collega a quella corrente di pensiero (messa in pratica anche dal legislatore), la quale nega l'esistenza di una gerarchia "astratta e statica" di valori costituzionalmente garantiti, in forza - invece - di una tutela "sistematica e dinamica" che tenga conto cioè di tutti gli interessi antagonisti.

²⁴ Ciò al netto della constatazione per cui, in Italia, come ha scritto S. CASSESE nel contributo *Law and Disorder* (in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 4, 460 ss.): "L'interprete e l'applicatore delle leggi, in Italia, hanno tre difficoltà: non sanno quale atto sia legge, quale sia la norma primaria vigente, si trovano spesso in presenza di leggi che non contengono norme in senso sostanziale".

²⁵ Sulla ricostruzione dei conflitti, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2001, 485-486.

²⁶ Per una recente vicenda, si v. A. GIURICKOVIC DATO, *Il bilanciamento tra principi costituzionali e la nuova dialettica tra interessi alla luce della riforma Madia. Riflessioni in margine al "caso Ilva"*, in *Federalismi.it*, n. 12/2019. Si v. pure il recente contributo di C. ROMEO, A.V. SALAMINO, *Inquinamento ambientale – bilanciamento tra tutela della salute e sviluppo economico: il caso ILVA*, in *Giur. it.*, 2019, 10, 2228.

Il punto di equilibrio, tra questi, non risulta prefissato in anticipo, ma è rimesso al bilanciamento (al c.d. “*fair balance*”) del legislatore e, in sede di controllo, del giudice in base ai criteri di proporzionalità e di ragionevolezza²⁷.

La questione, calata nella materia qui trattata, non è solo teorica. Attiene, in definitiva, ai limiti che prima la stazione appaltante e poi eventualmente il giudice amministrativo (in caso di contenzioso) possono incontrare in sede di verifica del provvedimento del giudice ordinario e del parere del commissario giudiziale (ovvero del professionista indipendente) che autorizzano la partecipazione dell’impresa in crisi alla gara pubblica²⁸.

Agli argini, quindi, che costoro possono frapporre all’incedere incalzante dei valori della concorrenza e della libertà di iniziativa economica (quest’ultima nella sua peculiare declinazione di tutela della continuità aziendale) rispetto alla salvaguardia degli interessi della collettività, sempre più in affanno e in stato “sincopato”.

Per la pubblica amministrazione, il problema attiene ai limiti che può incontrare la comparazione (qualitativa e quantitativa) degli interessi pubblici e privati concorrenti in una determinata “situazione sociale oggettiva” (si pensi alla grave crisi economica in atto prodotta dalla pandemia)²⁹, il cui raffronto è imposto dalla circostanza che un determinato interesse (pubblico o privato) non esiste mai isolato nel mondo sociale³⁰.

²⁷ Sul tema del bilanciamento, si cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 1 ss.; R. ROMBOLI, *Il significato essenziale per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti e libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti*, in V. ANGIOLINI, *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 215. Si v. anche A. PIZZORUSSO, *Ragionevolezza e razionalità nella creazione e nell’applicazione della legge*, in M. LA TORRE, A. SPADARO, a cura di, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 55. A. MORRONE, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *annali Enc. dir.*, Milano, 2008, II, 185 ss.; A. CERVATI, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e “bilanciamento” tra valori costituzionali*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici* (atti del Seminario di Roma, 13-14 ottobre 1992), Milano, 1992, 55 ss. Si v. pure quanto riportato da G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, 2006, 1. Per l’indagine su di una fattispecie concreta, si v. S. MENTO, *Società strumentali e tutela della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 4, 412-417. Invece, sulla ragionevolezza come limite all’autonomia privata che «regola comportamenti» si v. S. TROIANO, (voce) *Ragionevolezza (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2013, 798.

²⁸ In generale sul tema della “tripolarità” del giudice, S. CASSESE, *Il contributo dei giudici allo sviluppo del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 342 evidenzia: “Lo svolgimento di un ruolo creativo del diritto da parte del giudice amministrativo produce tensioni duplici, con la pubblica amministrazione e con il Parlamento. Si stabilisce una tripolarità ignota a Montesquieu e non prevista dai moderni ordinamenti democratici. Nei confronti della pubblica amministrazione, un giudice - legislatore finisce per svolgere un duplice ruolo: non solo arbitro di controversie tra cittadino e amministrazione, ma anche regolatore/guida”.

²⁹ S. CASSESE, voce *Massimo Severo Giannini*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII – XX Secolo)*, Bologna, 2013, 985.

³⁰ In tal senso, secondo R. CAVALLO PERIN, GABRIELLA M. RACCA, *La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss., la disciplina comunitaria della concorrenza è rivolta innanzitutto alla tutela delle posizioni soggettive delle imprese, cui dovrebbe corrispondere, in capo all’amministrazione, l’obbligo di tenere un comportamento corretto verso i concorrenti delle gare pubbliche, sicché la *ratio* normativa applicata alla disciplina delle gare (ottenere il giusto rapporto qualità-prezzo dei beni e dei servizi) si possa intendere pure quale criterio interpretativo delle norme giuridiche che riguardano la competizione tra imprese, secondo una lettura che coinvolge in definitiva gli stessi rapporti giuridici che queste ultime hanno con i consumatori.

Premesso il dialogo serrato tra principi, ci si può domandare quali siano i fattori che - in concreto - hanno alimentato il dibattito, poi tradottosi, come accennato, in interventi di riforma.

L'indagine meriterebbe uno specifico approfondimento.

Nei limiti consentiti da questa analisi, si può dire che, in effetti, un primo fattore è dato dall'esigenza di contrastare il fenomeno di progressiva desertificazione industriale - prodottosi anche per effetto della c.d. "globalizzazione" - che interessa l'Italia a partire (almeno) dagli anni Novanta dello scorso secolo. In tal senso, la disciplina della contrattualistica, afferente al ruolo dello Stato "acquirente", è finalisticamente votata (anche) a supplire alla perdita di competitività e di quote di mercato delle aziende nostrane sui mercati internazionali (così facendo applicazione di un *modello keynesiano* di intervento pubblico).

In questo, l'Italia (ma non solo) è stata favorita da una legislazione che - soprattutto con le direttive del 2014 - ha rivalutato significativamente il ruolo e la partecipazione nel mercato delle commesse pubbliche per le piccole e medie imprese (di cui si compone in larghissima maggioranza il nostro tessuto produttivo) e, da ultimo, anche le c.d. pari opportunità.

Un altro fattore è dato dalla ormai consolidata coesistenza, accanto alla tradizionale concezione "domestica" dell'evidenza pubblica (connotata da un'anima "contabilistica", che considera i contratti pubblici come fatti finanziari), di un apparato di regole e principi sovranazionali, per effetto del consolidamento delle istituzioni europee e delle relazioni globali, che in effetti hanno portato progressivamente alla ribalta - nel nostro ordinamento - valori pressoché sconosciuti fino a circa trenta anni fa, come quello della concorrenza (ma si pensi pure ai principi di non discriminazione, di trasparenza dell'amministrazione e relativi al contrasto dei fenomeni corruttivi)³¹.

Tutto ciò ha alimentato la struttura dei precetti costituzionali sottesi alla disciplina della contrattualistica pubblica, e segnatamente dei valori coinvolti nella regolazione del procedimento di gara, fatto che inevitabilmente si è successivamente tradotto in rinnovate spinte "centrifughe" o verso la salvaguardia delle amministrazioni aggiudicatrici oppure, come sembra rilevare dalle riforme degli ultimi anni in merito al rapporto crisi di impresa e gare pubbliche, verso la tutela degli operatori economici.

6. Il contrappunto della giurisprudenza: breve excursus

L'evoluzione normativa appena tratteggiata, nel tempo, è stata accompagnata dal contrappunto della giurisprudenza, che, al di là della casistica volta per volta esaminata, ha dimostrato ora aperture ora chiusure riguardo la partecipazione delle imprese in crisi alle gare per l'affidamento di contratti pubblici.

³¹ Chiarissimo è sul punto V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 116, che ricorda come la disciplina della evidenza pubblica: "*all'inizio aveva uno scopo prettamente aziendalistico, far sì che le Amministrazioni operassero in sede contrattuale con il minor dispendio di danaro pubblico*". Sul punto sia consentito rinviare a S. Vinti, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*", in *Federalismi.it*, fascicolo n. 12/2020, 252 ss.

La questione, naturalmente, si è posta soprattutto per l'impresa in concordato.

Prima di tutto, la giurisprudenza si è chiesta quando potesse definirsi “in corso” una procedura concorsuale, non essendo - a questo proposito - sufficiente la (mera) istanza al giudice (della procedura concorsuale) di un creditore, potendo la stessa presentare tratti strumentali oppure comunque infondati, pertanto, occorrendo almeno un pronunciamento istruttorio che avesse accertato - oggettivamente - lo stato di insolvenza³².

La giurisprudenza formatasi in seguito alla riforma della disciplina fallimentare del 2012 (d.l. n. 83/2012, art. 33) ha precisato come la possibilità di partecipare alle procedure di evidenza pubblica postulasse la definitiva ammissione (prima dell'aggiudicazione) al concordato in continuità, non potendosi quindi ritenere sufficiente la mera presentazione del ricorso (soprattutto se in riserva *ex art. 161*, comma 6), circostanza che avrebbe dovuto essere valutata come causa ostativa alla partecipazione alla gara (e all'affidamento del contratto)³³.

A questo orientamento si è contrapposta una diversa corrente interpretativa, che, muovendo dall'atteggiamento di favore serbato dal legislatore per le soluzioni negoziate della crisi, ha privilegiato una chiave di lettura che tenesse in debito conto le esigenze di “*favor participationis*” e valorizzazione delle prospettive di risanamento, ritenendo anche la sola istanza di ammissione al concordato preventivo (con continuità aziendale, prima ancora che in bianco), purché debitamente documentata, profilo sufficiente per ammettere l'imprenditore alla procedura per l'affidamento del contratto pubblico³⁴.

L'impostazione è stata motivata richiamando i meccanismi “conservativi” - volti, cioè, a consentire per quanto possibile all'imprenditore di poter proseguire nell'attività - approntati con le riforme intervenute sulla disciplina del fallimento (soprattutto dal 2012), con cui si è cercato di guidare l'impresa oltre la crisi e ciò nell'interesse anche del mercato e degli stessi creditori. In tal senso, inibire all'impresa in crisi di partecipare alle gare per affidamento dei pubblici contratti nelle more tra il deposito della domanda e l'ammissione al concordato andrebbe palesemente a confliggere con le innovazioni introdotte, “*volte a preservare la capacità dell'impresa a soddisfare al meglio i creditori*”³⁵.

Quindi, una funzionalizzazione della procedura di gara - in uno spazio temporale di sicura incertezza riguardo il contenuto delle misure volte a salvaguardare l'azienda e la sostenibilità del programma

³² Cons. Stato, sez. IV, 8 giugno 1999, n. 516. Per l'ipotesi del concordato preventivo, con riferimento al tratto confessorio della condotta dell'imprenditore che chiede l'ammissione a questa procedura, Cons. Stato, ad. plen., 15 aprile 2010, n. 2155, poi rinominata in 15 aprile 2010, n. 1.

