

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

**Rivista**  
**di Diritto Bancario**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

APRILE/GIUGNO

**2022**

[rivista.dirittobancario.it](http://rivista.dirittobancario.it)

## **DIREZIONE**

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,  
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI  
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,  
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

## **COMITATO DI DIREZIONE**

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,  
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,  
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

## **COMITATO SCIENTIFICO**

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,  
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,  
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE  
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO  
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,  
FRANCESCO TESAURO+

### **COMITATO ESECUTIVO**

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

### **COMITATO EDITORIALE**

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

### **COORDINAMENTO EDITORIALE**

UGO MALVAGNA

### **DIRETTORE RESPONSABILE**

FILIPPO SARTORI

## **NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE**

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

**SEDE DELLA REDAZIONE**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,  
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836



## Concordato preventivo «in bianco» e appalti pubblici (\*)

**SOMMARIO:** 1. Il (difficile) rapporto tra concordato preventivo e appalti pubblici. – 2. Concordato preventivo «in bianco» e appalti pubblici: la lacuna. – 3. La tesi negatrice della compatibilità tra concordato preventivo «in bianco» e appalti pubblici. – 4. La tesi favorevole alla compatibilità tra concordato preventivo «in bianco» e appalti pubblici. – 5. La soluzione del contrasto interpretativo nelle pronunce dell'Adunanza Plenaria. – 6. Conclusioni con lo sguardo rivolto al Codice della crisi d'impresa. – 7. Segue. E alla nuova disciplina in tema di composizione negoziata della crisi.

### 1. *Il (difficile) rapporto tra concordato preventivo e appalti pubblici.*

Un contrassegno tipico della più recente evoluzione del diritto della crisi d'impresa è costituito dalla tutela della continuità aziendale dell'organismo produttivo in crisi: si pensi all'introduzione e/o al potenziamento di strumenti rivolti a salvaguardare il complesso aziendale ed evitare, per tale via, l'esito fallimentare. Tra questi, è d'obbligo citare il concordato preventivo con continuità aziendale, fattispecie destinata a reggere l'intera disciplina della continuazione dell'attività d'impresa nella (ancora vigente) legge fallimentare<sup>1</sup>.

La norma che disciplina la fattispecie in questione è, notoriamente, contenuta nell'art. 186-*bis* l. fall. che si occupa, per quanto rileva ai fini della ricerca, anche dell'eventualità che l'impresa in concordato partecipi o intenda partecipare a procedure di affidamento di contratti

---

(\*) È destinato agli Studi in Onore di Sabino Fortunato.

<sup>1</sup> Per quest'opinione v. V. PINTO, *Le fattispecie di continuità aziendale nel concordato nel Codice della Crisi*, in *Giur. Comm.*, 2020, I, 381. In particolare, l'A. approfondisce (v. 385 ss.) la tesi secondo cui, nella transizione al Codice della Crisi, si sarebbe optato per «scardinare la pregressa unità della fattispecie, con l'obiettivo di differenziare le condizioni di applicazione dei nuclei normativi facenti parte dello statuto della continuità aziendale» (corsivo dell'A.). Il giudizio espresso nel testo circa il ruolo del concordato con continuità aziendale sembra trovare conferma anche nella prospettiva dell'imminente recepimento della Direttiva (UE) 2019/1023: di recente v., in tal senso, P. VELLA, *La spinta innovativa dei quadri di ristrutturazione preventiva europei sull'istituto del concordato preventivo in continuità aziendale*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, articolo del 1° gennaio 2022.

pubblici. Segnatamente, il disposto del quarto comma – come modificato, da ultimo, nel 2019<sup>2</sup> – afferma che «successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 161, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato»<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> La versione riprodotta nel testo è quella di cui al d.l. 18 aprile 2019, n. 32, conv. in l. 14 giugno 2019, n. 55. Prima di questa modifica, la norma era stata introdotta nel 2013 (con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, conv. in l. 21 febbraio 2014, n. 9) e disponeva che «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».

<sup>3</sup> Nella formulazione attualmente vigente (a seguito delle modifiche intervenute per effetto del d.l. 32/2019) la norma prosegue poi disponendo che «l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara: a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto». Il sesto comma precisa poi che l'impresa in concordato «può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale». Con riguardo a questa parte della norma si segnala l'intervento di Corte Cost. 7 maggio 2020, n. 85, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, 1115B ss., con nota di G. BRANCADORO, *Il difficile esercizio di equilibrio della Corte costituzionale in tema di concordato con continuità aziendale e appalti pubblici*, secondo cui «non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 186-bis, comma 6, l. fall., censurato per violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., nella parte in cui esclude dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici l'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale che rivesta la qualità di mandataria di un r.t.i. Il differente trattamento riservato all'impresa mandataria di un RTI in concordato di continuità trova giustificazione, nella prospettiva del legislatore, nella diversa modalità della sua partecipazione alla gara e, in caso di aggiudicazione, al rapporto contrattuale, rispetto alla partecipazione dell'impresa che concorra rispettivamente in forma singola, o in qualità di mandante di un r.t.i., o anche come mandataria di imprese che si costituiranno in consorzio. Tale prospettiva non comporta un irragionevole esercizio della discrezionalità legislativa, in quanto non vi è dubbio che la diversa modalità di partecipazione non è indifferente dal punto di vista dell'interesse della stazione appaltante, per la quale segnatamente la posizione dell'impresa mandataria di un RTI assume rilievo e valore differenziato. Dell'amministrazione appaltante l'impresa mandataria costituisce infatti il diretto interlocutore per conto di tutte le imprese riunite, quale loro rappresentante esclusiva e quale garante, anche per conto delle mandanti, della corretta esecuzione



L'esigenza, avvertita dal legislatore, di dedicare una previsione *ad hoc* per la partecipazione alle gare pubbliche, nonostante la (più generale) statuizione relativa alla prosecuzione dei contratti, «anche stipulati con pubbliche amministrazioni», «in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso per l'accesso alla procedura di concordato preventivo» (art. 186-*bis*, comma 3, l. fall.), rivela la delicatezza del temperamento tra gli interessi in gioco.

