

**Seminario “*Il Testo Unico su società partecipate: opportunità e sfide.*
Anticipazioni sul Testo Unico Servizi Pubblici Locali”**

Torino, 21 novembre 2016

Fabio Iozzo

La crisi di impresa: le sue nuove prospettive fra diritto concorsuale e diritto pubblico

L’art. 14 del decreto Madia 175/2016 stabilisce, come noto, una regola innovativa: l’assoggettabilità delle società a partecipazione pubblica alle disposizioni sul fallimento, sul concordato preventivo e sull’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

La norma fa proprio l’orientamento della giurisprudenza della Cassazione di cui alle sentenze 6 dicembre 2012, n. 2199 e 27 settembre 2013, n. 22209, superando peraltro la pronuncia delle Sezioni Unite della medesima Corte (Cass. SS.UU., 2 dicembre 2013, n. 26936), che, in tema di danno erariale e competenza della Corte dei Conti, pur condividendo il principio della fallibilità delle società pubbliche, aveva invece escluso quella delle società c.d. *in house*.

Così, lo Stato o l’ente pubblico, quando scelgono il modello privatistico, ad esso devono sottoporsi integralmente, anche per quanto concerne l’assoggettabilità a fallimento. Ed infatti, come autorevolmente evidenziato (in particolare PANZANI, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in www.ilfallimentarista.it), lo svolgimento di un servizio pubblico essenziale è ragione che giustifica semmai il ricorso alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e non già l’esonero *tout court* dal fallimento. Inoltre la soluzione contraria potrebbe essere addirittura fonte di danno perché impedirebbe la ristrutturazione ed il risanamento dell’attività.

Vengono così messe da parte le dispute riscontrate in dottrina e giurisprudenza, in materia di fallibilità delle società pubbliche, fra l'orientamento c.d. tipologico e quello c.d. funzionale, l'uno basato sul fatto che l'assoggettabilità a fallimento scatterebbe, in astratto, nel momento stesso in cui la società viene iscritta nel registro delle imprese, l'altro tendente a predicare l'esenzione dal fallimento di quelle società la cui attività abbia natura pubblica, non essendovi una diversità di titolarità fra patrimonio dell'ente e quello della società partecipata.

In questa prospettiva, la nuova norma, con l'ampia formulazione utilizzata, chiarisce che anche le società *in house* e quelle interamente partecipate dall'ente pubblico, oltre che quelle a controllo pubblico, per il solo fatto di aver adottato il modello societario, sono assoggettabili alla disciplina concorsuale.

La previsione della operatività delle norme sul fallimento alle società a partecipazione pubblica significa, fra le altre cose, che l'organo gestorio è tenuto, in presenza di una situazione di crisi della società, al pari di qualsiasi altra società, ad adottare i rimedi più opportuni per evitare l'aggravamento del dissesto o delle passività e, quindi, per non incorrere in una qualche responsabilità civile e, soprattutto, penale (si pensi all'art. 217, n. 4, l. fall.). Fra questi rimedi vi sono senz'altro gli istituti previsti dalla legge fallimentare e, ora, anche dall'art. 14 del decreto Madia. Ed è noto come il mancato adempimento dell'obbligo di segnalare l'insolvenza all'autorità giudiziaria integri, secondo l'orientamento della giurisprudenza maggioritaria, anche di legittimità, un profilo di responsabilità in capo agli amministratori, tanto più quando il dissesto si sia manifestato in maniera vistosa ed irreversibile (cfr., *ex multis*, Cass., 27 febbraio 2002, n. 2906, in *Fallimento* 2003, 366; cui *adde*, nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 24 ottobre 1986, in *Temi romana*, 1987, 147; Trib. Milano, 10 settembre 2013, in *Giurisprudenzadelleimprese.it*, che ha avuto occasione di affermare, ancora di recente, la pacifica “*sussistenza di un preciso “dovere” dell'amministratore in carica di provvedere a tempestiva richiesta di fallimento in proprio (o ricorso ad altra idonea procedura concorsuale) al fine di non aggravare ingiustificatamente la situazione patrimoniale e finanziaria della società, quale obbligo da reputarsi strettamente*

inerente al dovere generale di diligenza nella gestione del patrimonio sociale e che trova puntuale riscontro normativo nella peculiare fattispecie penale di cui all'art 217 l. fall.”). Il che è in linea con l'impostazione seguita dalla giurisprudenza di merito, segnatamente torinese, che ha avuto modo di precisare che *“all'organo amministrativo va imputata anche la violazione desumibile dall'art. 217 n. 4 L.F. per non aver richiesto la dichiarazione di fallimento allorquando (...) la società era insolvente, non potendo far fronte al pagamento dei debiti (come risulta dal debito verso Equitalia)”* (così App. Torino, 10 gennaio 2014).

Ed è un elemento sintomatico dell'insolvenza il mancato pagamento o la rateazione del debito tributario.