³³ Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2014, n. 101, in *Urb. e app.*, 2014, 417 ss.

³⁴ Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6272; l'orientamento della sezione - confermato anche dalla successiva sentenza 22 dicembre 2014, n. 6303 - è stato seguito anche dalla IV sez. con le sentenze 3 luglio 2014, n. 3344 e 5 marzo 2015, n. 1091. In senso contrario, invece, nella giurisprudenza di primo grado, si v. TAR Lazio - Roma, sez. I, 19 giugno 2014, n. 6537; *idem*, sez. III *ter*, 4 giugno 2014, n. 5901; *idem*, sez. II *ter* 11 maggio 2015, n. 6781; TAR Piemonte, sez. I, 18 marzo 2014, n. 463; TAR Toscana, sez. I, 16 giugno 2014, n. 1052.

³⁵ Cons. Stato, sez. V, n. 6272/2013, cit.

economico-finanziario - legata al bisogno (in seguito, quasi “solipsistico”) di consentire all’imprenditore di percorrere una strada ulteriore (quella cioè della gara pubblica) per traguardare la propria salvezza.

Gli input giurisprudenziali di matrice estensiva sono stati poi accolti dal legislatore, il quale, come si è detto nel precedente paragrafo, con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, ha riscritto il comma 4 dell’art. 186 *bis* legge fallimentare, a mente del quale (nella versione all’epoca vigente) veniva ammessa la partecipazione alla gara se autorizzata dal tribunale e previa acquisizione del parere del commissario giudiziale (ove nominato); in mancanza di tale nomina avrebbe provveduto il tribunale.

Alla luce della novella legislativa, dunque, non pareva poter essere più revocabile in dubbio che, nelle more tra il deposito della domanda e l’ammissione al concordato con continuità aziendale, l’impresa conservasse pressoché intatta la facoltà di partecipare alle gare per l’affidamento di pubblici contratti³⁶.

Le stesse oscillazioni si sono verificate sul tema del concordato in bianco.

In una prima fase, la giurisprudenza aveva negato che il concordato “prenotativo” potesse legittimare la partecipazione alle gare pubbliche, poiché privo (almeno nella fase di avvio) del “piano di continuità aziendale” richiesto per l’ammissione al concordato *ex art. 186 bis* legge fallimentare³⁷; in seguito, si è giunti a conclusioni opposte muovendo da una interpretazione sistematica dell’art. 186 *bis*, comma 4, a condizione che l’istanza avesse presentato chiari e non confutabili effetti prenotativi del concordato con continuità (in ordine alla futura presentazione del piano) e previa verifica della sussistenza delle altre condizioni per la partecipazione alla gara.

Una volta accolto il “principio” - per cui nelle more tra il deposito della domanda e l’ammissione al concordato con continuità l’impresa, che avesse fatto domanda di accesso al concordato, avrebbe conservato integra la facoltà di partecipare alla procedura di gara - lo stesso avrebbe dovuto trovare applicazione anche nell’ipotesi in cui l’impresa avesse inizialmente proposto una domanda di ammissione in bianco, con (riserva) di presentare, nel termine consentito dalla legge e indicato dal giudice, la proposta concordataria (in tal caso, non poteva però non essere evidenziato il fattore di incertezza generato dal mancato deposito degli atti idonei a disvelare l’effettivo contenuto della proposta concordataria)³⁸.

La forza del principio divenne, in un certo senso, dirompente. Ritenerne, ad esempio, (di *default*) la pendenza di un concordato liquidatorio *tout court*, in presenza di una istanza in bianco con effetti prenotativi di successivo (tutto da verificare) concordato in continuità aziendale, avrebbe costituito un chiaro pregiudizio della stazione appaltante nei confronti dell’imprenditore, atteggiamento, evidentemente, da sanzionare con l’annullamento degli atti del procedimento di evidenza pubblica³⁹.

³⁶ Cons. Stato, sez. III, 4 dicembre 2015, n. 5519.

³⁷ TAR Campania, Napoli, sez. I, 29 aprile 2015, n. 2428.

³⁸ Cons. Stato, sez. III, 4 dicembre 2015, n. 5519.

³⁹ TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 30 dicembre 2015, n. 2877.

Così, la gara, da canale di collegamento tra l'autonomia delle stazioni appaltanti e le esigenze della funzione amministrativa, diveniva mezzo per salvaguardare più che altro *“la capacità dell'impresa [di] soddisfare al meglio i creditori attraverso l'acquisizione di nuovi appalti”*⁴⁰. Ecco, quindi, la necessità di consentire la partecipazione non soltanto alle imprese che avessero (già) ottenuto - in sede fallimentare - il decreto di ammissione al concordato con continuità aziendale e a quelle che avessero fatto istanza di ammissione al concordato (con continuità) - ma anche agli imprenditori in grado di dimostrare la (sola) domanda di ammissione al concordato con riserva.

Il favor per la partecipazione alla gara (anche) dell'impresa in concordato in riserva si è (poi) consolidato con il Codice dei contratti pubblici del 2016 e le successive riforme (in particolare, con le modifiche introdotte al testo a seguito dello sblocca-cantieri), così mantenendosi sostanzialmente immutato nel corso del tempo.

Indipendentemente dalla questione del concordato in bianco, la giurisprudenza ha ritenuto sufficiente, per consentire la partecipazione alle gare pubbliche, l'autorizzazione del tribunale e il parere del commissario giudiziale (se nominato). Il decreto del giudice diventa l'atto che certifica non solo la presentazione e la praticabilità del piano economico e finanziario, ma contiene l'accertamento - che è più una valutazione *“prognostica”* - del tratto funzionale della partecipazione alla gara, in vista della successiva acquisizione della commessa pubblica, destinata a soddisfare gli interessi dei creditori (si badi, dei creditori, non della pubblica amministrazione), perché in grado di produrre *“un beneficio rinveniente dall'acquisto di una nuova fonte di ricavi”*⁴¹.

Non sono mancate, naturalmente, decisioni contrarie, le quali hanno riportato al centro dell'attenzione il tema della tutela dell'interesse pubblico, messo alle strette non solo da una disciplina sempre più attenta (a torto o a ragione) ai bisogni finanziari delle imprese, ma da una vera e propria *“procedimentalizzazione”* della fase di ammissione alle procedure di salvaguardia della continuità aziendale (autorizzazione giudiziaria, parere del commissario, ecc.) idonea a costituire potenziali vincoli anche per l'attività valutativa della pubblica amministrazione nella scelta del contraente, funzione che, invece, dovrebbe essere caratterizzata da incompressibili margini di discrezionalità.

Così, in un caso, trattandosi dell'ipotesi di concordato *“prenotativo”*, è stato chiarito che il decreto del tribunale, intervenuto durante lo svolgimento della gara, non avrebbe consentito la permanenza dell'impresa in gara, poiché l'autorizzazione non sarebbe stata accompagnata dagli ulteriori requisiti

⁴⁰ Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2016, n. 426. In tal senso, anche TAR Puglia, Bari, sez. III, 4 febbraio 2019, n. 157. E, d'altra parte, l'avvio in corso di gara di una procedura di concordato preventivo, con presentazione di domanda in bianco, negativamente conclusasi, a causa del mancato deposito del piano concordatario e della relativa documentazione integra la causa di esclusione dalla gara (così, TAR Lazio, Roma, sez. I, 3 giugno 2020, n. 5892).

⁴¹ Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1328; sul punto, anche le considerazioni di Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2020, n. 4785.

richiesti dall'art. 186 *bis* legge fallimentare (e cioè la relazione del professionista), circostanza che quindi avrebbe indebolito la solidità della partecipazione alla procedura, esponendo pertanto la stazione appaltante al rischio di non poter contare su di un valido operatore in caso di affidamento (a questo) del contratto⁴².

Altra giurisprudenza, invece, si è preoccupata di rilevare il pericolo di abusi legati alla partecipazione alle gare di imprese in concordato con riserva.

In una vicenda, da cui è scaturito il pronunciamento della Corte di giustizia (sez. X, 28 marzo 2019, n. 101/18)⁴³, il giudice ha ritenuto che tale istanza consentirebbe, nei fatti, all'imprenditore in stato di dissesto, di congelare temporaneamente le istanze fallimentari avanzate dai creditori, al fine di rinviare - all'esito di una rinegoziazione con la massa dei creditori - la scelta (assolutamente non indifferente per la pubblica amministrazione) tra la presentazione di un concordato *con continuità*, ovvero di un accordo di *ristrutturazione aziendale* (art. 182 *bis* legge fallimentare) o magari di un concordato *liquidatorio*⁴⁴.

Tale domanda, quindi, determinerebbe un'incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione (già) solo per la pendenza di una procedura finalizzata (anche eventualmente) alla declaratoria di fallimento, di liquidazione coatta o di concordato preventivo (in ciò configurandosi la perdita di un requisito generale di partecipazione).

La giurisprudenza comunitaria, come noto, non ha poi risolto la questione.

La Corte, infatti, si è limitata a chiarire che non contrasta con il diritto dell'Unione europea la norma (di uno Stato membro) che consenta di escludere da una procedura di gara per l'affidamento di un appalto un operatore il quale, alla data della decisione (di esclusione), abbia presentato un'istanza per essere ammesso al concordato preventivo, riservandosi così di presentare (in seguito) un piano che preveda la prosecuzione dell'attività.

Il giudice europeo, quindi, ha semplicemente evidenziato la possibile presenza di più soluzioni ammesse dalla disciplina comunitaria, lasciando, così, "campo libero" alla funzione di attuazione demandata al legislatore con il recepimento delle direttive.

⁴² Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2019, n. 3984.

⁴³ Per un commento alla sentenza della Corte di giustizia, si v. P. SEGALERBA, *Gli effetti del concordato cosiddetto "in bianco" sulla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici: i principi comunitari nel confronto con l'evoluzione giurisprudenziale ed alla luce delle novità introdotte dal decreto "Sblocca-cantieri" e dalla riforma della crisi di impresa*, in *Riv. trim. dir. app.*, 2020, 1, 299 ss.

⁴⁴ Ordinanza del Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2018, n. 686. Sulla questione dell'abuso di diritto, che potrebbe verificarsi a fronti di domande strumentali, si cfr. il contributo di M. MACRÌ, *L'abuso del diritto nel concordato con riserva*, in *Il Fallimento*, 2014, 1 13. Su tali profili, si cfr. pure F. LAMANNA, *Possibilità di "consecutio" solo unidirezionale tra preconcordato e concordato. Profili di abuso del diritto*, in www.ilfallimentarista.it; A. GIOVETTI, *Il nuovo preconcordato: profili di inammissibilità ed abuso del diritto*, in www.ilfallimentarista.it; M. RANIELI, *Rinuncia alla domanda e contestuale ricorso per ammissione a preconcordato in pendenza di revoca dell'ammissione per atti in frode*, in www.ilfallimentarista.it.