Difatti, la salvaguardia della continuità aziendale sarebbe, per così dire, monca se all'impresa che intenda accedere alla procedura concordataria non si consentisse di continuare ad avere rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione<sup>4</sup>. Dal canto suo, quest'ultima pare mossa da un interesse contrapposto: la pubblica amministrazione è tenuta a perseguire l'interesse (pubblico) all'esecuzione dell'opera e, per questo, deve selezionare l'operatore economico che offra garanzie di affidabilità nella realizzazione dell'opera medesima<sup>5</sup>.

Non sorprende allora se, parallelamente alla disciplina recata dalla legge fallimentare, la convivenza tra i due testé individuati (e contrari)

---

dell'appalto. Né è configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica in quanto l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponde all'utilità sociale che va individuata nel perseguimento dell'interesse pubblico al corretto e puntuale adempimento delle prestazioni contrattuali. La conformità di tale scelta alla regola generale di non ammissione delle imprese soggette a procedure concorsuali ne esclude l'arbitrarietà e la palese incongruità rispetto allo scopo perseguito. La norma censurata è altresì coerente con l'interesse della stazione appaltante a scegliere il contraente più affidabile e capace di adempiere, in piena conformità, anziché in contrasto, con il principio di buon andamento».

<sup>4</sup> Questa finalità dell'intervento legislativo nella crisi dell'impresa operante quale contraente della p.a. è stata individuata anche da A. NIGRO e D. VATTERMOLI, Sub art. 186-*bis*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), Torino, 2014, 571, e R. MANGANI, *Il concordato con continuità aziendale e i contratti pubblici: opportunità e problemi*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2015, 150.

<sup>5</sup> Tra gli altri, rinvencono questa contrapposizione di interessi: G. FAUCEGLIA, *Disciplina concorsuale e art. 110 del nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Dir. Fall.*, 2017, I, 473 – 474, per il quale neppure con l'art. 110, poco dopo richiamato nel testo, si sarebbe colmato il divario tra norme del diritto pubblico e norme concorsuali, e L. D'ORAZIO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale e le gare pubbliche*, in *Procedure concorsuali e diritto pubblico. Insolvenza, imprese pubbliche, contratti pubblici, titoli autorizzatori*, L. D'ORAZIO-L. MONTEFERRANTE (a cura di), Milano, 2017, 386-387.

interessi abbia trovato un tentativo di sintesi nella disciplina dei contratti pubblici (il d.lg. n. 50/2016)<sup>6</sup>. Il quadro normativo deve difatti essere arricchito con il riferimento a due disposizioni che si occupano del rapporto tra concordato preventivo e contratti pubblici, vale a dire gli artt. 80 e 110. Nello specifico, l'art. 80, comma 5, lett. b) prevede l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto dell'operatore economico che «si trovi in stato (...) di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni»<sup>7</sup>. All'art. 110, comma 4, veniva invece affidato il coordinamento, prima della novella del Codice della crisi, con la disciplina fallimentare: si stabiliva che «alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all'articolo 161, anche ai sensi del sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, si applica l'articolo 186-bis del predetto regio decreto»<sup>8</sup>. Con il Codice della crisi, la norma ha mantenuta ferma la funzione di coordinamento, modificandosi tuttavia il paradigma normativo cui si rinvia (per l'appunto, le norme del Codice della crisi)<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Sotto il regime previgente (d.lg. n. 163 del 2006), l'applicazione del concordato con continuità aziendale nell'ambito delle procedure di gara a evidenza pubblica ha dato luogo a diverse questioni: si rinvia, tra gli altri, a G.P. MACAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in *Fall.*, 2014, 670 ss.; R. CIPPITANI, *Concordato con continuità aziendale e partecipazione agli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 422 ss.; V. DE SENSI, *Appalto pubblico e crisi d'impresa*, in *Dir. Fall.*, 2015, I, 623 ss.; E. BORGHI e G. CARLINI, *Crisi d'impresa e contratti pubblici. Il favor normativo per la continuità aziendale*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2016, 193 ss.

<sup>7</sup> Con il Codice della crisi (art. 372, comma 1, lett. b) è stato aggiunto alla norma il seguente inciso: «fermo restando quanto previsto dall'articolo 95 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza adottato in attuazione della delega di cui all'articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n. 155 e dall'articolo 110».

<sup>8</sup> La norma proseguiva con la previsione secondo cui «per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici tra il momento del deposito della domanda di cui al primo periodo ed il momento del deposito del decreto previsto dall'articolo 163 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 è sempre necessario l'avvalimento dei requisiti di altro soggetto».

<sup>9</sup> Partitamente, la formulazione attualmente vigente della norma così recita: «alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all'articolo 40 del codice della crisi di imprese e dell'insolvenza adottato in attuazione della delega di cui all'articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n. 155, si applica l'art. 95 del medesimo codice. Per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici tra il momento del deposito della domanda di cui al primo periodo ed il momento del deposito del decreto

L'impressione è che, fuori delle ipotesi in cui la domanda di concordato preventivo sia in continuità, l'impresa in concordato non possa partecipare alle gare pubbliche né proseguire i contratti pubblici, eventualmente, perfezionati prima dell'insorgenza dello stato di crisi, essendo in tal caso la stessa – aprioristicamente (e, quindi, senza necessità di una valutazione in concreto) – considerata incapace di eseguire l'opera pubblica.

## 2. Concordato preventivo «in bianco» e appalti pubblici: la lacuna.

In quest'ambito, si è posto il problema della sorte del contraente della pubblica amministrazione che abbia proposto una domanda di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall., riservandosi di depositare la proposta e il piano di concordato nel termine indicato dal tribunale.