Del resto, sino a che non venga adottato uno degli strumenti che la legge prevede per la soluzione, anche negoziata, della crisi, opera, in campo civilistico, l'art. 2486, c.c., che prevede la responsabilità degli amministratori per i danni derivanti dalla prosecuzione dell'attività pur a seguito del verificarsi di una causa di scioglimento della società, fra cui, principalmente, la perdita del capitale sociale, vale a dire uno dei motivi della crisi.

Lo chiarisce, ove ve ne fosse bisogno, l'art. 182 *sexies*, l. fall. (applicabile alle società a partecipazione pubblica per effetto del richiamo da parte dell'art. 14 del decreto Madia alla disciplina sul concordato preventivo). Tale norma stabilisce che, sino a quando non vengano depositate la domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'articolo 161, sesto comma, o la domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-*bis* ovvero la proposta di accordo a norma del sesto comma dello stesso articolo, trova applicazione l'art. 2486, c.c.: solo dal predetto deposito e sino all'omologazione non operano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-*bis*, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-*ter* del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545-*duodecies* del codice civile.

E non è un caso che lo stesso art. 14 del decreto Madia abbia espressamente statuito due regole fondamentali in proposito:

1) che in presenza di una crisi aziendale, “l’organo amministrativo della società a controllo pubblico adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l’aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento”;

2) che “la mancata adozione di provvedimenti adeguati, da parte dell’organo amministrativo, costituisce grave irregolarità ai sensi dell’articolo 2409 del codice civile”.

Strumenti, questi, cui occorre talvolta accedere anche solo in presenza di una temporanea illiquidità, posto che il concetto di crisi che giustifica il ricorso al concordato ed alle soluzioni negoziate previste dalla legge fallimentare è più ampio del dissesto irreversibile, cioè dell’insolvenza di cui all’art. 5 l. fall. (incapacità di far fronte regolarmente ai debiti): il concordato è infatti un istituto cui può/deve accedere un imprenditore commerciale in crisi *ex art. 160, l. fall.*

Ma quali sono le soluzioni che, almeno sulla carta, l’organo amministrativo è tenuto ad adottare per superare o affrontare la crisi?

L’art. 14 del decreto Madia parla di fallimento, concordato preventivo e amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Non fa invece alcun accenno espresso agli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis, l. fall.*, né al piano attestato di risanamento di cui all’art. 67, comma 3, lett. d.), l. fall., né agli accordi di ristrutturazione con gli intermediari finanziari ed alla convenzione di moratoria di cui all’art. 182 *septies, l. fall.*

Senonchè, deve ritenersi che anche questi istituti siano ricompresi nel novero di quelli che il decreto Madia abbia inteso richiamare. Il rinvio alla disciplina sul concordato preventivo deve infatti interpretarsi come rinvio agli artt. 160 e seguenti della legge fallimentare, cioè agli articoli compresi fra il 160 ed il 186 *bis*, fra i quali, appunto, vi sono le norme che disciplinano gli istituti sopra indicati.

Del resto, non avrebbe senso estendere l'applicazione di strumenti più incisivi sul patrimonio della società a partecipazione pubblica, quali il concordato preventivo, il fallimento e l'amministrazione straordinaria, e ritenere non applicabili ad esse le soluzioni negoziate della crisi – più blande – costituite dagli accordi di ristrutturazione dei debiti e del piano attestato di risanamento, idonee, con un controllo limitato del tribunale o, a seconda dei casi, senza neppure il suo intervento, a consentire il riequilibrio economico e finanziario e la conservazione dei complessi aziendali.

L'art. 14, per il vero, fa riferimento a piani di ristrutturazione ed a piani di risanamento, ma deve ritenersi che essi non siano gli stessi dell'accordo *ex art. 182 bis* e del piano attestato di cui all'art. 67, 1. fall. e siano istituti che si aggiungono a questi ultimi.

Ed infatti, i commi 2, 4 e 5 non prevedono che detti piani debbano essere attestati dal professionista indipendente di cui all'art. 161, comma 3, 1. fall., come avviene per i piani di concordato, per gli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis*, e per i piani di risanamento di cui all'art. 67, 1. fall., né che essi siano assoggettati alle condizioni previste per quelli o che abbiano analoghi effetti dal punto di vista giuridico (si pensi, quanto all'accordo *ex art. 182 bis* ed al concordato, alla protezione dalle esecuzioni individuali, che solitamente limitano o impediscono l'attività; protezione, invece, che non è presente per i piani di cui all'art. 14 del d.lgs. 175/2016).

L'art. 14 del decreto Madia, al comma 2, stabilisce che l'aggravamento del dissesto deve essere impedito attraverso un "idoneo piano di risanamento".

Il comma 4 prevede che il ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione pubblica socia della società in crisi non può avvenire se non tramite "un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte, approvato ai sensi del comma 4, anche in deroga al comma 5".

Il comma 5 chiarisce che le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 3, l. 31 dicembre 2009, n. 196, sempre che non si versino in una situazione di perdita del capitale sociale, non possono eseguire trasferimenti straordinari, a favore delle società partecipate che abbiano registrato per tre esercizi consecutivi perdite di esercizio o che abbiano

utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali, se non attraverso un piano di risanamento, approvato dall’Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti, piano che contempli il raggiungimento dell’equilibrio finanziario entro tre anni.