Il tema del confronto dialettico tra valori costituzionali - sottesi alle singole opzioni ermeneutiche - è rimasto, quindi, sullo sfondo (e non avrebbe potuto essere altrimenti in sede giurisdizionale europea)⁴⁵.

Come si è potuto notare, anche nella giurisprudenza è emerso, seppure sottotraccia, il confronto tra principi costituzionali (libertà di iniziativa economica, concorrenza e buon andamento) sollecitato dal problematico rapporto tra crisi di impresa e gare pubbliche.

Ciò è avvenuto attraverso una dialettica - favorita dalla necessità di dare risposte ai bisogni di amministrazioni e imprese - che nel tempo sembra aver premiato più l'esigenza della continuità aziendale (e la salvaguardia dei c.d. creditori sociali) rispetto all'obiettivo (della pubblica amministrazione) di concludere contratti con operatori affidabili e realmente in grado di portare a compimento le attività o le opere affidate.

La tensione tra valori, in definitiva, è ancora in buona parte non sopita.

7. I profili ricavabili dalla sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2020

Nel dibattito si è (parzialmente) inserita nel 2020 la Corte costituzionale.

Questa, nel contesto del sindacato di costituzionalità, ha fornito un'interpretazione dell'art. 186 *bis*, sesto comma legge fallimentare (con le modifiche introdotte dal d.l. n. 83/2012)⁴⁶ in grado di ristabilire un parziale riequilibrio a vantaggio della pubblica amministrazione nell'ottica della salvaguardia dell'interesse al corretto e al puntuale adempimento delle prestazioni oggetto dei contratti pubblici e della tutela dei valori espressi dall'art. 97 Cost.⁴⁷.

La Corte, per la verità, non si è occupata del tema del concordato in bianco, ma del rapporto tra concordato con continuità aziendale e disciplina delle A.T.I.

⁴⁵ In altri ambiti, naturalmente, la giurisprudenza comunitaria ha avuto grande impatto sul diritto nazionale, spesso modificandone anche le "tendenze" (e ciò è avvenuto in misura tanto maggiore quando i giudici comunitari si sono occupati di fattispecie nazionali frutto di attuazione o di recepimento di disposizioni dell'Unione). Fra i tanti contributi che hanno analizzato questo fenomeno sia consentito in questa sede rinviare a S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 1, 27; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2017, III ed., specie 352 ss.; G. VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, 2011, 114. Peraltro, con riferimento all'evoluzione del diritto comunitario, è stato sottolineato come anche in tale sistema è avvenuto un percorso "circolare" che, muovendo dagli iniziali e puntuali obiettivi comunitari (contrassegnati dalla protezione dei diritti patrimoniali classicamente intesi), si è arricchito progressivamente di contenuti diversi (politivi, monetari, finanziari, sociali, ambientali, umanitari). Su tali profili, si v. il saggio di M.C. ROMANO, *Ordinamento amministrativo europeo, situazioni protette e oggetto del sindacato giurisdizionale. Tra Corte di giustizia e Corti nazionali*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, 101-216.

⁴⁶ In realtà, l'oggetto del giudizio è stato individuato nel comma 6 dell'art. 168 *bis* legge fallimentare e nell'art. 38, comma 1, lett. a d.lgs. n. 163/2006.

⁴⁷ Per un primo commento alla decisione, si v. I. PICARDI, *Secondo la Consulta, il differente trattamento riservato alla mandataria di un RTI in concordato in continuità - rispetto all'impresa che concorra in forma singola o in qualità di mandante - trova giustificazione nella particolare modalità della sua partecipazione alla gara*, in www.appalticontratti.it.

Non di meno, le coordinate ermeneutiche stabilite nella decisione - che peraltro ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità sollevate - sono utili anche per l'analisi dei problemi trattati in questa sede.

Il comune denominatore, infatti, è rappresentato dalla crisi di impresa e dal dialogo tra gli stessi principi della Carta fondamentale (libertà di iniziativa economica, tutela della concorrenza, buon andamento della pubblica amministrazione).

In breve, il ragionamento della Corte si articola nei seguenti termini.

La *ratio* della norma censurata - la quale stabilisce che l'impresa in concordato può concorrere alla procedura di gara per l'affidamento di un contratto pubblico anche riunita in R.T.I., purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti a tale raggruppamento non siano (a loro volta) assoggettate a una procedura concorsuale - è stata individuata nella finalità di preservare l'interesse pubblico al corretto e puntuale adempimento delle prestazioni oggetto del contratto. Quindi, il divieto stabilito dall'art. 186-*bis*, sesto comma legge fallimentare tende a scongiurare il pericolo che, all'esito della procedura di affidamento, la pubblica amministrazione si trovi in una relazione contrattuale con imprenditori non affidabili sotto il profilo economico e finanziario.

La disposizione costituirebbe (così si esprime la Corte) un'eccezione all'eccezione ripristinando, per il caso della mandataria, la norma generale (il divieto *ex* art. 80, comma 5, lett. b, Codice dei contratti) che esclude dalle gare pubbliche gli operatori sottoposti a procedure concorsuali (anche nel caso in cui penda il procedimento per la dichiarazione di una di dette situazioni).

La regola, che ripristina il divieto dell'art. 80, si riferisce al concordato preventivo con continuità aziendale (ma l'ipotesi vale pure nel concordato in riserva) - come regolato dall'art. 186 *bis*, comma 3 legge fallimentare - che prevede invece la stabilità dei contratti in corso con le amministrazioni e, al contempo, consente all'operatore di partecipare alle gare senza incorrere in ipotesi di esclusione.

La deroga al divieto, secondo il Giudice delle leggi, è funzionale a consentire (in via eccezionale) alle imprese che si trovino in questa condizione di acquisire "*commesse pubbliche e garantire così una migliore soddisfazione dei creditori?*" (si noti il *refrain* sul principio della tutela del ceto creditorio).

Il differente trattamento riservato all'impresa mandataria di un R.T.I. in concordato di continuità, rispetto alle diverse ipotesi poste a raffronto con essa dai giudici a *quibus*, trova giustificazione, nella prospettiva Corte della costituzionale, nella diversa modalità della sua partecipazione alla gara e, in caso di aggiudicazione della gara, al rapporto che si instaura con la pubblica amministrazione rispetto alla partecipazione dell'operatore economico che concorra in forma singola, o in qualità di mandante di un R.T.I., oppure anche come mandataria di imprese che si costituiranno in consorzio.

Dell'amministrazione appaltante, la mandataria sarebbe il "diretto interlocutore" per conto di tutte le imprese riunite, quale loro rappresentante esclusivo e quale garante, anche per conto delle mandanti, della corretta esecuzione dell'appalto.

La mandataria, oltre a rispondere in proprio delle prestazioni prevalenti o principali, è sempre responsabile in solido nei confronti della stazione appaltante per l'esecuzione di tutte le prestazioni previste dal bando di gara, anche quelle scorporabili o secondarie di competenza delle mandanti⁴⁸.

Secondo il ragionamento della Corte, la partecipazione alla gara di una mandataria in concordato preventivo con continuità aziendale potrebbe, quindi, costituire motivo di pregiudizio aggiuntivo per la pubblica amministrazione, la quale si vedrebbe esposta al rischio del fallimento dell'unico debitore comunque solidale.

Non è utile in questa sede indugiare sulla logicità dell'assunto per il quale l'impresa in crisi, che partecipa singolarmente alla gara, sarebbe (in teoria) meno "pericolosa" per il committente di quanto invece non lo sarebbe in qualità di mandataria (senza che si sia valutato che anche le mandanti sono responsabili in solido nei confronti del committente e che pertanto, il fatto che vi sia un R.T.I., anziché un'impresa singola, finisce solamente per ridurre i rischi di inadempimento e non certo aggravarli)⁴⁹.

Ciò che rileva, infatti, è aver in teoria segnato un "punto a favore" del principio di efficienza e di tutela delle esigenze della stazione appaltante (in luogo della salvaguardia delle "prerogative" dei privati). L'esclusione della mandataria, seguendo il ragionamento della Corte, sarebbe pertanto diretta a evitare che la crisi dell'operatore possa mettere in discussione il rapporto con l'amministrazione appaltante, in

⁴⁸ La Corte ha poi precisato che, "sebbene nei raggruppamenti di tipo orizzontale (in cui le prestazioni di tutte le imprese riunite sono omogenee e si distinguono solo sul piano quantitativo) anche le mandanti assumano una responsabilità solidale, tra esse e con la mandataria, il ruolo della mandataria rimane comunque, in questo stesso tipo di RTI, peculiare, in quanto il suo potere rappresentativo, anche processuale, agevola la stazione appaltante che - pur non perdendo la facoltà di agire direttamente nei confronti delle mandanti (ex art. 48, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016) - può limitarsi a rivolgersi direttamente ed esclusivamente alla mandataria per far valere in ogni sede, non ultimo quella giudiziale, le ragioni derivanti dall'esecuzione dell'intero contratto". Più in generale, la distinzione tra A.T.I. orizzontali e A.T.I. verticali - oggi enunciata sul piano legislativo dall'art. 48, comma 2 Codice dei contratti - poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara: in linea generale, l'A.T.I. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (o "associande") sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti l'oggetto dell'appalto, mentre l'A.T.I. verticale è connotata dalla circostanza che l'impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate anche tra di loro, sicché nell'A.T.I. di tipo verticale un'impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili. Sul piano del regime della responsabilità, nelle A.T.I. orizzontali ciascuna delle imprese riunite è responsabile solidalmente nei confronti della stazione appaltante, mentre nelle A.T.I. verticali le mandanti rispondono ciascuna per le prestazioni assunte e la mandataria risponde in via solidale con ciascuna delle imprese mandanti in relazione alle rispettive prestazioni secondarie (si v. Cons. Stato, ad. plen., 13 giugno 2012, n. 22).

⁴⁹ In questo senso, quindi, la disciplina maggiormente restrittiva prevista per la mandataria non sembrerebbe poter trovare adeguata giustificazione nel regime di responsabilità degli operatori riuniti in R.T.I., essendo tale istituto volto proprio a garantire una maggiore stabilità dei rapporti intercorrenti fra il gruppo e le stazioni appaltanti, ponendo a carico dei singoli obbligazioni dirette ad assicurare - nei modi e nei termini richiesti dal controparte contrattuale pubblica - le prestazioni cui non possa provvedere direttamente il componente che se ne era fatto carico.



un modo che il legislatore “*nell’esercizio non irragionevole della sua discrezionalità, ha ritenuto non tollerabile: da ciò la scelta legislativa di sottrarre questa ipotesi al regime derogatorio*”.

Da qui ne deriverebbe la non irragionevolezza della norma (né la violazione dell’art. 41 Cost.). La scelta, operata dal legislatore, sarebbe il frutto del complesso bilanciamento tra l’interesse della stazione appaltante al corretto adempimento della prestazione, nella particolare ipotesi del contratto concluso con un R.T.I., e l’interesse al superamento della crisi dell’impresa in concordato preventivo con continuità aziendale, da perseguire anche attraverso la partecipazione dell’impresa stessa alle procedure di affidamento dei contratti pubblici al fine della migliore soddisfazione dei creditori.