In effetti, in una ipotesi siffatta non è facile scorgere dalla domanda, che, non a caso, è detta «in bianco», quale sia il contenuto della proposta ai creditori: domanda che potrebbe prevedere, in alternativa alla continuità aziendale, anche la liquidazione del patrimonio (o, finanche, un contenuto «misto»<sup>10</sup>). Nell'incertezza del contenuto assunto dal piano e dalla proposta, una prima soluzione potrebbe risiedere nell'applicazione della regola dell'esclusione dalla partecipazione alla gara o nel meccanismo di «scorrimento» previsto dal comma 1 dell'art. 110 del d.lg. n. 50/2016<sup>11</sup>. Sta di fatto, nondimeno, che l'esclusione del debitore che abbia proposto una domanda di concordato preventivo con riserva impedirebbe ogni tentativo di risanamento dell'impresa che

---

previsto dall'articolo 47 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza è sempre necessario l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto».

<sup>10</sup> Sull'ambiguità dell'espressione «misto» e sulla possibilità di configurare, nel contesto normativo di prossima entrata in vigore, un concordato «atipico» che «è davvero una via di mezzo tra concordato con continuità aziendale e concordato liquidatorio» v., di recente, A. ZORZI, *Concordato con continuità e concordato liquidatorio: oltre le etichette*, in *Riv. dir. fall.*, 2020, I, 60 ss.

<sup>11</sup> Tale norma dispone che «(...) le stazioni appaltanti, in caso di liquidazione giudiziale, di liquidazione coatta e concordato preventivo (...), interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture».

passi per la partecipazione all'assegnazione di una commessa pubblica o la prosecuzione di quella che sia stata eventualmente già intrapresa.

D'altro canto, se si consentisse di partecipare a una gara pubblica o di proseguire nel rapporto contrattuale con la pubblica amministrazione, dovrebbe scongiurarsi il rischio che il debitore, avendo presentato la domanda c.d. prenotativa al solo scopo di procrastinare l'emersione dello stato di insolvenza (e quindi sostanzialmente abusando dello strumento concordatario<sup>12</sup>), non sia effettivamente in grado di eseguire l'opera, il servizio o la fornitura.

Nessun indizio utile a favore dell'una o dell'altra tesi sembra ricavabile dal quadro normativo prima richiamato. Vero è che l'art. 80, comma 5, lett. b), d.lg. n. 50/2016 fa riferimento all'operatore che «si trovi» in stato di concordato preventivo (e, quindi, sia stato ammesso al concordato), non anche ai casi di «procedimenti in corso» tali da includere anche il concordato «in bianco»<sup>13</sup>. Per altro verso, un argomento a sostegno della tesi che ammette la compatibilità tra concordato preventivo «in bianco» e appalti pubblici potrebbe ricavarsi dal riferimento, contenuto nell'art. 186-*bis* l. fall., alla possibilità che il commissario giudiziale *sia stato già nominato*. La facoltatività della nomina del commissario giudiziale è ipotizzabile solamente nella fase del pre-concordato, non già una volta che il debitore sia stato ammesso a detta procedura<sup>14</sup>. Muovendo da quell'inciso, si potrebbe allora propendere per la tesi favorevole.

A ben guardare, simili argomenti testuali, considerati singolarmente, non persuadono; tant'è che, nella giurisprudenza amministrativa, sono emersi due contrapposti indirizzi, ai quali si accennerà nei paragrafi che seguono.

---

<sup>12</sup> Di recente, sull'utilizzo a scopo dilatorio del concordato «in bianco» v. Cass. 12 marzo 2020, n. 7117, in *Fall.*, 927 ss., con nota di V. ZANICHELLI, *Il controllo del tribunale sulla domanda prenotativa*.

<sup>13</sup> L'argomento viene adoperato, in particolare, dall'orientamento restrittivo di cui si dirà nel prosieguo: di esso si fa menzione, tra le altre, in C. Stato, 8 gennaio 2021, n. 309, in *Dejure*.

<sup>14</sup> Sulla facoltatività della nomina del commissario giudiziale nella fase di pre-concordato v. M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, O. CAGNASSO e L. PANZANI (diretto da), t. III, Milano, 2016, 3333-3334.

### 3. La tesi negatrice della compatibilità tra concordato preventivo «in bianco» e appalti pubblici.

L'indirizzo di segno negativo rispetto alla possibilità di affidare un appalto pubblico a un'impresa che abbia depositato una domanda di concordato preventivo «in bianco» può essere esaminato prendendo come *discrimen* le modifiche del 2019 in ordine agli artt. 110, comma 4, del d.lg. n. 50/2016 e 186-*bis* l. fall. giacché, all'indomani della riformulazione di quelle norme, si registra una breccia in un filone giurisprudenziale, in precedenza, alquanto unitario.

Difatti, una parte della giurisprudenza amministrativa ha negato la possibilità per l'impresa in pre-concordato di partecipare a una gara pubblica sulla base di alcuni argomenti che possono schematizzarsi come di seguito. Sul piano dell'equilibrio tra poteri, si è constatata l'impossibilità di devolvere a un organo diverso dalla pubblica amministrazione la valutazione relativa all'interesse pubblico sotteso alla procedura di gara, essendo invece il Tribunale fallimentare preposto (unicamente) a valutare esclusivamente la convenienza per i creditori<sup>15</sup>. E, quand'anche fosse ammissibile una valutazione di questo tipo, la partecipazione a una gara pubblica (ovvero la permanenza all'interno della procedura), dovrebbe considerarsi – ai fini della legge fallimentare – un atto di straordinaria amministrazione autorizzabile solamente adempiendo agli obblighi documentali previsti dall'art. 186-*bis* l. fall. (attestazione del professionista e, prima della modifica del 2019, la dichiarazione di altro operatore per l'avvalimento). Obblighi documentali assolvibili, secondo questa prospettazione, solamente in presenza di una piena (e definitiva) *disclosure* del contenuto del piano e