Come si vede, quindi, il decreto Madia utilizza lo strumento del piano di risanamento e del piano di ristrutturazione aziendale come soluzione ulteriore, seppur “minore”, rispetto ai rimedi previsti dalla legge fallimentare.

L’art. 182 *bis* richiede infatti che il piano di ristrutturazione sia accompagnato da un accordo raggiunto con creditori rappresentanti almeno il 60 per cento dei crediti e, come si diceva, da una relazione redatta da un professionista nominato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all’art. 67, comma 3, lett. d, l. fall.; relazione che deve attestare la veridicità dei dati aziendali e l’attuabilità dell’accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l’integrale pagamento dei creditori estranei all’accordo nel rispetto dei seguenti termini:

- entro centoventi giorni dall’omologazione dell’accordo, in caso di crediti già scaduti a quella data;
- entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell’omologazione.

L’accordo è supportato da un piano di soluzione della crisi, il cui contenuto può essere sia di risanamento che di liquidazione del patrimonio aziendale.

L’accordo è pubblicato nel registro delle imprese ed i creditori non aderenti possono proporre impugnazione entro trenta giorni.

Esso è soggetto al controllo del Tribunale, chiamato attraverso apposito ricorso ad omologare l’accordo o a respingere la richiesta.

L’attestazione del pagamento dei creditori estranei nei suddetti termini è imprescindibile garanzia di legittimità (*rectius*: omologabilità) dell’accordo proprio perché incide sui diritti dei soggetti che non vi hanno aderito e perché costituisce il contraltare alla non revocabilità degli atti dispositivi compiuti in esecuzione

dell'accordo, con incidenza depauperativa delle garanzie patrimoniali, nell'ipotesi di successivo fallimento.

Il piano di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), 1. fall., è un piano che deve consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa ed assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria. L'art. 67, dunque, non sembra lasciare spazi ad una applicazione dell'istituto in ipotesi totalmente liquidatoria.

Esso si sostanzia solitamente in un accordo con i principali creditori e, in particolare, con gli istituti di credito, i quali addivengono alla condivisione del piano in virtù dell'esenzione dall'azione revocatoria prevista dall'art. 67, 3° co. lett. d), in caso di successivo fallimento (rilevante appare anche, per l'imprenditore, l'esenzione dalla responsabilità penale prevista dall'art. 217 *bis*, 1. fall.).

Anche tale piano deve essere attestato da un professionista indipendente. E l'attestazione, come stabilito recentemente dalla Cassazione con un'opinabile pronuncia (Cass., 5 luglio 2016, n. 13719), se si intende ottenere l'esenzione dei relativi atti esecutivi dalla revocatoria fallimentare, deve certificare la manifesta attitudine del piano stesso all'attuazione del risanamento.

In questo nuovo contesto normativo, la semplice messa in liquidazione della società a partecipazione pubblica che versi in stato di crisi può non apparire una soluzione adeguata.

Non vi sono infatti accordi con i creditori, né il debitore può utilizzare la protezione, variamente modulata, dalle esecuzioni individuali prevista nell'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis* e nel concordato preventivo.

A ciò si aggiunga che la liquidazione, non accompagnata dall'adozione dei rimedi concorsuali, può comunque esporre l'organo liquidatorio a responsabilità per l'aggravamento del passivo.

E ciò ancorchè la valutazione del concetto di insolvenza di una società in liquidazione sia, secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, parzialmente differente rispetto a quella che viene operata negli altri ordinari casi di un imprenditore che si trovi sul mercato, posto che l'indagine, in simili ipotesi, è di tipo patrimoniale, diretta

cioè ad accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'uguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali (in tal senso, *ex aliis*, Cass., 14 ottobre 2009, n. 21834, in *Dir. fall.*, 2011, II, 208; Cass. 6 settembre 2006, n. 19141, in *Foro it.*, 2007, I, 1531; Cass. 17 aprile 2003, n. 6170, in *Fallimento*, 2003, 1303, cui *adde*, nella più recente giurisprudenza di merito, App. Trieste, 12 aprile 2011, in *Il caso.it*; Trib. Padova 10 marzo 2011, *ivi*; v. anche GALLETTI, sub *art. 5*, in CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, vol. 1°, Milano, 2010, 107; TAMPONI-D'AMORA-DIDONE-RAGAGLIA, *Accertamento dell'insolvenza: profili temporali, regolarità degli adempimenti, imprese in attività e impresa in liquidazione*, in FERRO-DI CARLO (a cura di), *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010, 304).

L'estensione dell'applicabilità delle norme concorsuali alle società a partecipazione pubblica consente a queste ultime di usufruire di ulteriori strumenti per il superamento della crisi, con la protezione della legge e, nella maggior parte dei casi, del tribunale.