Questi, in sostanza, i concetti espressi dalla Corte costituzionale.

Ai nostri fini, ciò che appare interessante nella decisione è il rinnovato interesse nei confronti dell’esigenza della pubblica amministrazione di vedere correttamente adempiuto il contratto affidato, evitando il *vulnus* determinato dallo stato di crisi dell’impresa.

Dunque, non solo l’esigenza di conservazione dell’azienda (la sua continuità), ma anche la tutela della stazione appaltante, intesa (pure) come potere delle amministrazioni pubbliche di selezionare il contraente più qualificato, capace e “solido finanziariamente”, prerogativa che pone la loro attività al riparo da violazioni al principio di buon andamento (art. 97 Cost.).

Che la libertà di iniziativa economica e la salvaguardia dell’attività di impresa non possano costituire l’unico prisma attraverso cui guardare il rapporto tra crisi di impresa e gare pubbliche è chiarito nella parte finale della sentenza.

La tutela dell’autonomia privata, osserva la Corte costituzionale, non è assoluta. Non è configurabile la lesione della libertà d’iniziativa economica se l’apposizione - da parte del legislatore - di limiti di ordine generale al suo esercizio è funzionale all’utilità sociale (all’armonioso sviluppo della collettività nel suo insieme), fatto sempre salvo lo scrutinio di ragionevolezza affidato alla Corte.

L’utilità sociale, come limite all’esercizio delle libertà sancite dall’art. 41 Cost., va, nella specie, individuata nel perseguimento dell’interesse pubblico al corretto e puntuale adempimento delle prestazioni affidate, aspetto privilegiato dal legislatore con l’opzione che esclude la partecipazione alla gara per l’impresa (mandataria di R.T.I.) in concordato con continuità⁵⁰.

Da qui la coerenza (del concetto di utilità sociale e della scelta del legislatore) con l’interesse dell’amministrazione pubblica a scegliere il contraente più affidabile e capace di adempiere, scelta che,

⁵⁰ Sull’utilità sociale, per una lettura in ambito costituzionale, si cfr. G. SCARCIA, *In tema di concorrenza, utilità sociale e Costituzione*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2011, 2, 217-229. I. DE CESARE, *Concorrenza e utilità sociale*, in *federalismi.it*, 2020, 8. E. M. LANZA, *Concorrenza, iniziativa economica e utilità sociale: spigolature su principi e limiti tra ordinamento europeo e Costituzione italiana*, in *Rass. dir. pubbl. eu.*, 2016, 1, 89-101.

sottolinea il Giudice delle leggi, risulta in conformità e non in contrasto con il principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

La natura poliorcetica della libertà di iniziativa economica e del principio della concorrenza ha trovato un ostacolo lungo il suo cammino.

8. Il confronto (sottinteso) tra principi costituzionali nelle Adunanze Plenarie del Consiglio di Stato nn. 9, 10 e 11 del 2021

Nella *vexata quaestio* del rapporto tra imprese in crisi e gare pubbliche è intervenuto - di recente - pure il Consiglio di Stato, il quale, con tre Adunanze plenarie (nn. 9, 10 e 11 tutte del 27 maggio 2021), si è pronunciato su alcuni nodi della disciplina, delineando un insieme di principi funzionali soprattutto (ma non solo) a orientare gli operatori in un contesto di crisi come quello attuale.

Le decisioni, nel loro insieme, prendono in esame gli artt. 48 e 110 del Codice dei contratti (nel primo caso, nella versione vigente, senza quindi tener conto delle modifiche che saranno introdotte con il Codice della crisi di impresa, e, per l'art. 110, considerando la versione a seguito dello sblocca-cantieri) e l'art. 161, comma 6 legge fallimentare (nella configurazione risultante per effetto delle modifiche degli anni 2012-2013).

Per quanto di interesse in questa sede, la sentenza n. 9 esamina il rapporto tra istanza di concordato in bianco o con riserva e partecipazione alle gare; inoltre, verifica il tema della sostituibilità della mandante di un R.T.I. che abbia presentato, in fase di gara, istanza di concordato (sempre) in bianco.

Sulla prima questione, il giudice stabilisce che la partecipazione alle gare pubbliche è dal legislatore considerata, a seguito del deposito della domanda di concordato (anche in bianco o con riserva), come un atto che deve essere comunque autorizzato dal tribunale (ordinario), acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato. L'assenso alla partecipazione alla procedura deve intervenire entro il momento dell'aggiudicazione, non occorrendo però che l'impresa che abbia presentato domanda in riserva sia anche già stata ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale.

Sull'art. 48 commi 17, 18 e 19 *ter* Codice dei contratti pubblici, il giudice ammette la sostituzione della mandante (non della mandataria) di un R.T.I. che - durante la gara - abbia presentato domanda di concordato *ex art.* 161, sesto comma legge fallimentare (un concordato in bianco) se l'autorizzazione non viene utilmente rilasciata dal tribunale.

Tuttavia, ciò deve realizzarsi attraverso la mera estromissione dell'impresa, senza che sia consentita l'aggiunta di soggetti esterni al raggruppamento, al quale dovrà essere assegnato, altresì (dalla stazione appaltante), un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente e rapidamente la propria partecipazione alla competizione.

La sentenza n. 10 torna sull'interpretazione dell'art. 48, stessi commi, specificando che la sostituzione (meramente interna) del mandatario o del mandante di un R.T.I. con altro soggetto dello stesso raggruppamento in possesso dei requisiti è possibile, in fase di gara, solo nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo (che non preveda la continuità aziendale) oppure di liquidazione.

Qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione o anche liquidazione giudiziale o, più in generale, per esigenze riorganizzative dello stesso raggruppamento, a meno che queste esigenze non siano finalizzate a eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara.

Pure in questo caso, all'R.T.I. dovrà essere assegnato (sempre dall'amministrazione aggiudicatrice) un congruo termine per la riorganizzazione del suo assetto interno, tale da poter riprendere correttamente e rapidamente la partecipazione alla competizione oppure la prosecuzione del rapporto contrattuale.

La sentenza n. 11, infine, affronta alcune tematiche specifiche del concordato con riserva. Il Consiglio di Stato chiarisce che una domanda in tal senso non implica una sorta di automatismo nella perdita dei requisiti generali per la partecipazione alla competizione, essendo rimessa al giudice (ordinario) - al quale l'operatore che ha chiesto il concordato si dovrà tempestivamente rivolgere fornendo tutte le informazioni necessarie - valutare la compatibilità della partecipazione in virtù e nella prospettiva della continuità aziendale.

L'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara pubblica dovrà intervenire entro il momento dell'aggiudicazione della stessa, non essendo necessario, però, che - in tale momento - l'impresa (inclusa quella che abbia presentato domanda di concordato in bianco o con riserva) sia anche già stata ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale.

Questi, in estrema sintesi, i principi espressi dal Consiglio di Stato.

Sul piano del confronto tra valori costituzionali, e pertanto dell'oggetto della nostra indagine, risultano alcuni spunti di interesse nelle decisioni della Plenaria, i quali devono essere segnalati come fonti di (ulteriore) dibattito.

Innanzitutto, il giudice, consapevole della necessità di salvaguardare le imprese in crisi - favorendo la loro partecipazione alle gare - non dimentica l'essenza della disciplina (di stampo pubblicistico) rappresentata dal Codice dei contratti.

Nell'Adunanza plenaria n. 10, a proposito dei valori sottesi all'art. 48 Codice degli appalti, il giudice sottolinea che la norma non intende "sanzionare" gli altri incolpevoli partecipanti al raggruppamento, che non abbiano alcuna responsabilità nell'evento che ha colpito la mandataria o la mandante, né avvilire (si noti) l'iniziativa economica, sancita dall'art. 41 Cost., con l'esclusione del raggruppamento a cui viene impedito di ricorrere a una sostituzione aggiuntiva con l'inserzione di un soggetto nuovo (in fase di gara).

La funzione della norma è solo regolare la prosecuzione del rapporto contrattuale (o della gara) con il raggruppamento in cui un operatore, mandatario o mandante, sia stato interessato da un evento (definito) eccezionale. L'obiettivo è dunque impedire un *vulnus* al principio di parità di trattamento tra le imprese interessate all'aggiudicazione e, quindi, prosegue il giudice, “*al valore primario della concorrenza nel suo corretto esplicarsi?*”.

In tale prospettiva, secondo il Consiglio di Stato, sarebbe (semmai) l'aggiunta di un soggetto esterno all'originario R.T.I. a ledere non soltanto l'interesse pubblico al corretto svolgimento della competizione e alla trasparenza nell'esecuzione del contratto, bensì lo stesso interesse (questa volta) al bene della concorrenza - tutelato dall'art. 41 Cost. - degli altri partecipanti alla gara, che hanno il diritto di confrontarsi a parità di condizioni con chi ha preso parte a tutte le fasi della procedura.

I riferimenti alla dialettica “sottotraccia” tra valori costituzionali emergono, anche se sfumati, pure in altri momenti delle decisioni.

Nella plenaria n. 9 si rimarca l'impostazione di fondo della disciplina dei contratti con la pubblica amministrazione (si cita, tra gli altri, l'art. 15 l. 10 febbraio 1962, n. 57 sull'istituzione dell'albo nazionale dei costruttori), in cui il tema della crisi di impresa è sempre stato affrontato, per lo più o primariamente, secondo la prospettiva e dal punto di vista della stazione appaltante (tranne, come si visto in questo scritto, a partire dai primi anni Duemila con le riforme del fallimento che hanno portato al centro del problema la salvaguardia della continuità d'impresa).

Ci si è mossi nella preoccupazione che la crisi aziendale potesse minare alla radice l'affidabilità dell'appaltatore in vista della realizzazione della commessa pubblica (e così impedire o rendere difficile il soddisfacimento degli interessi della collettività).

A tale preoccupazione, l'ordinamento ha risposto con norme di “ordine pubblico”, poste quindi a tutela della stazione appaltante e improntate a una (tendenziale) regola di esclusione obbligatoria e automatica dalla gara e dall'esecuzione del contratto.

L'assenso alla partecipazione di un'impresa in crisi alle gare pubbliche deve, così, avvenire sotto “vigilanza”, la quale viene intesa come esigenza di controllo giudiziale *ab initio* che, realizzandosi sin dal momento in cui si costituisce il rapporto processuale con il giudice fallimentare, rappresenta il punto di equilibrio tra la tutela del debitore e quella dei terzi⁵¹.

I terzi - viene da pensare - in questa prospettiva non sono ovviamente solo i creditori dell'operatore economico, ma anche la stazione appaltante, con le esigenze di tutela della collettività, cui la relativa azione è vincolata e in ragione della quale ha ottenuto - dalla legge - l'investitura della (e nella) funzione

⁵¹ Cons. Stato, ad. plen., n. 9/2020, cit.

stessa⁵². Anche se è facile ipotizzare in concreto che la valutazione operata dal tribunale sia culturalmente orientata alla tutela dei terzi intesi come creditori sociali.