---

<sup>15</sup> In questi termini, T.A.R. Piemonte 7 marzo 2019, n. 260, in *Dejure*, che prosegue nel senso che «resta l'esigenza di non imporre (...) alla gara pubblica la salvaguardia di un singolo concorrente oltre i limiti in cui ciò indurrebbe una paralisi del suo fisiologico dipanarsi; tale ipotesi, infatti, confliggerebbe apertamente con le finalità proprie dell'evidenza pubblica (tra cui spiccano l'efficienza, la celerità, la *par condicio* dei concorrenti), ed oltretutto si realizzerebbe in un contesto in cui l'unica valutazione prevista è quella del Tribunale fallimentare, interprete delle sole ragioni dei creditori, il quale (...) si limita rimuovere un limite di capacità del concorrente ma non incide certo sulla gestione della gara da parte della stazione appaltante».

della proposta di concordato preventivo oppure quando la redazione di questi sia in uno stadio particolarmente avanzato<sup>16</sup>.

Peraltro, il diverso trattamento tra operatori economici, che da un'interpretazione di questo tipo deriverebbe, non sarebbe in contrasto con il diritto dell'Unione europea: la Corte di Giustizia ha difatti chiarito che la normativa nazionale «che consente di escludere da una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico un operatore economico che, alla data della decisione di esclusione, ha presentato un ricorso al fine di essere ammesso al concordato preventivo, riservandosi di presentare un piano che prevede la prosecuzione dell'attività» non contrasta con il diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici<sup>17</sup>.

Le modifiche introdotte negli artt. 186-*bis* l. fall. e 110, comma 4, del Codice dei contratti pubblici hanno, come s'anticipava, determinato qualche apertura nell'indirizzo giurisprudenziale che si sta esaminando. Con le modifiche introdotte con il decreto c.d. Sblocca cantieri (d.l. n. 32/2019 cit.) è stata meglio precisata la formulazione letterale del comma 4 dell'art. 186-*bis* l. fall. riportata in apertura, ma – sotto questo

---

<sup>16</sup> Per l'affermazione secondo cui «l'istanza del debitore di ammissione al concordato preventivo costituisce una condizione impeditiva alla partecipazione alle procedure per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche, ma tale situazione ostativa può essere superata solo mediante l'adempimento degli obblighi documentali contemplati da tale disposizione (art. 186-bis, comma 5, *nda*)»: v., tra le altre, C. Stato, 13 giugno 2019, n. 3984; C. Stato, 18 ottobre 2018, n. 5966; C. Stato, 29 maggio 2018, n. 3225; C. Stato, 16 agosto 2016, n. 3639; C. Stato, 14 gennaio 2014, n. 101. Nella giurisprudenza di primo grado v. T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, 28 gennaio 2020, n. 76; T.R.G.A. Bolzano 10 febbraio 2020, n. 42, che cita C. Stato n. 3984/2019; T.A.R. Lombardia, Milano, 20 febbraio 2018, n. 485, e, prima ancora, T.A.R. Valle d'Aosta, Aosta, 18 aprile 2013, n. 23. Tutte le pronunce sono reperibili nella banca dati *Dejure*.

<sup>17</sup> Il riferimento è, segnatamente, a C. Giust. UE, 28 marzo 2019, C-101/18, *Y.s.r.l., c. Agenzia Regionale Campana Difesa Suolo (Arcadis) e Regione Campania, Governo italiano, Commissione europea*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2020, 300 ss., con nota di 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*. Va precisato che la decisione della Corte di Giustizia ha avuto riguardo all'esame della coerenza con l'art. 45 della direttiva 2004/18, essendo nel frattempo mutato il paradigma normativo di riferimento a livello di diritto dell'Unione europea (v., segnatamente, l'art. 57 della direttiva 2014/24).

profilo – è la novella del comma 4 dell’art. 110 del Codice dei contratti pubblici ad assumere connotati di maggiore rilievo<sup>18</sup>.

Difatti, l’inciso – all’epoca inserito – «anche ai sensi del sesto comma» dell’art. 161 l. fall. ha condotto quella parte della giurisprudenza amministrativa non incline ad ammettere la compatibilità tra concordato preventivo «in bianco» e appalti pubblici ad affermare che, fermo restando l’avvalimento di un altro soggetto richiesto dalla norma modificata, il nuovo testo dovrebbe essere interpretato nel senso che «la “partecipazione alle procedure di affidamento”, ivi disciplinata, è solo quella che inizia *ex novo* dopo la presentazione della domanda di concordato “in bianco” e non anche quella in corso al momento del deposito della domanda stessa»<sup>19</sup>. L’apertura è dunque consistita nell’ammettere la partecipazione alla procedura di gara solamente una volta che sia stata presentata la domanda di pre-concordato.

---

<sup>18</sup> Per una rassegna delle novità introdotte dal c.d. Sblocca cantieri v. R. DE NICTOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 “sblocca cantieri”*, in *Urbanistica e appalti*, 2019, 466-467.

<sup>19</sup> Così T.A.R. Lazio, Roma, 22 luglio 2019, n. 9783, in *Dejure*, che prosegue richiamando «il disposto dell’art. 80 comma 6 d.lg. n. 50/16, secondo cui (...) i requisiti di partecipazione debbono essere posseduti al momento della presentazione della domanda e dell’offerta e devono essere mantenuti fino alla stipula del contratto; la norma ha una valenza generale in quanto preordinata a tutelare il principio di matrice comunitaria, della par condicio dei partecipanti alla gara di talché la perdita del requisito, conseguente alla presentazione della domanda di concordato “in bianco”, non può essere successivamente sanata con l’autorizzazione del tribunale». Nello stesso senso v. T.A.R. Lazio, Roma, 22 luglio 2019, n. 9782, in *Fallimento*, 108 ss., con nota (critica) di L. D’ORAZIO, *Il concordato in bianco della mandataria di RTI tra Corte di Giustizia UE e Corte costituzionale*. Più di recente, v. pure T.A.R. Lazio, Roma, 3 giugno 2020, n. 5892, in *Dejure*, ha evidenziato, sempre in senso restrittivo, che «poiché, in virtù del principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione, i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all’aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, la sopravvenuta domanda di concordato preventivo in bianco ha integrato, in corso di gara, una causa di esclusione».