Si pensi, in quest'ottica, alla possibilità, in caso di fallimento, di utilizzare l'istituto dell'esercizio provvisorio (art. 104, l. fall.) e dell'affitto di azienda (art. 104 *bis*, l. fall.), che impediscono l'interruzione dell'attività, consentendo il mantenimento del valore dell'azienda e, anche solo in parte, dei livelli occupazionali; e ciò in deroga alla situazione ordinaria nella quale in via generale, per effetto della dichiarazione di fallimento ed in vista di un'attività liquidatoria atomistica, il curatore fallimentare si scioglie dai contratti pendenti *ex art. 72*, l. fall.

L'esercizio provvisorio, anche solo con riferimento ad uno dei rami d'azienda, può essere disposto dal tribunale con la sentenza che dichiara il fallimento del debitore se dall'interruzione dell'attività può derivare un danno grave, purchè ciò non arrechi un pregiudizio ai creditori.

L'affitto d'azienda può avvenire tenendo conto dell'ammontare del canone, delle garanzie prestate e dell'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali.

Anche il concordato preventivo, dal canto suo, può contemplare la prosecuzione dell'attività, poiché esso può prevedere un piano in continuità, in alternativa a quello liquidatorio o a quello misto.

Per quello in continuità l'attestazione dell'esperto deve certificare che *«la prosecuzione dell'attività di impresa prevista dal piano concordatario è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori»* [art. 186 bis, 2° co. lett. b), l. fall.] e coerentemente il piano *«deve contenere [...] un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività di impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura»*.

In relazione al concordato in continuità, inoltre, non trova applicazione la norma secondo cui la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari: limite, questo, del 20% che opera invece nei concordati liquidatori e, quanto ai concordati misti, nell'ipotesi in cui le utilità ricavabili dalla liquidazione dei beni estranei al perimetro aziendale in continuità rappresentino la parte preponderante dell'attivo concordatario (cfr. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica*, Bologna, 2016, 90).

Il concordato preventivo è a “contenuto variabile”, essendo demandata al debitore – con il controllo del commissario giudiziale e del tribunale – un'ampia autonomia nella costruzione delle più opportune modalità di soluzione della crisi, pur nel rispetto delle cause legittime di prelazione e del relativo ordine di legge: in proposito, a seguito della nota pronuncia della Corte di Giustizia del 7 aprile 2016, vi è anche la possibilità di falciare crediti privilegiati come l'iva e le ritenute, occorrendo al riguardo un'attestazione che il debito non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di fallimento. E' essenziale però (ed è una precondizione del concordato) che, in ipotesi di non applicazione del limite di soddisfacimento del 20%, venga riconosciuta ai creditori chirografari una sia pur minimale consistenza del credito da essi vantato, in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti (cfr. Cass., 23 maggio 2014, n. 11497).

La prosecuzione dell'attività è inoltre garantita nell'amministrazione straordinaria, posto che tale procedura presuppone l'esistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali; risultato che deve potersi realizzare, in via alternativa:

- a) tramite la cessione dei complessi aziendali, sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno;
- b) tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni;
- c) per le società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali anche tramite la cessione di complessi di beni e contratti sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno.

Nella vendita deve poi prevedersi l'obbligo in capo all'acquirente di proseguire per almeno un biennio le attività imprenditoriali e a mantenere per il medesimo periodo i livelli occupazionali stabiliti all'atto della vendita.

La "trasversalità" del diritto concorsuale, conseguente alla sua estensione alle società a partecipazione pubblica, implica, tuttavia, anche la necessità di risolvere problemi interpretativi di non facile soluzione. Si pensi al fatto che la stipulazione di contratti di affitto e le cessioni di azienda e dei beni devono avvenire, nel fallimento, nel concordato preventivo e nell'amministrazione straordinaria, mediante procedura competitiva (art. 105 e ss. l. fall., 163 *bis*, 182, l. fall. e 63, d.lgs. n. 270/99).

L'applicabilità della disciplina concorsuale alle società a partecipazione pubblica impone quindi di verificare come la regola della competitività delle vendite e degli affitti si inserisca nel diritto pubblico ed in particolare nelle procedure di affidamento dei servizi.

Si può porre infatti di frequente il caso che la società a partecipazione pubblica, fallita, in concordato preventivo o in amministrazione straordinaria, sia titolare di un affidamento di un servizio pubblico, abbia svolto o continui a svolgere l'attività e nel contempo sia proprietaria dei beni strumentali all'esercizio della stessa. La previsione di una "dismissione" dell'attività, attraverso l'affidamento a terzi del servizio e la

vendita dei beni strumentali, implica il rispetto, da un lato, delle norme dettate dal diritto pubblico sull'affidamento del servizio e, dall'altro, di quelle stabilite dalla legge fallimentare sulla vendita.