Un riferimento ai valori costituzionali in “competizione” nel rapporto tra crisi di impresa e gare pubbliche emerge anche nella plenaria n. 11.

In questo caso, l’aspetto interessante riguarda la “funzionalizzazione” del ruolo del giudice fallimentare (nell’attività di previa autorizzazione dell’imprenditore a partecipare alla gara) alle esigenze della competizione pubblica.

Il principio secondo cui l’autorizzazione in questione debba intervenire prima che il procedimento di gara abbia termine e, dunque, prima che sia formalizzata da parte della stazione appaltante la scelta del miglior offerente tramite l’aggiudicazione, produce una “torsione” della funzione giurisdizionale - tradizionalmente non sottoponibile a vincoli esterni e soggetta soltanto alla legge - che viene così chiamata a sostenere il procedimento amministrativo di gara, quindi, a contribuire al buon esito di un’attività spettante al potere esecutivo.

Il limite temporale definito, (più) idoneo ad assicurare l’ordinato svolgimento della procedura, senza far carico all’amministrazione aggiudicatrice e agli altri concorrenti dei possibili ritardi legati ai tempi di rilascio (o di richiesta) dell’autorizzazione, diventa così fattore di parziale “osmosi” tra funzioni e poteri costituzionalmente distinti, in tal senso determinando (forse) una cattura di quello giurisdizionale da parte di quello esecutivo⁵³.

Allo stato non abbiamo dati certi, ma sarebbe in tal senso interessante - per capire davvero se c’è cattura da parte della pubblica amministrazione (o cattura dell’esecutivo da parte del giudice) - quali limiti incontra (o può incontrare) la stazione appaltante (e poi eventualmente il giudice amministrativo) nel sindacare il contenuto dell’autorizzazione rilasciata all’impresa dal giudice ordinario e la relazione/parere del commissario.

È evidente l’importanza della questione. Riguarda, in definitiva, i vincoli (o limiti) esterni all’esercizio della discrezionalità amministrativa. Sottotraccia (ma neanche tanto), appare ancora una volta allo studioso il conflitto tra libertà di iniziativa economica, tutela della concorrenza e buon andamento della pubblica amministrazione⁵⁴.

⁵² Su tali concetti, si v. M. STIPO, voce *Aldo Piras*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII – XX Secolo)*, Bologna, 2013, 1598.

⁵³ Sul fattore tempo nell’amministrazione, si v. S. OSELLA, *La centralità del “tempo” nella valutazione della correttezza della Pubblica Amministrazione*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2012, 3, 649-660. D. ANDRACCHIO, *Tempo, economia e responsabilità tra “Stato-amministrazione” e “Stato-giudice”*, in *Diritto Pubblico Europeo, Rassegna online*, 2017, 1, 57.

⁵⁴ G. PASSINO, *“Rule of Law” e il “nuovo” stato regolatore: una lezione australiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 4, pp. 1212-1216. Il tema investe, inevitabilmente, anche la questione delle “regole del gioco”, su cui S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, 2, 265 ss.

9. Alcune considerazioni conclusive

Giunti al termine della nostra breve indagine è ora possibile trarre delle conclusioni.

Lo studio proposto in questa sede ha cercato di verificare un aspetto (solitamente) poco indagato dalla letteratura scientifica che si è occupata del rapporto tra crisi d'impresa e gare pubbliche.

Impegnati nella ricostruzione “dogmatica” degli istituti coinvolti, pure a causa delle innegabili complicazioni normative che si sono prodotte per effetto delle riforme a partire dal 2012, gli osservatori hanno messo in secondo piano l'indagine sul confronto tra valori costituzionali sottesi (a volte, pare, inconsapevolmente) nelle scelte di politica legislativa susseguitesesi negli anni.

Era utile, pertanto, iniziare a indagare – o almeno a tentare di indagare – il continuo “bollore”, provocato dal confronto tra valori costituzionali, in un terreno particolarmente sensibile alle istanze dei privati (interessati per lo più a salvaguardare l'impresa e i posti di lavoro) e dello Stato banditore (il cui obiettivo è avere partner capaci e solidi dal punto di vista economico in grado di portare a compimento nei tempi programmati le commesse affidate)⁵⁵.

L'analisi del confronto tra valori costituzionali (la loro eventuale combinazione, i valori favoriti in dato momento storico e penalizzati, invece, in un altro, i conseguenti effetti prodotti sull'agire della pubblica amministrazione e sulle libertà dei privati e così via), in questo settore, è una sorta di barometro con il quale misurare alcune tendenze.

Innanzitutto, nel confronto tra valori costituzionali, tramite quali strumenti e moduli giuridici alcuni di questi hanno ricevuto maggiore attenzione rispetto agli altri.

Questo aspetto è interessante per comprendere il “vettore” (legge, provvedimento amministrativo, atto del giudice o una combinazione di questi) tramite il quale si consente a un principio di “prevalere” apparentemente sull'altro.

In secondo luogo, le dimensioni dell'area oggettivamente pubblica e quindi il peso dello Stato nella regolazione delle attività economiche private, in particolar modo, quelle in difficoltà finanziaria (si è passati, negli ultimi anni, da una regolazione dei mercati a una regolazione delle crisi industriali).

In terzo luogo, forse la tendenza più interessante, le modalità con cui agisce questa “area pubblica”, che non opera più (o non solo) nel contesto di una rigida separazione tra poteri dello Stato, ma attraverso “moduli” (parrebbe) amministrativi in cui la funzione del giudice (in questo caso il giudice fallimentare)

⁵⁵ Sul complesso tema della strumentalità delle procedure di gara rispetto a obiettivi ad esse estranei, si veda: *D. Capotorto, “Lo Stato ‘consumatore’ e la ricerca dei suoi principi”, in Dir. Amm., fasc. 1, 2021, p.162: “E così lo Stato tenta di incentivare comportamenti virtuosi mediante le proprie scelte di consumo, alla ricerca di esternalità positive, anche a discapito dell'esigenza di acquistare beni e servizi alle migliori condizioni per il benessere del consumatore”.*

appare frammento in un procedimento più complesso, con inevitabili conseguenze (ancora da verificare) sulle prerogative della pubblica amministrazione come, per esempio, la discrezionalità amministrativa⁵⁶.

Sul primo aspetto, questo contributo ha messo in luce - nelle diverse fasi storiche - la tendenza (da qui il termine poliocertico) dei principi di libertà di iniziativa economica e tutela della concorrenza a sopravanzare, in termini di valore o di “peso”, quello di buon andamento dell’amministrazione, che in effetti è sembrato (e in parte ancora sembra) non in grado di contrastare efficacemente il tentativo (innanzitutto, legislativo) di dequotare l’interesse pubblico all’efficace e rapido svolgimento delle gare e alla corretta esecuzione dei contratti rispetto all’esigenza (che pare prevalente) di garantire la continuità aziendale e i posti di lavoro.

È una prospettiva che desta dubbi, soprattutto se si pensa che i progetti da realizzarsi tramite i fondi del *Next Generation EU* (e relativa declinazione rappresentata in sede europea dal *Recovery Fund* e, a cascata, dai piani di resilienza nazionali) saranno legati al rigoroso rispetto dei cronoprogrammi nella realizzazione degli interventi pubblici e, fatto nuovo, pure al soddisfacimento, da parte degli stessi, dell’interesse selezionato (ovvero il soddisfacimento dell’interesse sotteso alla realizzazione della specifica opera, non la sola opera in se considerata) pena la perdita dei finanziamenti⁵⁷.

⁵⁶ Sulla discrezionalità amministrativa, a fronte di una letteratura imponente, ci si limita a richiamare: M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 1098 ss.; *Id.*, (voce), *Potere discrezionale*, in *Nuovo dig. it.*, X, Torino, 1939, 76 – 78; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Ann. dir. comp.*, 1948, XXII, 340 ss. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986. M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463 ss. Per una lettura più attuale, relativamente alla manualistica, R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Milano, 2019, I, 567 ss.

⁵⁷ Su tali profili, si v. A. MURATORI, *il PNRR italiano all’esame della Commissione europea: le novità della “versione Draghi”*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2021, 6, 417 ss. Si v. anche la memoria della Corte dei conti, sezioni riunite in sede di controllo, A.C. 3146, Memoria della Corte dei conti sul decreto-legge, n. 77/2021 recante “*Governance del piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*”, giugno 2021. Sempre di A. MURATORI si v. pure *I “cantieri” aperti per le riforme da realizzare nel corso della fase attuativa del PNRR italiano*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2021, 7, 499 ss. D. IMMORDINO, “*Recovery plan*”? *Sostegno allo sviluppo ed equilibrio finanziario con il “tesoro” dei lavori pubblici*, in *Appalti e Contratti*, 2020, 7-8, 15-20. L. FIORENTINO, *Il piano di ripresa e il sud*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 2, 200-201, spiega: “*Con riferimento al Next generation EU, è importante precisare che esso rappresenta l’emblema della eccezionale risposta dell’Unione europea alla crisi pandemica. Si tratta di «una decisione straordinaria per far fronte a una crisi straordinaria», diametralmente opposta alla reazione più lenta e incerta con cui l’Unione ha affrontato la crisi del 2008-2012. L’accordo sul quadro finanziario pluriennale 2021-2027 e sul Next Generation EU, raggiunto dal Consiglio europeo nelle riunioni tra il 17 al 21 luglio 2020, è stato confermato nelle votazioni del 17 e 18 dicembre 2020 ed il relativo Regolamento è stato infine approvato il 10 febbraio 2021. Il programma più importante dello strumento, dotato di 750 miliardi di euro (di cui 390 miliardi per sovvenzioni e 360 miliardi per prestiti), è costituito dal Piano per la ripresa e la resilienza, che mette a disposizione 672,5 miliardi di euro (di cui 312,5 miliardi in sussidi e 360 miliardi in prestiti). Secondo le stime, le risorse complessive che confluirebbero nel nostro Paese ammontano a 208,6 miliardi di euro (di cui 127,6 miliardi di euro a titolo di prestiti e 81 miliardi di euro sotto forma di sovvenzioni). Il totale dei sussidi sarà calcolato in due rate, pari rispettivamente al 70 per cento e al 30 per cento del totale. La prima rata dovrà essere impegnata negli anni 2021 e 2022 e calcolata sulla base di parametri quali la popolazione, il PIL pro capite, il tasso di disoccupazione nel periodo 2015-2019; la seconda, invece, dovrà essere impegnata entro la fine del 2023 e sarà calcolata nel 2022, facendo riferimento ai criteri della perdita del PIL reale osservata nell’arco del 2020 e della perdita cumulativa del PIL reale nel periodo 2020-2021. A seguito dell’approvazione del Piano, sarà possibile chiedere un prefinanziamento pari al 13% già nel 2021”.*

Pertanto, più che dare ipotetiche *chances* a imprese in difficoltà (secondo la filosofia oggi apparentemente prevalente in tema di rapporti tra aziende in crisi e gare pubbliche), il legislatore dovrebbe (forse) preoccuparsi di approntare meccanismi idonei a garantire il rigoroso rispetto dei contratti, soprattutto in fase esecutiva (la cui regolazione è lasciata, pressoché totalmente, nelle sole mani della stazione appaltante), nella quale l'azienda - e questo è quasi un paradosso - può continuare a gestire il contratto stante la dichiarazione di fallimento⁵⁸.