4. *La tesi favorevole alla compatibilità tra concordato preventivo «in bianco» e appalti pubblici.*

V'è da dire che, ancor prima della novella del 2019, diverse erano le voci, dottrinali e giurisprudenziali, favorevoli a un'apertura ancora maggiore nel senso della convivenza tra concordato preventivo «in bianco» e appalti pubblici. Com'è naturale che accada tra orientamenti contrapposti, gli argomenti spesi dalla tesi negatrice si trovano specularmente smentiti nelle pronunce che hanno abbracciato questo diverso indirizzo interpretativo.

Nello specifico, si è escluso che la partecipazione a una gara pubblica, in pendenza della domanda di concordato preventivo «in bianco», debba qualificarsi alla stregua di un atto di straordinaria amministrazione e, come tale, autorizzato dal Tribunale. Per giustificare questa conclusione si è ritenuto, richiamando in proposito la giurisprudenza di legittimità, che tali sono da considerarsi «solo gli atti che possono incidere negativamente sul patrimonio destinato al soddisfacimento dei creditori» e che «comunque la relativa valutazione deve essere frutto di un riscontro caso per caso, nel quale tener conto, in particolare, della specifica finalità che l'atto risulta oggettivamente perseguire»<sup>20</sup>. L'atteggiamento assunto nei confronti dell'atto autorizzativo è, in alcune pronunce, finanche più estensivo nell'ipotesi in cui si è ammesso che l'autorizzazione di cui all'art. 186-*bis* l. fall. possa intervenire «nell'ultimo momento nel quale il tribunale si esprime sulla procedura di concordato», ovvero l'omologazione, potendosi l'autorizzazione anche ricavarsi per implicito «dal rinvio che il tribunale compie alle attività di impresa indicate nel piano sottoposto ai creditori nell'ambito del procedimento concordatario»<sup>21</sup>.

Del resto, l'autorizzazione in discorso – si sostiene da parte di questa tesi – conterrebbe l'accertamento che la partecipazione alla gara pubblica «è conforme agli interessi dei creditori, perché tale da non pregiudicare la solvibilità dell'impresa in concordato, ma eventualmente in grado di produrre per il ceto creditorio un beneficio riveniente dall'acquisto di una nuova fonte di ricavi» sicché sarebbe

---

<sup>20</sup> Così C. Stato, 8 maggio 2019, n. 2963, richiamata nella giurisprudenza di primo grado da T.A.R. Lombardia, Milano, 5 novembre 2019, n. 2305. Tutte e due le sentenze sono reperibili nella banca dati *Dejure*.

<sup>21</sup> In questo senso C. Stato, 3 gennaio 2019, n. 69, in *Dejure*.



coerente con la natura di atto di accertamento «la sua retroazione al momento in cui la valutazione si riferisce e non già a quella in cui essa è formalizzata nell'atto autorizzativo»<sup>22</sup>.

Più semplicemente, altre pronunce annoverabili nel filone in discorso hanno affermato la compatibilità tra concordato preventivo «in bianco» e partecipazione alla gara pubblica<sup>23</sup>, a patto che la domanda «prenotativa» contenga già l'indicazione della presentazione di un piano e di una proposta con continuità aziendale<sup>24</sup>. In particolare, quest'ultima precisazione si rinviene in una determina dell'ANAC<sup>25</sup>, nella quale si è rimessa al giudice la valutazione «se autorizzare la suddetta partecipazione, sulla base dell'effetto prenotativo della domanda in

---

<sup>22</sup> Così C. Stato, 21 febbraio 2020, n. 1328; nella giurisprudenza di primo grado v., nello stesso senso, T.A.R. Lazio, Roma, 22 febbraio 2021, n. 2150, che ha ritenuto che l'orientamento riportato nel testo «oltre a consentire un equo temperamento tra la possibilità riconosciuta anche alle imprese in crisi di concorrere all'affidamento di contratti pubblici e l'esigenza dell'amministrazione di contrarre con un soggetto affidabile sul piano economico e finanziario, interpreta l'art. 80, comma 5, lett. b), d.lg. n. 50 del 2016, in maniera coerente con la disciplina comunitaria sugli appalti pubblici» e T.A.R. Veneto, Venezia, 27 luglio 2020, n. 668. Tutte le pronunce citate sono reperibili nella banca dati *Dejure*.

<sup>23</sup> Possono includersi tra queste: C. Stato, 20 marzo 2018, n. 1772, e, in precedenza, C. Stato, 4 dicembre 2015, n. 5519. Tutte e due le pronunce sono reperibili nella banca dati *Dejure*.

<sup>24</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, 19 settembre 2019, n. 1143, e T.A.R. Trentino Alto-Adige, Bolzano, 25 luglio 2018, n. 253. Tutte e due le sentenze sono reperibili nella banca dati *Dejure*. In dottrina, v., tra gli altri, M. PALLADINO, *I contratti pubblici nel concordato preventivo alla luce del nuovo codice degli appalti*, in *Dir. Fall.*, 2017, I, 500.

<sup>25</sup> Trattasi, specificamente, della determina 8 aprile 2015, n. 5, relativa a «Effetti della domanda di concordato preventivo ex art. 161, comma 6, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e ss. mm.ii. (c.d. concordato "in bianco") sulla disciplina degli appalti pubblici», G.U. Serie Generale n. 97 del 28 aprile 2015. Si evidenzia come siffatta determina contenga un *revirement* rispetto alla determinazione n. 3/2014 relativa alla medesima questione. Più di recente, con la delibera n. 362 del 22 aprile 2020, reperibile sul sito istituzionale dell'ente, l'ANAC è intervenuta nuovamente sulla questione affermando che «la partecipazione dell'impresa in concordato con riserva è consentita nei limiti in cui l'autorizzazione del Tribunale fallimentare che accerti la capacità economica della stessa di eseguire l'appalto intervenga nel corso della procedura di gara».

ordine alla futura presentazione del piano e verificando che sussistano le condizioni per consentire intanto la partecipazione medesima»<sup>26</sup>.