La disciplina concorsuale riguarda, tuttavia, esclusivamente il procedimento per la vendita di singoli beni dell'impresa insolvente o del complesso dei beni costituenti l'azienda od il ramo d'azienda dell'impresa in procedura. L'acquisto del complesso aziendale non comporta anche l'automatico trasferimento in capo al cessionario dei provvedimenti amministrativi di assenso o di affidamento in concessione che siano indispensabili per l'eventuale svolgimento dell'attività di impresa. A tal fine, è necessario infatti che i predetti provvedimenti (di autorizzazione e di affidamento in concessione del servizio) vengano "volturati" a favore del cessionario del compendio aziendale mediante uno specifico provvedimento amministrativo che autorizzi tale modifica 'soggettiva' della titolarità del provvedimento, previo accertamento della persistente efficacia del titolo da "volturare" e della permanenza in capo al successore dei presupposti richiesti per il rilascio dell'originario provvedimento (com'è noto, infatti, i provvedimenti autorizzativi non costituiscono parte integrante dei beni aziendali ed il loro trasferimento non può costituire oggetto di un accordo tra privati, avente ad oggetto il loro trasferimento congiuntamente all'azienda: v. sul punto, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Padova, 2006, 1276. In giurisprudenza, Cassazione civile, sez. II, 16.2.1993, n. 1918).

Ne deriva che la vendita di un ramo d'azienda non potrebbe comprendere, di per sé, anche i provvedimenti amministrativi costituenti il 'titolo' per lo svolgimento di un'attività economica sottoposta a vigilanza dell'Amministrazione, occorrendo a tal fine l'esercizio di uno specifico potere amministrativo (di modificazione soggettiva della titolarità del provvedimento assentivo) attribuito dalla legge alla competenza di una diversa autorità amministrativa del settore.

Il che significa che la scelta del soggetto acquirente del ramo d'azienda e del soggetto gestore dell'affidamento del servizio consegue all'espletamento di due distinte e separate procedure di gara, successive tra loro e di competenza di due distinte autorità.

E' evidente, tuttavia, il rischio insito in tale soluzione: l'acquirente del compendio aziendale che abbia partecipato alla gara indetta dal fallimento o dalla procedura di concordato o di amministrazione straordinaria potrebbe non risultare anche il gestore del servizio e quindi potrebbe vedere azzerate le possibilità di sfruttamento economico del complesso dei beni costituenti il ramo d'azienda (il che determina una scarsa appetibilità sul mercato dell'acquisto dell'azienda e la presumibile ulteriore riduzione del valore di mercato dell'azienda stessa).

Nel contempo, il gestore del servizio individuato all'esito della gara ad evidenza pubblica indetta dall'ente pubblico potrebbe trovarsi nella delicata situazione di dover acquisire altrove la disponibilità dei beni strumentali all'esercizio dell'attività.

Tali considerazioni inducono a individuare come possibile soluzione idonea ad assicurare il coordinamento tra le due distinte procedure di vendita del ramo d'azienda e di affidamento del servizio la stipulazione – ai sensi degli artt. 15 della legge n. 241/1990 e 30 del T.U. n. 267/2000 – di una convenzione amministrativa tra le due Amministrazioni preposte all'esercizio dei poteri di affidamento del servizio e di scelta dell'acquirente del ramo d'azienda.

Tale convenzione amministrativa, in particolare, dovrebbe avere per oggetto:

- a) la delega delle funzioni di stazione appaltante, da parte dell'ente pubblico che affida il servizio, alla procedura, o la costituzione di un ufficio comune ai due plessi amministrativi, al quale affidare lo svolgimento di un'attività amministrativa (la gara per l'affidamento del servizio) che continua a restare di competenza di ciascuno degli enti partecipanti all'accordo (c.d. rapporto di avvalimento: v. T.A.R. Lombardia-Brescia, 3.9.2011, n. 1307);
- b) nonché la previsione dell'espletamento di una gara unica 'a doppio oggetto': preordinata, cioè, sia al trasferimento del ramo d'azienda, sia all'affidamento del servizio; e ciò sulla falsariga di quanto stabilito dall'art. 17 del decreto Madia in tema di partenariato pubblico-privato.

La giurisprudenza ha chiarito:

- che gli accordi tra pubbliche amministrazioni possono essere utilizzati come strumento di coordinamento dell'azione di diversi apparati amministrativi (ciascuno portatore di uno specifico interesse pubblico) e come forma di collaborazione non solo per una più efficiente ed economica gestione di funzioni comuni (quali, ad esempio, la costituzione di un consorzio tra enti per la gestione tecnica ed amministrativa di aree industriali o la gestione di un servizio comune), ma *anche per l'affidamento* - a terzi o ad una delle Amministrazioni stipulanti – *di servizi o di forniture di interesse comune*, preordinate cioè al perseguimento di un interesse pubblico comune agli enti partecipanti all'accordo conformemente ai loro scopi istituzionali (Cons. St., sez. V: 16.9.2011, n. 5207; 15.2.2011, n. 966; 10.9.2010, n. 6548; 13.11.2009, n. 7103);

- che le norme contenute negli artt. 15 della legge n. 241/1990 e 30 del T.U. n. 267/2000 consentono anche che, mediante la stipula di un accordo amministrativo, ad una delle Amministrazioni stipulanti vengano delegate funzioni determinate, tra cui anche quella di *stazione appaltante* per lo svolgimento di una gara unitaria nella quale vengano cumulati più interventi caratterizzati da una reciproca connessione (Cons. St., sez. VI, 27.11.2006, n. 6908; TAR Liguria, sez. I, 15.4.2005, n. 501).