Il vettore attraverso cui il tratto poliorcetrico, della libertà di iniziativa economica e del principio di concorrenza, ha cercato di imporsi rispetto al buon andamento non è stato solo la legge, ma anche la giurisprudenza, la quale per troppo tempo (anche forse a causa di una non sempre soddisfacente conoscenza dei meccanismi economico/finanziari delle imprese) ha indossato lenti inadeguate a scorgere il confronto serrato tra principi (relativi a mercato, competizione, ruolo dei pubblici poteri, ecc.) che si animava all'interno del nucleo centrale delle norme⁵⁹.

Gli esiti sono stati una grande incertezza applicativa, profilo che ha penalizzato, in particolare, proprio le pubbliche amministrazioni favorendo così anche il contenzioso.

Sulle dimensioni dell'area oggettivamente pubblica, e pertanto sul peso dello Stato nella regolazione delle attività economiche private, l'analisi del complesso rapporto tra crisi di impresa e gare pubbliche è utile per indagare i nuovi spazi che la legislazione, nel tentativo di salvaguardare la continuità delle imprese, sottrae (questa volta) ai privati.

Si è passati, come sopra accennato, da uno Stato regolatore dei mercati (questo per effetto delle riforme intervenute a partire dai primi anni Novanta che ne hanno diminuito il peso diretto nell'economia)⁶⁰, a

⁵⁸ Si v. l'attuale formulazione dell'art. 110, comma 3 Codice dei contratti pubblici, che dispone: "Il curatore della procedura di fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa, può eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita con l'autorizzazione del giudice delegato".

⁵⁹ Oltre a questo aspetto, si v. alcuni profili più generali del complesso rapporto tra giurisdizione e disciplina dell'economia. Sul punto, come ha sottolineato G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 2014, 695, ss. il giudice amministrativo è da diverso tempo che viene accusato di eccessivo interventismo e formalismo, in nome di una cultura legalistica che mal si concilierebbe con le esigenze di funzionamento dei mercati e più in generale della vita collettiva.

⁶⁰ Lo Stato, in particolare, come ha scritto S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, 2008, 42-43, "rinuncia a riservare a sé stesso cospicui campi, lasciandoli all'iniziativa privata. Di conseguenza, dove prima vi erano concessioni, ora vi sono autorizzazioni (ad esempio, nel campo della telefonia). Le grandi imprese monopolistiche pubbliche (poste, telefoni, ferrovie, trasporto aereo e marittimo di linea, energia elettrica, gas), prima ordinate in modo diverso ma poste sotto il comando dello Stato, vengono trasformate in società per azioni e poi interamente o parzialmente vendute a privati. Il controllo sui settori di interesse pubblico, prima a carattere interno e svolto da organi politici, diviene esterno ed è affidato ad autorità indipendenti dal governo". In argomento, v. anche, di recente, C. FRANCHINI, *La disciplina pubblica dell'economia tra diritto nazionale, diritto europeo e diritto globale*, Napoli, 2020, 15 ss., 54 ss. Per un'analisi dell'intervento pubblico mediante "piani" - anche in prospettiva storica-evolutiva - si rinvia a N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, Bologna, 2007. Sull'arretramento dello Stato hanno influito anche le varie crisi economiche che si sono susseguite a partire dalla fine degli anni Novanta. In tal senso, F. MERUSI, *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. amm.*, 2015, 579 ss. si concentra sul fenomeno delle "liberalizzazioni". Secondo il Merusi, la liberalizzazione anticrisi consiste in questo: al modello del divieto con riserva di autorizzazione amministrativa, che ha caratterizzato nel secondo dopoguerra la disciplina di pressoché ogni iniziativa economica - nella dottrina italiana descritta in termini generali da

uno Stato regolatore delle “crisi d’impresa” (che invece dovrebbero trovare composizione in meccanismi economici e norme di diritto privato)⁶¹.

In tal senso, la disciplina del rapporto tra crisi d’impresa e gare pubbliche è uno dei principali terreni di confronto. A ben guardare, tutte le riforme finora intervenute sul tema - che hanno interessato la legge fallimentare e il Codice dei contratti pubblici – altro non sono che il tentativo di riportare nel perimetro dello Stato, con norme di ordine pubblico, aspetti che i meccanismi di auto-regolazione del mercato non riescono a metabolizzare⁶².

Il deficit assegna un ruolo di supplenza al legislatore, il quale si fa garante (ultimo) delle istanze di continuità aziendale, consentendo la partecipazione alle gare di imprese che sarebbero (inesorabilmente) tagliate fuori dal “circuito” se i meccanismi economici e del diritto privato funzionassero adeguatamente (e ciò per varie ragioni, che vanno dalla reputazione dell’imprenditore, alle difficoltà che tali imprese incontrerebbero nel reperire risorse nel mercato del credito, alle carenze nell’organizzazione imprenditoriale che non li consentirebbero di competere adeguatamente, ecc.).

Lo Stato, in definitiva, con la regolazione delle crisi d’impresa (attraverso l’ausilio della disciplina della contrattualistica pubblica), tenta di fornire un’ancora di salvezza ad aziende che, altrimenti, non potrebbero più competere; e questa ancora di salvezza (vien da dire il “reddito di ultima istanza” per la società) è data - appunto - dalla possibilità di partecipare alle gare per l’affidamento di contratti pubblici. Sulle modalità con cui agisce (o tenta di agire) questa “area pubblica” nel settore dei contratti pubblici (con l’obiettivo di arginare il dilagare delle “libertà imprenditoriali” e di riprendersi spazi di regolazione), l’analisi condotta ha evidenziato la configurazione embrionale di un peculiare modulo procedurale, nel quale, superandosi (apparentemente) la tradizionale suddivisione tra poteri dello Stato, il ruolo del giudice fallimentare diventa parte di un procedimento (amministrativo?) più complesso, governato però dalla stazione appaltante.

V. Spagnuolo Vigorita nell’opera *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962 - si è venuto sostituendo l’intervento del privato con riserva di intervento inibitorio da parte della pubblica amministrazione. Cambia in questo modo, secondo l’Autore, almeno con riferimento alle attività economiche, o comunque di rilievo economico, l’iniziativa del privato. All’iniziativa per ottenere un provvedimento amministrativo abilitante (l’autorizzazione o provvedimenti a effetti simili) si sostituisce un atto del privato, comunicato alla pubblica amministrazione, che può provocare un provvedimento inibitorio della stessa nell’ipotesi in cui l’amministrazione competente accerti che l’iniziativa del privato violi un divieto.

⁶¹ Sulle problematiche dell’intervento statale per il salvataggio delle imprese in difficoltà, si v., in generale, gli scritti di S. CASSESE pubblicati sui quotidiani tra i primi anni Sessanta e i primi anni Duemila. Un’analisi - della produzione giornalistica sul tema - è contenuta nel saggio di D. AGUS, *Stato ed economia: dalla sfiducia per il mercato alla diffidenza per lo Stato*, contenuto nel volume *L’insegnamento in pubblico. Gli scritti giornalistici di Sabino Cassese*, AA.VV., Milano, 2010.

⁶² Meccanismi che però, evidentemente, non riescono nel loro intento. Ecco perché lo Stato si pone quale argine ai fallimenti del mercato. In questo senso, come ha correttamente rilevato T. PADOA-SCHIOPPA, *Il governo dell’economia*, Bologna, 1997, 3, l’espressione “fallimento del mercato” è una traduzione infelice di *market failure* che sta per “insuccesso, cattiva riuscita, insufficienza, non per fallimento o bancarotta”. Il ruolo dello Stato quale regolatore delle crisi d’impresa potrebbe essere una peculiare declinazione di quel fenomeno di “amministrativizzazione” del diritto delle imprese messo in luce da S. AMOROSINO nel saggio *L’«amministrativizzazione» del diritto delle imprese*, in *Dir. amm.*, 2011, 607 ss.

L'assenso del giudice e il parere o la relazione del commissario, che giungono dopo una fase “semi-contenziosa”, non sembrerebbero possedere natura di atti giurisdizionali, né autonomia funzionale (perché sono necessari per l'accesso alla gara). Essendo destinati a confluire nel “procedimento principale” (di cui è diretta responsabile l'amministrazione che gestisce la gara), assumono la fisionomia di atti di assenso che (in teoria) dovrebbero essere valutati nel contesto di un'istruttoria destinata a verificare la solidità dell'azienda, con possibilità dunque di potersene discostare motivando in merito⁶³.

Si badi, la combinazione, in un unico procedimento, di atti che risultano espressione di prerogative di poteri distinti (nel caso di specie, quello giudiziario e quello esecutivo) non è un fenomeno nuovo.

Innanzitutto, già M.S. Giannini discorreva, nel suo trattato di diritto amministrativo, di “procedimenti formalizzati”, intesi come “*modo generale di svolgimento delle attività pubbliche, ossia è un genere, comprendente più specie, che sono in relazione, più che alle funzioni, ai poteri pubblici fondamentali*”⁶⁴.

Inoltre, in tempi più recenti, alcuni esempi di procedimenti amministrativi in cui si compenetrano funzioni tradizionalmente spettanti a poteri dello Stato distinti li ritroviamo in fattispecie affidate, dalla legislazione di settore, alle cure delle autorità amministrative indipendenti⁶⁵. Queste, nel contesto di

⁶³ Si v. le considerazioni *infra*.

Per una ricostruzione, in generale, sui moduli procedurali si rinvia a L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 584 ss. Invece, in merito alla questione dei procedimenti amministrativi europei e “composti”, cioè in parte nazionali e in parte comunitari, si v. G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi della Comunità europea*, in M.P. CHITI - G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, I, 225, 238 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999, 331; G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi composti dell'UE*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 307. Tra gli scritti più recenti, S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo*, in F. BIGNAMI - S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004, 31; G. MASTRODONATO, *I procedimenti amministrativi composti nel diritto comunitario*, Bari, 2007. Da ultimo, sempre di M.P. CHITI, si v. il contributo: *I procedimenti amministrativi composti e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 2 187 ss. e quello di S. DEL GATTO, *Procedimenti composti e competenza del giudice europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 4, 493 ss.

⁶⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 103. Si v. pure il paragrafo *Funzioni non amministrative attribuite al potere amministrativo*, contenuto sempre nell'opera *Diritto amministrativo*, cit., I, 81 ss.