##### *5. La soluzione del contrasto interpretativo nelle pronunce dell'Adunanza Plenaria.*

A risolvere il contrasto interpretativo appena riassunto sono intervenute due decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>27</sup>, le quali – valorizzando alcuni degli argomenti adoperati dalla tesi favorevole alla convivenza tra concordato preventivo «in bianco» e appalti pubblici – hanno proposto una lettura del paradigma normativo che regola la materia coerente con la logica del temperamento tra le ragioni dell'impresa (in crisi) e quelle della pubblica amministrazione.

In generale, l'impressione è che il Giudice amministrativo, nella sua composizione più autorevole, muova da un capovolgimento della tradizionale prospettiva dalla quale si è guardato al rapporto tra stazione appaltante e impresa in stato di crisi e/o di insolvenza. In un primo momento, l'interesse della prima è stato ritenuto prevalente su quello della seconda, mentre con l'affermarsi del *favor* per la continuazione dell'attività d'impresa, dal quale in apertura si è preso le mosse, la prospettiva sembra mutare. In sintesi, l'assoggettamento a una procedura concorsuale, specialmente se di tipo liquidatorio, resta incompatibile con la partecipazione alla gara pubblica o con la continuazione del rapporto con la pubblica amministrazione, a meno

---

<sup>26</sup> Per giungere a una simile conclusione la determina si riferisce alla prescrizione circa il parere del commissario giudiziale «se nominato», evidenziando come «intanto il riferimento al parere del commissario giudiziale, in quella fase, può avere un senso normativo, in quanto si ammetta che la norma sopra citata (art. 186-bis), interpretata sistematicamente, si riferisca, implicitamente, alla possibilità che le imprese siano autorizzate alla partecipazione alla gara non solo in caso di presentazione della domanda di concordato preventivo con “continuità aziendale” ma anche in caso di presentazione della domanda di concordato “in bianco”».

<sup>27</sup> Partitamente, si tratta di C. Stato, ad. plen., 27 maggio 2021, n. 9, e C. Stato, ad. plen., 27 maggio 2021, n. 11. Le due pronunce, reperibili sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), adoperano un apparato argomentativo praticamente identico per cui nel testo si farà riferimento alle stesse in modo indistinto. Tra i primi commenti a C. Stato, ad. plen., n. 9/2021 v. B. ARMELI, *Domanda di concordato preventivo “in bianco” e gare pubbliche: le condizioni per evitare l'esclusione. Lettura della normativa vigente alla luce dell'Adunanza Plenaria n. 9/2021*, in *Appalti & Contratti*, 7-8/2021, 19 ss.

che l'impresa che contratta con quest'ultima non abbia intrapreso un percorso di risanamento dell'organismo produttivo, assicurato proprio dalla continuazione dell'attività d'impresa. E questo anche quando la volontà di proseguire nell'esercizio dell'impresa non sia stata ancora disvelata al ceto creditorio essendo stato emesso unicamente il provvedimento di assegnazione dei termini per la presentazione della proposta e del piano di concordato preventivo.

Alla base del ragionamento del Consiglio di Stato pare esservi il convincimento – non esplicito – secondo cui la continuità aziendale dell'impresa, realizzata con la partecipazione alla gara pubblica o con la continuazione della commessa pubblica, risulti propedeutica al mantenimento in vita del complesso aziendale in crisi, realizzando al contempo alcuni principi di matrice pubblicistica, primi fra tutti buon andamento e efficienza della pubblica amministrazione. Siffatti principi potrebbero essere (in astratto) compromessi a causa dell'interruzione del rapporto con un determinato contraente (all'esito di una procedura di gara già esperita) o dell'esclusione, in sede di gara, di un'impresa che potrebbe concorrere al miglior perseguimento dell'interesse pubblico ravvisabile nella realizzazione di quella determinata opera o nell'erogazione di quel determinato servizio.

La «circolarità» dell'individuato punto di equilibrio – la continuità aziendale perseguita dall'impresa in concordato è in grado di realizzare anche l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera – trova conferma sul piano dei principali argomenti adoperati per giungere alla soluzione della compatibilità tra concordato preventivo «in bianco» e appalti pubblici, argomenti che guardano ai rispettivi interessi dei due soggetti del rapporto.

Dal lato della pubblica amministrazione, si sostiene infatti che per i contratti pubblici il legislatore nazionale avrebbe optato per un «criterio binario» secondo cui «la regola è e rimane l'esclusione obbligatoria e automatica per l'operatore in stato di (...) concordato preventivo, mentre l'eccezione è ammessa per l'ipotesi di concordato con continuità aziendale». Un simile atteggiamento del legislatore domestico sarebbe, peraltro, in linea con il diritto europeo: all'opposto di quanto sostenuto dalla tesi negatrice, la sentenza della Corte di Giustizia citata viene difatti valorizzata nella parte in cui s'interpreta il diritto europeo in punto di esclusione dalle gare pubbliche nel senso di un riconoscimento agli Stati membri di una certa autonomia nel graduare tali cause «in

funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale».

Dal lato dell'impresa in concordato, si considera determinante l'unitarietà della procedura concordataria. Aderendo al prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità<sup>28</sup>, la proposizione della domanda di concordato preventivo «in bianco» non viene considerata separatamente dal resto della procedura, essendo un primo segmento «dell'unico procedimento che rileva, articolato in due fasi per così dire interne».