Del resto, la giurisprudenza ha evidenziato che nessuna specifica disposizione comunitaria o nazionale preclude la possibilità di *concentrare in un unico procedimento di gara l'aggiudicazione di vari servizi* (benché teoricamente scindibili) caratterizzati da *nessi di reciproca connessione cronologica o funzionale*, specialmente laddove tale accorpamento sia giustificato da valide ragioni di opportunità e non sia manifestamente indirizzato a restringere in modo ingiustificato la platea dei possibili partecipanti alle gare (cfr. Cons. Stato, sez. II, n. 2803/2007; sez. VI, 27.11.2006, n. 6908, e 21.11.2003, n. 7620; T.A.R. Puglia-Bari, 11.3.2010, n. 891; TAR Lazio-Roma, 8.5.2009, n. 4924).

L'eventuale adesione alla soluzione prospettata impone, tuttavia, che nell'eventuale gara 'a doppio oggetto' svolta dalla procedura o da un ufficio comune alla procedura ed all'ente pubblico:

- venga rispettata non solo la disciplina normativa concorsuale dettata per la vendita del ramo d'azienda, ma anche quella riguardante l'affidamento del servizio (in particolare, devono essere rispettati i principi riguardanti la pubblicità del bando di gara ed i termini 'minimi' che devono intercorrere tra la data di pubblicazione del bando e di presentazione delle offerte, nonché il sistema di aggiudicazione del servizio);

- vengano osservati i principi generali che presiedono allo svolgimento delle gare per l'affidamento di 'contratti misti' (come è quello per la cessione del ramo d'azienda e per l'affidamento del servizio) e – in particolare – occorre: (i) dedurre specificamente le ragioni che giustificano l'accorpamento in unica gara di due interventi teoricamente separati e scindibili; ii) 'rimodulare' i requisiti di ammissione alla gara 'a doppio oggetto' di cui si è detto, prevedendo che vengano ammessi alla competizione solo quegli operatori che possiedano (oltre ai requisiti di partecipazione alla gara di vendita del ramo) anche quelli di partecipazione ad una gara per l'affidamento del servizio.

Va peraltro evidenziato come ciò (attesa, in quest'ottica, la possibilità di cedere i beni o l'azienda soltanto a coloro che partecipano alla procedura pubblica di affidamento del servizio) possa in qualche modo limitare la competitività in ambito concorsuale, diretta a far conseguire alla massa dei creditori il maggior risultato utile nella collocazione dei beni sul mercato. Esigenza, questa, che va temperata con gli interessi sottesi all'applicazione delle inderogabili regole del diritto pubblico.

Occorre poi considerare che si pone un ulteriore problema di raccordo fra la normativa pubblica e quella concorsuale allorchè la società a partecipazione pubblica acceda al concordato preventivo e, in epoca anteriore, abbia stipulato con un terzo, in virtù di un procedimento pubblico, un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato o solo dell'affitto dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni: si pensi, quindi, ad un contratto di affitto, anteriore all'accesso alla procedura concorsuale, per la gestione di un servizio in vista (ma non necessariamente) di una cessione o, semplicemente, ad un accordo – raggiunto a seguito di procedura pubblica, sempre in un momento anteriore al concordato preventivo – che preveda l'impegno del terzo a gestire detto servizio e/o ad acquistare o gestire beni strumentali all'esercizio

dell'attività. Ebbene, anche in simili casi, dovrebbe trovare applicazione l'art. 163 *bis*, l. fall., che impone l'espletamento della procedura competitiva per l'individuazione di offerte migliorative, pur nel rispetto delle regole della disciplina pubblicistica. E' evidente quindi l'impatto della norma concorsuale sui contratti di questo tipo, anteriormente stipulati, aventi anche natura pubblica, posto che l'esito della gara può determinare il nuovo assetto contrattuale ed obbliga il debitore a modificare in conformità ad esso la proposta e il piano di concordato. Detti contratti stipulati anteriormente all'accesso alla procedura concorsuale, contrariamente all'opinione di alcuni tribunali che dalla previsione di cui all'art. 163 *bis* hanno fatto indebitamente discendere l'inopponibilità del negozio alla massa dei creditori, rimangono in vita dopo l'apertura del concordato, atteso che l'efficacia del contratto segue le regole comuni del codice civile, ma vengono inderogabilmente integrati dall'art. 163 *bis*, che impone la ricerca di offerte migliorative. Il programma contrattuale con l'originario terzo, quindi, non può essere attuato *tout court*, né si potrebbe quindi invocare il rilievo che il negozio conseguente sarebbe un atto dovuto, in esecuzione del precedente impegno, assunto in forza di un qualche "vincolo pubblico".

Non va poi sottaciuto il tema della cedibilità a qualsiasi terzo di determinati beni della società a partecipazione pubblica che sia stata dichiarata fallita o sia stata ammessa alla procedura di concordato preventivo o dell'amministrazione straordinaria.