⁶⁵ Le quali rispondono alla necessità di tutela di valori pubblici - come la regolazione di un mercato - e, allo stesso tempo, considerano anche le esigenze dei privati, come per esempio quella di far sanzionare le imprese che adottano condotte contrarie alla concorrenza. Sul tema, per la descrizione dei tratti comuni della autorità indipendenti, si v. S. CASSESE, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato nel “sistema” delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1, 103: “*Le autorità indipendenti nate in Italia nel decennio finale del XX secolo hanno alcune caratteristiche ricorrenti (non tratti comuni), che elenco. Operano, innanzitutto, in aree in cui è prevalente il diritto europeo su quello nazionale, per cui trovano in un dato extra-statale la loro forza o legittimazione principale. La normativa comunitaria contribuisce anche a definire funzioni e modalità operative delle autorità indipendenti (ad esempio, il Regolamento 1/2003 per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato). Per questo motivo, sono un fattore di disaggregazione dello Stato. Sono separate, in secondo luogo, dall'apparato amministrativo e monofunzionali, per cui non debbono né porsi problemi di coordinamento amministrativo, né operare ponderazioni di interessi pubblici configgenti. In questo senso contribuiscono alla frammentazione dello Stato. Terzo tratto: sono sottratte all'influenza diretta del governo, nel senso che i titolari non sono nominati da esso, oppure nel senso che esso non può dar loro direttive. A questo fine, i titolari hanno una durata nella carica che va oltre quella normale della legislatura parlamentare e il finanziamento è parzialmente autonomo (a carico dei “regolati”). Rompono, quindi, l'unità della funzione amministrativa. Vi sono preposti, in quarto luogo, collegi, per assicurare decisioni ponderate. Escono, quindi, dal normale modello amministrativo, di tipo monocratico. Operano, in quinto luogo, con procedure partecipate, in cui predominano l'obbligo di informare, quello di ascoltare e quello di motivare, tra di loro strettamente connessi. Mimano, quindi, il processo giudiziario. Infine, svolgono funzioni o di regolazione o di aggiudicazione, non comunque redistributive. Dunque, per esse il principio di legalità opera in modo diverso*”. Sulle autorità amministrative indipendenti si rinvia al testo di M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna,

procedure gestite in modo unitario, senza l'ausilio di altri poteri pubblici o apparati, esercitano funzioni (di regolazione, sanzionatorie, para-giurisdizionali) alle quali non è applicabile il tradizionale principio di legalità (né quello di suddivisione dei poteri secondo la Costituzione del 1948)⁶⁶.

Anche i procedimenti gestiti dalle autorità amministrative indipendenti presentano la stessa tensione tra differenti valori costituzionali in competizione e lo stesso problema di compenetrazione - in un procedimento gestito unitariamente e con un fine determinato dalla legge - di poteri e facoltà che, a suo tempo, la Carta fondamentale ha affidato ora al potere esecutivo ora a quello giudiziario ora a quello legislativo.

Naturalmente, al di là dei profili di contatto indicati, stazione appaltante e giudice fallimentare, nella dinamica del rapporto tra crisi d'impresa e gare pubbliche, non sono certo assimilabili - come natura e funzioni - alle "authorities".

Le autorità indipendenti, infatti, sono e restano fundamentalmente soggetti pubblici (distinti e autonomi, anche funzionalmente, dall'apparato di governo) chiamati a svolgere "funzioni o di regolazione [mercato finanziario, trasporti, credito, settore postale, ecc.] o di aggiudicazione, non comunque redistributive"⁶⁷.

Nel caso in esame, invece, si tratta di poteri che rimangono autonomi in tutto e per tutto, la cui attività viene tuttavia "procedimentalizzata" per consentire il soddisfacimento di un interesse (proprio) della stazione appaltante e cioè il buon esito delle procedure di affidamento di contratti pubblici (oppure dell'interesse del privato alla salvaguardia della continuità aziendale, se si considera prevalente la libertà di iniziativa economica e la tutela della concorrenza).

Lasciando da parte il fenomeno delle *authorities* (che necessiterebbe di specifiche indagini qui non possibili), l'interesse nei riguardi delle procedure finalizzate a comporre - tramite l'intervento di poteri

2005. Di qualche anno precedente è il contributo di F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in *Mercati e amministratori indipendenti*, a cura di F. BASSI e F. MERUSI, Milano, 1993, 159-161. Si cfr. pure S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002.

⁶⁶ Peraltro, sottolinea S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, I, 2000, 163, oggi vi sono il governo e l'amministrazione, l'uno separato dall'altra. Di questa situazione si trova riscontro anche nella Costituzione. In particolare, l'art. 70 dispone che la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere. L'art. 102, invece, stabilisce che la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario. Norme di questo tipo, continua Cassese, non esistono per la funzione esecutiva. Questa è divisa in due parti dalla Costituzione. In una (art. 95), essa è retta da un titolo che riguarda il governo, nell'altra (art. 97), da un titolo che riguarda la pubblica amministrazione.

⁶⁷ S. CASSESE, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, cit., 103. In particolare, la funzione di *adjudication* («aggiudicazione») consiste nell'applicazione al caso singolo - in forme c.d. «para-giurisdizionali» (e cioè senza una vera e propria ponderazione tra interessi pubblici e interessi privati) - delle norme che regolano un certo settore economico in cui opera l'impresa con l'adozione dei relativi provvedimenti. La funzione di regolazione («*rulemaking*») consiste nell'esplicazione di poteri normativi e quasi normativi nella definizione della disciplina di regolazione di un mercato, poteri così estesi da relegare - in alcuni casi - quasi a un ruolo di secondo piano la stessa legge del Parlamento. La funzione sanzionatoria è relativa alla possibilità di irrogare sanzioni amministrative in presenza di condotte tipizzate non conformi alle norme che regolano il settore di riferimento (ciò tramite modelli procedurali che ricalcano l'applicazione della legge 24 novembre 1981, n. 689, richiamata in tutto o in parte dalle leggi istitutive delle singole Autorità e dai regolamenti da esse adottati).

eterogenei (esecutivo e giudiziario) - valori costituzionali tra loro in “competizione” (come avviene nel caso delle gare pubbliche in relazione alla crisi d’impresa) è dato da più ragioni.

Innanzitutto, non sono così frequenti nell’ordinamento giuridico i procedimenti in cui convergono prerogative distinte di (più) poteri dello Stato chiamati a tutelare differenti valori costituzionali (non appartengono a questa categoria di procedimenti, ad esempio, quelli di natura “mista” riconducibili alle norme fallimentari - come la liquidazione coatta amministrativa o l’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi - destinati a salvaguardare non una funzione pubblica ma un’impresa).

L’ordinamento giuridico ha moltiplicato i centri di gestione amministrativa - e ciò è avvenuto per effetto della disgregazione del centralismo dello Stato anche in virtù degli effetti prodotti dall’ordinamento comunitario - lasciando, però, sostanzialmente inalterata la tradizionale distinzione tra attività giurisdizionale e attività dell’amministrazione⁶⁸.

Pertanto, l’indagine sulla relazione esistente tra gare pubbliche e crisi d’impresa è interessante perché dà la misura di (possibili) esempi di penetrazione tra poteri dello Stato, i quali però agiscono l’uno (in questo caso, probabilmente, quello giudiziario) in funzione apparentemente servente dell’altro (quello esecutivo).

È bene chiarire che questa è solamente una tesi. Potremmo scoprire, in realtà, che la funzionalizzazione - nel contesto del rapporto tra crisi di impresa e gare pubbliche - è subita della pubblica amministrazione, nell’ottica della salvaguardia non di un interesse della collettività, ma di un (preminente) beneficio privato (e cioè la continuità aziendale), che solo in via mediata risponde alla tutela di valori costituzionali collettivi⁶⁹.

Inoltre, la funzionalizzazione della relazione tra crisi di impresa e procedimento per l’affidamento di contratti pubblici (al buon andamento della pubblica amministrazione o, se si accetta il tratto poliorcetrico, all’iniziativa privata e alla concorrenza) è di interesse per la verifica degli spazi di manovra che la stazione appaltante possiede per sindacare gli atti provenienti dal “plesso giudiziario” e quindi indirizzare le proprie scelte⁷⁰.

⁶⁸ Sulla separazione dei poteri fondava, peraltro, l’esistenza di una riserva di amministrazione M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 170-171: “...nel nostro ordinamento costituzionale, invece, l’apparato esecutivo possiede un potere generale di direzione politico-amministrativa: il potere gli è attribuito direttamente dalla Costituzione, ed è territorio di “riserva” dei suoi organi, nel senso che è difeso da ogni ingerenza del parlamento, la quale non si esprima attraverso i consueti canali del sistema parlamentare e non rimanga nei limiti consentiti dal gioco interno a questo sistema”.

⁶⁹ A valle, sul rapporto tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa, G. POLI, *Autonomia privata e discrezionalità amministrativa a confronto. La prospettiva della ragionevolezza*, in *Dir. amm.*, 2018, 4, 863-913; Id., *La discrezionalità amministrativa e l’autonomia privata davanti alla legge*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, 2, 353-373.

⁷⁰ Su questo aspetto, in R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 70 – 71 si evidenzia che “la funzionalizzazione della scelta che avviene nell’esercizio del potere discrezionale consente altresì di distinguere discrezionalità e autonomia privata. ... alle libere scelte espressione di autonomia privata non è imposto alcun fine da perseguire ed esse sono soggette solo a limiti d’ordine negativo, destinati ad impedire alle azioni umane di uscire dalla sfera del lecito. ... La scelta compiuta nell’esercizio dell’attività discrezionale è funzionalizzata ad interessi non propri dell’amministrazione agente, è vincolata nel fine”.

Sul punto, mancano ancora dati concreti. Quindi, non potendo utilizzare il metodo induttivo, si può solamente dedurre che tanto più sarà considerato “forte” o “preminente” l’interesse alla conservazione della continuità aziendale, tanto meno sarà possibile - per la stazione appaltante - sindacare in concreto (tramite la discrezionalità amministrativa e il bilanciamento tra interessi distinti) l’esistenza dei presupposti di solidità economica e finanziaria già accertati dal giudice (e dal commissario).

Un’ultima considerazione.

In questo scritto si è visto come il legislatore, in merito al rapporto crisi d’impresa - gare per l’affidamento di contratti della pubblica amministrazione, abbia negli ultimi anni (complice la crisi economica) cercato di privilegiare la partecipazione dei soggetti in difficoltà finanziaria, così creando una tensione tra valori costituzionali sottesi all’evidenza pubblica che - come verificato - sembrerebbe aver favorito la libertà di iniziativa economica e la concorrenza rispetto al buon andamento. Finendo peraltro per consegnarci un giudice che “fa” amministrazione.

Ebbene, un fenomeno in parte diverso, e per certi versi inverso, è avvenuto in tema di requisiti “moralì” per partecipare alle gare pubbliche.