#### 6. Conclusioni con lo sguardo rivolto al Codice della crisi d'impresa.

In quest'ultima prospettiva, il Consiglio di Stato ha ritenuto decisivo il riferimento alla Relazione illustrativa che ha accompagnato l'introduzione dell'art. 372 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. In particolare, questa norma ha modificato gli artt. 80, comma 5, lett. b) e 110 del Codice dei contratti pubblici, coordinandoli con quanto previsto dall'art. 95 dello stesso Codice della crisi (v. *supra*)<sup>29</sup>.

Proprio il riferimento all'art. 95, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe aver (definitivamente) chiarito che il deposito di una domanda di accesso al concordato preventivo «in bianco» non determina l'esclusione della debitrice dalla gara né, prima ancora, l'impossibilità di parteciparvi. Nella Relazione illustrativa si legge, partitamente, che lo scopo di una innovazione siffatta «è quello di evitare che paradossalmente tale domanda, da strumento di tutela dell'imprenditore, divenga un ostacolo alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale»<sup>30</sup>. E, a tal proposito, il Consiglio di Stato aggiunge che la tutela dell'impresa che chiede di accedere alla protezione

---

<sup>28</sup> Nelle pronunce del Consiglio di Stato si rinvia, tra le più recenti, alla già citata Cass. n. 7117/2020.

<sup>29</sup> Il rapporto tra queste norme è ben approfondito da F. IOZZO, *I contratti pubblici ed il concordato preventivo*, in *Le soluzioni negoziate della crisi d'impresa*, S. AMBROSINI (a cura di), Torino, 2021, 103 ss. Prima ancora, sulla disciplina prevista dal Codice della crisi v. V. NERI, *Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS (diretto da) t. IV, Milano, 2019, 437 ss.

<sup>30</sup> Così la Relazione illustrativa sotto l'art. 372 del Codice della crisi d'impresa.

(dall'aggressione dei creditori sociali) del proprio patrimonio con la domanda «in bianco» comporta che a questa «resti consentito, per quanto “vigilato”, l'accesso al mercato dei contratti pubblici» (virgolettato nella pronuncia).

Della conclusione raggiunta dal Consiglio di Stato non colpisce tanto l'esito – prevedibile, atteso il consolidarsi dell'indirizzo favorevole alla compatibilità tra concordato «in bianco» e appalti pubblici e, in ogni caso, coerente con l'affermazione della continuità aziendale come valore in sé – quanto la collocazione del potere di decidere sulla partecipazione alla gara pubblica o sulla continuazione all'esterno dell'amministrazione appaltante. Si devolve quindi al tribunale il contemperamento tra i contrapposti interessi in gioco; contemperamento che dovrebbe ispirarsi a quel rapporto circolare, non palesato dal Consiglio di Stato, che permetterebbe di realizzare entrambi gli interessi in considerazione (pubblico e privato).

Tuttavia, non è da escludere che il tribunale fallimentare – più avvezzo a preoccuparsi della tutela dei creditori e meno in grado di “maneggiare” l'interesse pubblico – si trovi ad autorizzare la partecipazione o la continuazione a scapito di detto interesse. A ben guardare, quello appena configurato non è un rischio solo ipotetico: al momento della presentazione del concordato «in bianco» non si conoscono ancora, nella maggior parte dei casi, i contenuti della proposta e del piano. Di talché il giudice, sostituendosi di fatto alla stessa pubblica amministrazione, viene a farsi interprete di una scelta di merito che non è detto risulti coincidente con quella che avrebbe adottato la stazione appaltante.

Il problema è, in effetti, speculare a quello che era stato già sollevato dalla tesi negatrice ma, una volta ammessa la convivenza tra concordato «in bianco» e appalti pubblici, l'interrogativo non riguarda più l'ammissibilità, bensì il concreto atteggiarsi del rapporto in questione.

Per vero, il Codice della crisi – e, dopo le più recenti modifiche, anche la legge fallimentare – vede altre fattispecie di sostituzione dell'autorità giudiziaria alle scelte (di merito) della pubblica amministrazione: si pensi, a tacer d'altro, al meccanismo del c.d. *cram down*<sup>31</sup>. La possibilità che il tribunale possa omologare il concordato

---

<sup>31</sup> Il riferimento è, segnatamente, alla l. 27 novembre 2020, n. 159, che ha convertito il d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, anticipando, attraverso le modifiche apportate

preventivo in assenza dell'adesione dell'amministrazione finanziaria permette di desumere elementi a sostegno di un tendenziale spostamento del potere di decidere – nella contrapposizione tra interesse pubblico e ragioni dell'impresa (in crisi) – a vantaggio del giudice fallimentare<sup>32</sup>.

Qualche differenza con il nostro caso è, tuttavia, riscontrabile: diversamente da quanto accade con l'applicazione del c.d. *cram down* ove il tribunale può omologare il concordato nonostante l'amministrazione finanziaria abbia espresso un voto negativo<sup>33</sup>, nel rapporto tra appalti pubblici e concordato preventivo «in bianco» non è predicabile una completa obliterazione dell'interesse pubblico. L'individuata circolarità del rapporto tra gli interessi in gioco sembra, per vero, proteggere dal rischio di «derive» verso la tutela di interessi (tutti) privatistici.

A questo si aggiunga, passando dal profilo assiologico a quello normativo, che le disposizioni sui contratti con la pubblica amministrazione vengono, legislativamente, definite come «speciali»: la specialità potrebbe, in considerazione delle suesposte osservazioni, interpretarsi quale invito rivolto all'autorità giudiziaria coinvolta nel procedimento autorizzativo a perseguire il miglior soddisfacimento dei creditori, senza dimenticare che la decisione presa in quella sede sarà giocoforza destinata a spiegare i propri effetti su una collettività che trascende quella (ristretta) dei creditori.