La natura del bene, infatti, esclude in taluni casi la possibilità che il cessionario venga individuato sulla base soltanto della procedura competitiva concorsuale, cioè quella espletata secondo le norme della legge fallimentare.

Se i beni strumentali costituiscono in qualche modo parte del patrimonio pubblico o sono strettamente connessi al servizio, la vendita competitiva subisce inevitabili limitazioni.

In quest'ottica il cd. terzo acquirente non può essere un qualunque soggetto investitore. Ciò è stato espressamente escluso, in un caso in cui i beni erano costituiti da reti di distribuzione del gas, dalla Corte dei Conti, Se. Reg. controllo per la Lombardia con il parere 141/2015 del 30 marzo 2015. Essa ha osservato che: "*la proprietà degli*

impianti, delle dotazioni e delle reti necessarie a svolgere il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale è essenzialmente pubblica, confluisce nel patrimonio indisponibile dell'ente locale ed è attribuibile, oltre che direttamente all'ente territoriale, a società patrimoniali, totalmente partecipate dal medesimo ente e, nei limiti del legame funzionale inscindibile fra proprietà e gestione del servizio, ai soggetti privati che posseggono i requisiti legali individuati dall'art. 14 comma 5 del D. Lgs. n.164/2000 per la partecipazione alle gare di affidamento del servizio, alla stregua dei criteri concorrenziali imposti dalle norme comunitarie. Infatti, l'attribuzione della disponibilità in capo al privato delle reti, delle dotazioni e degli impianti di distribuzione del gas, si giustifica e si legittima esclusivamente se strettamente correlata con la durata contrattuale del regime concessorio, costituito a seguito di gara regolarmente condotta secondo i principi di tutela della concorrenza previsti dall'ordinamento interno e dal diritto comunitario.”

Alla luce di ciò, come confermato da ultimo anche dall'art. 7 DM 12 novembre 2011 n. 226, la rete potrebbe essere di proprietà dell'ente territoriale concedente, della società patrimoniale totalmente partecipata dall'ente locale ovvero del gestore del servizio scelto con gara.

Di tali aspetti non sembra tener conto la differente e non condivisibile tesi secondo cui qualunque terzo potrebbe rendersi cessionario dei predetti beni purchè fosse garantita l'intangibilità del vincolo di destinazione degli stessi al pubblico servizio. Tesi che giunge quindi ad affermare che la vendita dei predetti beni ad un soggetto privato mediante procedura competitiva sarebbe vietata solo qualora non venisse giuridicamente garantita l'invariabilità del vincolo di destinazione funzionale del bene e, quindi, la sua impignorabilità.

Ulteriore tema sul quale potrebbero sorgere questioni interpretative è quello del potere di scioglimento dai contratti pendenti e, per quel che qui rileva, dai contratti con un ente pubblico, da parte del curatore fallimentare o del commissario straordinario o della società in concordato preventivo.

Ci si potrebbe infatti chiedere se la generale facoltà – prevista dall'art. 72, 1. fall. (in caso di fallimento), dall'art. 169 *bis*, 1. fall. (in caso di concordato preventivo, previa autorizzazione del Tribunale o del Giudice Delegato) e dall'art. 50, d.lgs. n. 270/1999 (in caso di amministrazione straordinaria) – di scioglimento dai contratti ancora ineseguiti o non interamente eseguiti si riferisca anche ai contratti di appalto (o di concessione di servizio pubblico) stipulati con la pubblica amministrazione.

La risposta potrebbe essere affermativa. I contratti d'appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni, infatti, sono pur sempre contratti «*speciali' stipulati dagli enti pubblici con la (generale) capacità di diritto civile, benché disciplinati da una normativa speciale che regola (anche) la fase di esecuzione del rapporto contrattuale*» (v. POLI, *Principi generali e regime giuridico dei contratti stipulati da P.A.*, in www.giustizia-amministrativa.it, pag. 2 ss.).

Orbene, mancando nel sistema una norma speciale (posta a presidio dell'interesse pubblico di settore) che preveda una deroga al principio generale in forza del quale il curatore, il commissario straordinario o la società in concordato può sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione nell'esercizio della generale potestà attribuitagli dalle menzionate disposizioni di legge, può ragionevolmente ritenersi che tale facoltà (circa lo scioglimento o meno dai contratti) permanga anche con riferimento ai contratti pubblici d'appalto di servizi (ferma restando la possibilità per il contraente *in bonis* — ove ne ricorrano i presupposti – di insinuarsi al passivo o di far iscrivere nel passivo concordatario i crediti relativi alle prestazioni derivanti dal contratto d'appalto, rimaste ineseguite).