In particolare, ci si riferisce - ma di esempi se ne potrebbero fare molti soprattutto in relazione alle modifiche intervenute nel corso del tempo all’art. 80 Codice - alle novità introdotte con il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (il decreto “semplificazioni”)⁷¹ e, segnatamente, al tema dei c.d. protocolli di legalità. Questi - come è noto - hanno tratto origine dalla prassi amministrativa nel settore delle “grandi opere”, per garantire più trasparenza ai processi decisionali pubblici, cercando di contenere l’insorgenza di fenomeni corruttivi cagionati dall’infiltrazione delle organizzazioni criminali di stampo mafioso⁷².

⁷¹ Sulle novità in materia di appalti, si v. F. GAFFURI, *La disciplina degli appalti pubblici dopo il “decreto semplificazioni”*, in *Giur. it.*, 2021, 1243; tra gli altri, A. RUFFINI, *Decreto Semplificazioni: come cambiano le procedure di affidamento*, in *Urb. e app.*, 2020, 5, 599; C. CONTESSA, *Le novità del “Decreto semplificazioni”, ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un “Codice”?*, *ivi*, 6, 2020, 762; D. GALLI, *I contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 6, 727.

⁷² Sul tema, sia consentito rinviare a S. VINTI, *I protocolli di legalità e il diritto europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 3, 318 ss. Come ricorda F. SAITTA, *Informative antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, in *Riv. trim. app.*, 2014, 2, 425, i protocolli di legalità traggono origine dal patto di integrità sviluppato negli anni ’90 del secolo scorso da *Transparency International Italia* per aiutare il governo italiano nella lotta alla corruzione nel settore degli appalti pubblici. Sono strumenti volti a compensare meccanismi legislativi a volte incompleti e/o funzioni di controllo e repressione spesso lente e inefficaci. La diffusione dei protocolli di legalità nelle gare d’appalto conferma come nel nostro ordinamento si assista, ormai da tempo, allo stabile utilizzo di istituti tipici del diritto civile (come gli accordi, le convenzioni, le intese) per regolare ampi settori di competenza della pubblica amministrazione. Il fenomeno, com’è stato giustamente evidenziato, è la diretta conseguenza dell’evoluzione complessiva subita dal diritto amministrativo che ha progressivamente perso - ma non abbandonato - le caratteristiche di specialità di molte sue componenti. Su questi profili, per tutti, A. ROMANO TASSONE, *Brevi note sull’autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Scritti per Mario Nigro*, II, Milano 1991, 396; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento amministrativo dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995, 263; F. LEDDA, *La concezione dell’atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, II, 795.

La particolarità sta nel fatto che, attraverso una modifica al c.d. Codice delle leggi antimafia (d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), è stato introdotto un articolo (art. 83 *bis*), il quale stabilisce, al comma 3, che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto⁷³, anche quando si tratta di (mere) ipotesi di reato, peraltro non riferite direttamente all'operatore economico, e del tutto sprovviste di qualunque accertamento condotto (questa volta dalla pubblica amministrazione) nel rispetto dei principi di presunzione di non colpevolezza e di terzietà, dandosi così rilievo alle sole tesi "accusatorie", per giunta senza garanzia di contraddittorio.

Ora, in disparte ogni valutazione sulla disposizione e la sua conformità ai principi costituzionali e ai vincoli imposti dal Codice dei contratti (si cfr. art. 83, comma 8), non può non essere constatato come sia, questa volta, la pubblica amministrazione a svolgere una funzione "para-giurisdizionale" (che non le spetta), in un contesto di regole destinate a portare in evidenza il valore della legalità (e quindi, di rimando, l'art. 97 Cost.) rispetto alla tutela dell'attività imprenditoriale nelle sue multiformi manifestazioni⁷⁴.

Questa funzione, tuttavia, non dovrebbe competere alla pubblica amministrazione. Così, per rendere più aderenti ai principi costituzionali tali strumenti, l'accertamento di fattispecie rilevanti ai fini dell'esclusione secondo i protocolli di legalità dovrebbe semmai prevedere l'intervento del giudice, nel contesto di una propaggine dell'evidenza pubblica (e pertanto nell'ambito di un procedimento comunque affidato alla stazione appaltante), appositamente finalizzato al bilanciamento di interessi tra legalità e salvaguardia dell'iniziativa economica privata, che l'organo giudiziario dovrebbe "scandagliare" rilasciando, all'esito, un'autorizzazione alla partecipazione alla gara, alla conclusione del contratto, all'esecuzione del rapporto ecc.

Ciò tenendo ben a mente (sempre) l'art. 27 Cost., secondo cui le condotte criminose richiedono - comunque - la definitività dell'accertamento (giudiziario) per poter produrre eventuali conseguenze penali nella sfera giuridica del reo⁷⁵.

La questione, al di là dell'oggetto circoscritto di questa indagine, non ha valore solo "accademico".

Un'impresa economicamente solida, infatti, per effetto dell'operatività dei patti di legalità (che, è bene chiarirlo, sono qualcosa di molto differente rispetto ai requisiti di cui all'art. 80 Codice dei contratti,

⁷³ Sulla portata dell'innovazione si v., per un primo commento, R. TURTURIELLO, *Le novità in materia di commesse pubbliche, trasparenza amministrativa, durata dei procedimenti*, in *Azienditalia*, 2021, 5, 879.

⁷⁴ È stato pure evidenziato come, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti, le stazioni appaltanti svolgano anche un'attività di vigilanza che investe l'intera attività contrattuale delle stesse (precontrattuale, stipulazione, esecuzione, attestazione SOA). Ciò affinché sia garantita l'economicità dell'esecuzione e non più - o non solo - l'efficienza/efficacia dell'attività in materia di opere e servizi pubblici. Su questi profili, si v. C. LAMBERTI, *I poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel riordino della disciplina dei contratti pubblici*, in C. CONTESSA, D. CROCCO, a cura di, *Codice degli appalti e delle concessioni commentato*, Roma, 2016, 141 e pure A. NARDONE, *I poteri di vigilanza, controllo e regolazione dell'ANAC: natura giuridica e strumenti di tutela, riordino della disciplina dei contratti pubblici*, in *Il Foro Amministrativo*, 2019, 6, 1131 ss.

⁷⁵ Sia consentito rinviare a S. Vinti, *Il naufragio della presunzione di innocenza*, in *Riv. trim. app.*, 2021, 9-26.

potendo contenere prassi e regole di dettaglio non sempre omogenee e soprattutto di incerta e non uniforme applicazione), potrebbe trovarsi in seria difficoltà nel partecipare alla gara, sottoscrivere il contratto e proseguire il rapporto.

Viceversa, un'azienda in grave crisi economica, seppure formalmente rispettosa dei protocolli di legalità, potrebbe comunque assicurarsi una chance per partecipazione alla gara - magari tramite un concordato in riserva - tuttavia non assicurando in alcun modo il buon esito del contratto (con grave danno per gli interessi della collettività).

L'attenzione del legislatore, nel regolare i presupposti economici e morali necessari per partecipare alle gare pubbliche, dovrebbe essere sempre finalisticamente indirizzata alla tutela del bene (in tal senso, "supremo") della corretta esecuzione dell'affidamento (quindi del rapporto negoziale sottostante), valore in attuazione del quale funzionalizzare - con uguale importanza - tutti gli altri, ivi compresi quello della solidità economica e del rispetto della legalità.

Ecco perché, in altri momenti, si è detto che al fine di trovare un collegamento tra le diverse anime dell'evidenza pubblica, sarebbe stato necessario scandagliare il rapporto negoziale sottostante, indagato nella sua dimensione funzionale. Sarebbe stato opportuno riscoprire, in altri termini, il valore sostanziale della causa del contratto d'appalto, intesa come necessaria corrispondenza della procedura di evidenza pubblica allo scopo verso cui non può non tendere: la realizzazione dell'opera pubblica, la prestazione di un bene o di un servizio alla pubblica amministrazione⁷⁶.

La tutela di altri interessi (l'eterogeneità dei fini) - oppure la salvaguardia di altre preoccupazioni del legislatore - pure se meritevoli di tutela, può comportare gravi effetti collaterali (come è avvenuto nel rapporto tra gare pubbliche e crisi d'impresa), tra cui un aumento del contenzioso nella fase di affidamento e, soprattutto, una minore affidabilità degli operatori nell'esecuzione dei contratti (fatto in sé molto pericoloso, soprattutto alla luce delle stringenti procedure disposte per la realizzazione degli interventi finanziati dal PNRR).

⁷⁶ Per tutti A. CIANFLONE - G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, I, 2012, 217. Da ultimo, anche A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 233. È fondamentale, dunque, ritornare al "contratto". Non vi è dubbio, infatti, che il contratto "*in molteplici manifestazioni dell'azione amministrativa, come cura concreta di interessi pubblici (della collettività) è lo strumento fondamentale ed ineliminabile dell'azione stessa, non alternativo agli strumenti pubblicistici, ma necessario (e in molti casi direttamente imposto dalla legge) al fine di perseguire determinati obiettivi; segnatamente laddove l'azione amministrativa ha ad oggetto l'acquisizione di prestazioni da parte di terzi, come lavori, servizi, forniture di beni; ciò che costituisce parte assolutamente rilevante dell'azione amministrativa*" (così V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2014, 512). Sia consentito anche un rinvio al mio *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, 276 ss.



Questo significa che il “buon esito” dell’affidamento e l’effettiva esecuzione degli appalti devono operare come forze centripete in grado di attirare a sé tutti gli altri valori coinvolti nella procedura (compresi quelli riferibili alle imprese in crisi), essendo questo l’obiettivo primario della legislazione di settore⁷⁷.

È indubbio che l’evidenza pubblica (soprattutto se coinvolge un tema così peculiare come quello della partecipazione alle gare di imprese in difficoltà) implica la costante ricerca di un equilibrio tra concomitanti valori (su cui si è detto nelle precedenti pagine), ma essi devono sempre confluire verso lo scopo di fondo della materia, traguardare cioè la puntuale esecuzione dei contratti.

Diversamente, l’esasperato tentativo di comporre e perseguire - a mezzo delle procedure di gara - interessi e obiettivi del tutto estranei alla funzione che queste sono chiamate ad assolvere, con l’ibridazione funzionale che ne deriva di un giudice che fa amministrazione e di una amministrazione che fa giustizia (peraltro sommaria), oltre a far “saltare” le rispettive garanzie e prerogative costituzionalmente tutelate, finisce per tradire lo scopo ultimo della disciplina rappresentato dalla buona, sollecita e conveniente realizzazione dei contratti.

⁷⁷ Questo perché l’interesse “a priori” dovrebbe essere a favore dell’amministrazione. Qui l’interesse pubblico non dovrebbe essere concepito quale limite esterno all’autonomia dei privati (come avviene con la configurazione del potere nell’ambito dei procedimenti a iniziativa di parte), ma come criterio che definisce la prospettiva. Dovrebbe essere naturale, quindi, ritenere che il bilanciamento degli altri interessi sia orientato dal (prevalente) interesse pubblico amministrativo. Su tali profili, si v. il saggio di A. CIOFFI, *L’interesse pubblico nell’azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 827 ss.