---

agli articoli 180, 182-*bis* e 182-*ter*, l. fall., l'entrata in vigore delle disposizioni relative alla transazione fiscale e contributiva previste dall'art. 48, comma 5, del Codice della crisi. Le norme della legge fallimentare (nello specifico, gli artt. 180 e 182-*bis*) hanno subito, ultimamente, un'altra novella per effetto del d.l. 24 agosto 2021, n. 118, conv. in l. 21 ottobre 2021, n. 147, recante «Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia». Per un approfondimento sul meccanismo del c.d. *cram down* v., tra gli altri, G. D'ATTORRE, *La ristrutturazione "coattiva" dei debiti fiscali e contributivi negli adri e nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2021, 153 ss., e M. MONTELEONE, S. PACCHI, *Il nuovo "cram down" del tribunale nella transazione fiscale*, in *ilcaso.it*, articolo del 9 febbraio 2021.

<sup>32</sup> In dottrina, s'interroga su questo fenomeno F. SANTANGELI, *Note sul nuovo ruolo del tribunale come giurisdizione di merito nel trattamento dei crediti tributari e contributivi nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ed in più recenti disposizioni legislative*, in *Judicium*, 2021, 2 ss.

<sup>33</sup> Sull'equiparazione della mancata adesione al diniego erariale espresso: v., da ultimo, Trib. Pescara, 10 giugno 2021, in *ilcaso.it*.

7. *Segue. E alla nuova disciplina in tema di composizione negoziata della crisi.*

Come è noto, il citato d.l. 118/2021 ha introdotto la composizione negoziata della crisi e, quale suo (possibile) esito, il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio<sup>34</sup>. La trattazione di questa recentissima innovazione sembra – almeno apparentemente – non riguardare il tema oggetto del presente contributo. L’art. 23, comma 2, sancisce difatti l’improcedibilità dell’istanza per la nomina dell’esperto indipendente in pendenza del ricorso per l’ammissione al concordato preventivo «anche ai sensi dell’articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267»<sup>35</sup>. Pertanto, se l’imprenditore, che è anche contraente della pubblica amministrazione, volesse optare per questa (nuova) modalità di soluzione della crisi, dovrebbe rinunciare alla domanda di concordato preventivo in bianco e, poi, presentare l’istanza di nomina dell’esperto.

---

<sup>34</sup> Nonostante la novità del tema, molto numerosi sono i contributi che hanno analizzato la disciplina. Tra gli altri, si segnalano: S. AMBROSINI, *La “miniriforma” del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. Fall.*, 2021, I, 901 ss.; R. BROGI, *Le autorizzazioni e la rideterminazione delle condizioni contrattuali*, in *Fall.*, 2021, 1548 ss.; M. FERRO, *La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il D.L. n. 118/2021*, in *Fall.*, 2021, 1573 ss.; G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato: ovvero tutto il potere ai giudici*, in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it), articolo del 11 novembre 2021; P. VELLA, *Le finalità della composizione negoziata e la struttura del percorso. Confronto col CCII*, in *Fall.*, 1489 ss. Tra le opere collettanee v. M. IRRERA e S.A. CERRATO (diretto da), *La crisi d’impresa e le nuove misure di risanamento*, Bologna, 2022.

<sup>35</sup> Il precetto ha, evidentemente, finalità antiabusiva. Decidendo su un ricorso per la conferma delle misure protettive di cui all’art. 6 del d.l. 118/2021, Trib. Brescia, 2 dicembre 2021, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), ha osservato come «gli arresti giurisprudenziali appena citati si rivelano pienamente funzionali alla logica antiabusiva a cui è ispirata la previsione di cui all’art. 23, c. II, del D.L. n. 118/2021 posto che se si ritenesse sufficiente a caducare un procedimento di concordato preventivo il mero deposito della dichiarazione di rinuncia da parte del proponente quest’ultimo ben potrebbe avvantaggiarsi (in modo “disinvolto” e senza essere mosso da una seria e concreta volontà compositiva) della massima estensione temporale del c.d. *automatic stay* garantito dalla legge fallimentare per poi creare le condizioni, all’ultimo momento utile, per il passaggio al diverso sistema di protezioni di cui all’art. 6 del D.L. n. 118/2021, con evidente frustrazione della finalità propria della previsione limitativa in esame» (virgolettato nella pronuncia).

Ciò chiarito, per limitarci a un'impressione, che sembra, peraltro, confermare le conclusioni rassegnate nel paragrafo precedente circa i rapporti tra poteri, colpisce come, ove l'imprenditore che abbia in essere un appalto pubblico opti per la composizione negoziata della crisi, ci si troverebbe al cospetto di una valutazione circa il temperamento tra gli interessi in gioco da parte del tribunale (forse) ancora più penetrante di quella cui si accennava dianzi.

In particolare, se si dimostrano applicabili anche ai contratti stipulati con la pubblica amministrazione quelle norme (su tutte, l'art. 10, comma 2) in virtù delle quali il tribunale «può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale» quando la prestazione sia divenuta «eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2»<sup>36</sup>, occorrerebbe studiare non solo il coordinamento con i meccanismi di revisione già previsti dalla disciplina generale, ma anche il *modo* con il quale Tribunale è tenuto a “maneggiare” un siffatto potere (e, quindi, a quali degli interessi in gioco assegnare prevalenza).

---

<sup>36</sup> Si evidenzia che a marzo 2022 è stato approvato uno schema di decreto legislativo recante modifiche al Codice della crisi d'impresa (c.d. secondo correttivo) che, tra le altre innovazioni, dovrebbe trasporre – al capo II – la disciplina della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa in luogo di quella relativa alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi. Per quanto rileva in questa sede, occorre segnalare che tale correttivo cambia la norma citata nel testo eliminando dalla relativa formulazione il riferimento agli effetti dall'emergenza sanitaria. In base alla nuova versione l'eccessiva onerosità della prestazione, cui si aggiunge «o se è alterato l'equilibrio del rapporto», dovrebbe dipendere (semplicemente) da «circostanze sopravvenute». In ogni caso, trattasi di modifica che non altera le riflessioni condotte nel testo.