La predetta conclusione sembra trovare conferma nella giurisprudenza che si è occupata della materia (TAR Toscana, 11.7.2000, n. 1627; Cass. I, 22.12.2005, n. 28492, in ordine all'ammissibilità o meno dell'esercizio, da parte del curatore fallimentare, della facoltà di scioglimento da 'contratti pubblici' in corso di esecuzione a seguito della dichiarazione di fallimento del contraente privato). È stato evidenziato infatti che anche nelle convenzioni ad oggetto pubblico (e quindi, a maggior ragione, nei contratti di diritto comune speciale) la posizione della P.A.

non si distingue da quella di qualunque altro contraente privato, creditore di un'obbligazione rimasta inadempita a seguito dell'intervenuto fallimento od ammissione a procedura di amministrazione straordinaria di una società e che, conseguentemente, debba ritenersi applicabile anche in questi casi l'art. 72, 1. fall., il quale “... *costituisce una deroga alla generale vincolatività del contratto raggiunto dalle parti secondo la previsione dell'art. 1372 cod. civ.; la necessità di non penalizzare oltremodo gli interessi della massa creditoria ha indotto il legislatore ad accordare al curatore una facoltà che viene intesa alla stregua di un vero e proprio diritto potestativo e che ha pochi riscontri nella normativa*” (Cass. I, 22.12.2005, n. 28492).

Ne discende che, in mancanza di una norma espressa che imponga, anche per le procedure concorsuali, la permanenza del vincolo contrattuale derivante dai negozi pubblici in corso di esecuzione e delle pretese derivanti dagli stessi, non paiono esservi ragioni per ritenere non applicabile alla fattispecie la regola generale enunciata dall'art. 72, 1. fall., dall'art. 169 *bis*, 1. fall. e dall'art. 50, d.lgs. n. 270/1999.

Tale conclusione, peraltro, sarebbe analoga anche qualora nel caso concreto si fosse di fronte ad un contratto avente ad oggetto una concessione di servizio pubblico.

Le previsioni dell'art. 14 (in particolare quelle dei commi 4 e 5) impongono poi ulteriori riflessioni in merito agli apporti del socio pubblico a sostegno di un'eventuale domanda di concordato preventivo della società partecipata.

Nel concordato, come noto, vi è il tema, assai dibattuto, della finanza c.d. esterna, spesso necessaria poiché il patrimonio della società debitrice non è in grado non solo di coprire una parte dei crediti chirografari, ma neppure tutti quelli privilegiati (o, in caso di applicazione dell'art. 160, comma 2, 1. fall., ricorrendone i presupposti, di una parte di quelli privilegiati). Una domanda di concordato che preveda lo stralcio del privilegio generale, allorchè il patrimonio del debitore non sia capiente a coprire integralmente detto privilegio e non vi siano apporti esterni, non può infatti essere

considerata ammissibile. In tal caso, l'unica alternativa in capo alla società debitrice insolvente sarebbe quella di depositare istanza di fallimento in proprio.

L'apporto di finanza esterna, per contro, si sottrae al divieto di alterazione della graduazione dei crediti privilegiati (contra, invece, Trib. Treviso, 11 febbraio 2009, in *Fallimento*, 2009, 1439 e ss.) in quanto esso risulta neutrale rispetto allo stato patrimoniale della società debitrice, non comportando un incremento dell'attivo patrimoniale sul quale devono essere soddisfatti i creditori privilegiati secondo il loro grado e neppure un aggravio del passivo (v. Trib. Monza, 5 novembre 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Torino, 27 gennaio 2015; Cass., 8 giugno 2012, n. 9373. Trib. Pescara, 29 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*). Il che consente la possibilità di "liberamente spalmare" l'apporto del socio sui crediti residui (cioè non coperti dal valore del patrimonio sociale), composti sia da crediti privilegiati degradati a chirografo perché non soddisfatti mediante l'attivo sociale, sia da crediti *ab origine* chirografari: senza che possa sostenersi il divieto di soddisfare parzialmente chi viene dopo nella graduatoria dei privilegi se chi viene prima non sia stato soddisfatto integralmente.

In proposito, ci si può chiedere se l'intervento del socio pubblico sia da considerare finanza esterna o meno e, in caso positivo, se esso debba comunque avvenire sulla base di quanto prescritto dai commi 4 e 5 dell'art. 14 del decreto Madia, e quindi nell'ambito di un piano di risanamento approvato dall'Autorità di regolazione di settore e comunicato alla Corte dei Conti.

Le risposte possono essere positive, tenuto conto che, quanto al primo aspetto, la messa a disposizione di finanza esterna (del socio pubblico), se del caso sospensivamente condizionata all'omologazione del concordato, si traduce in un apporto che non entra a far parte del patrimonio del debitore, essendo specificamente sottoposto al vincolo di destinazione alla realizzazione della liquidazione: non vi è quindi un accrescimento del patrimonio sociale del debitore.

In merito al secondo profilo, deve ritenersi che la normativa concorsuale venga integrata dalla previsione dell'art. 14, poiché l'intervento pubblico deve essere circoscritto alle ipotesi dettate da tale norma e deve sottostare alle relative condizioni.

Ecco, dunque, delineati alcuni dei numerosi temi e problemi che l'art. 14 è inevitabilmente destinato a sollevare, in un contesto dove il diritto concorsuale e quello pubblico si incontrano.

Ma ve ne sono e ve ne saranno sicuramente altri, che spetterà in ogni caso alla giurisprudenza ed agli interpreti risolvere.