

CORSO DI FORMAZIONE

ORDINE DOTTORI COMMERCIALISTI E ESPERTI CONTABILI DI GENOVA

ORDINE AVVOCATI DI GENOVA

9 febbraio 2022

**La composizione negoziata per la
soluzione della crisi**

Il risanamento dell'impresa di costruzioni

Lucia Radicioni

BonelliErede

with **LOMBARDI**

1. La rinegoziazione dei contratti di appalto (disciplina di cui all'art. 10 del DL 118/2021);
2. La perseguibilità del trasferimento dell'azienda o di rami di essa in relazione al trasferimento delle attestazioni SOA;
3. La possibilità di ottenere il rilascio del DURC regolare

be

1. La rinegoziazione dei contratti di appalto pubblici e privati

1.1 La disciplina della rinegoziazione dei contratti nel DL 118/2021 e le precisazioni del Decreto Dirigenziale

A. L'invito dell'Esperto alla rinegoziazione

Il DL 118/2021 dispone, all'art. 10 comma 2, che l'Esperto possa invitare le parti a rinegoziare i **contratti ad esecuzione continuata o periodica** di cui la prestazione dell'imprenditore sia divenuta **eccessivamente onerosa per effetto della pandemia**

Il Decreto Dirigenziale, nella Sezione III (Protocollo di conduzione della composizione negoziata), al punto 11.1 dispone che l'Esperto, se ritiene:

- (i) che la prestazione dell'imprenditore nei contratti ad esecuzione continuata o periodica è diventata eccessivamente onerosa per effetto della pandemia;
- (ii) che sia opportuno rideterminare il contenuto, i termini o le modalità della prestazioni contrattuali **per assicurare la continuità aziendale**, convoca uno o più incontri tra le parti nel corso dei quali esaminare le possibili ipotesi, cercando di evitare il ricorso al Tribunale.

L'Esperto deve sin dal primo incontro chiedere alle parti se acconsentono che l'esito delle trattative e il motivo del mancato accoglimento delle proposte vengano riferiti al tribunale.

L'Esperto deve redigere un sintetico verbale degli incontri.

Nota:

La norma condivide con l'art. 1467 cod. civ. (eccessiva onerosità sopravvenuta dei contratti con obbligazioni corrispettive) l'esigenza di contenere entro limiti di normalità l'alea del contratto evitando il rischio di un eccezionale aggravamento economico a carico di una delle parti, ma differisce dall'art. 1467 cod. civ. poiché la disciplina generale:

- costituisce rimedio non conservativo ma demolitorio del contratto;
- Attribuisce alla parte favorita dallo sbilanciamento il potere di evitare la rimozione del vincolo contrattuale «offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto» ;
- Ha tempi di attuazione lunghi, in pendenza dei quali il contratto divenute eccessivamente oneroso deve essere eseguito.

B. L'insuccesso della rinegoziazione e il ricorso al Tribunale

Il DL 118/2021 prevede all'art. 10 comma 2 che in mancanza di accordo delle parti su domanda dell'imprenditore, il tribunale può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale.

Il tribunale deve acquisire il parere dell'Esperto e tenere conto delle ragioni dell'altro contraente.

Il tribunale può stabilire anche la corresponsione di un indennizzo per assicurare l'equilibrio tra le prestazioni.

Il Decreto Dirigenziale, nella Sezione III (Protocollo di conduzione della composizione negoziata), al punto 11.2 precisa che il parere dell'Esperto deve contenere necessariamente informazioni su

- (i) l'idoneità della misura richiesta dall'imprenditore ad assicurare effettivamente la continuità aziendale; e
- (ii) il tempo minimo necessario della misura richiesta.

1.2 Principali differenze tra la rinegoziazione dei contratti nella composizione negoziata e la sospensione/scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo(art. 169-bis 1. fall.)

- L'iniziativa per il riequilibrio delle prestazioni contrattuali spetta all'Esperto (nel concordato l'iniziativa spetta al debitore).
- La rinegoziazione è possibile solo per i contratti divenuti eccessivamente onerosi per effetto della pandemia (nel concordato la facoltà di chiedere lo scioglimento o la sospensione dei contratti in corso di esecuzione è facoltà potestativa del debitore, finalizzata all'esecuzione del piano, e non presuppone necessariamente un vizio genetico o funzionale del contratto)
- La rinegoziazione ha ad oggetto il contenuto del contratto, potendone essere modificati i termini e le condizioni (nel concordato il contratto si può sospendere o sciogliere, ma non modificare)

1.3 L'onerosità sopravvenuta dei contratti d'appalto pubblici per effetto della pandemia – il Decreto Sostegni-bis e i provvedimenti ministeriali attuativi

A far data dal novembre 2020 si è verificato un aumento eccezionale ed imprevedibile del prezzo di numerosi materiali da costruzione (materiali ferrosi, acciaio, materiali leganti, laterizi, calcestruzzi, isolanti termici e acustici, prodotti petroliferi), espressione di un andamento del tutto anomalo del mercato.

L'eccezionalità ed imprevedibilità dell'incremento dei prezzi nel settore edilizio è stata riconosciuta e recepita dal Governo nel decreto legge 25 maggio 2021, n. 73 - c.d. "*Decreto Sostegni bis*" – (convertito con modificazioni con legge 23 luglio 2021, n. 106), che all'articolo 1-*septies* reca disposizioni urgenti in materia di revisione dei prezzi dei materiali da costruzione nei contratti pubblici disponendo (anche in deroga all'articolo 133 del d.lgs n. 163/2006 e all'articolo 106, comma 1, lett. (a) del d.lgs n. 50/2016) che il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili rilevi con apposito decreto le variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione (con riferimento alla data dell'offerta) nel primo semestre del 2021 dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi, superiori all'otto per cento se riferite esclusivamente all'anno 2021 ed superiori al dieci per cento complessivo se riferite a più anni.

1.3 L'onerosità sopravvenuta dei contratti d'appalto pubblici per effetto della pandemia – il Decreto Sostegni-bis e i provvedimenti ministeriali attuativi

La rilevazione dell'incremento dei prezzi dei principali materiali di costruzione registrato nel primo semestre 2021 rispetto alla media dei prezzi del 2020 è contenuta nel decreto del Ministero delle Infrastrutture dell'11.11.2021 (in G.U. 279 del 23.11.2021), e sulla base di tale rilevazione le imprese di costruzione potevano richiedere nei successivi 15 giorni alle stazioni appaltanti la compensazione per i maggiori costi sostenuti a seguito degli aumenti.

Con circolare del 25.11.2021 il Ministero delle Infrastrutture ha dettato le modalità operative, prevedendo che:

- l'istanza alla stazione appaltante per il pagamento della compensazione deve contenere l'indicazione dei materiali da costruzione utilizzati nell'appalto di cui il decreto ha rilevato l'aumento dei prezzi e la richiesta al direttore dei lavori di accertare le relative quantità contabilizzate;
- il direttore dei lavori calcola la maggiore onerosità subita dall'appaltatore, effettua i conteggi, li presenta alla stazione appaltante affinché questa proceda al pagamento all'appaltatore con fondi propri o accedendo al Fondo adeguamento prezzi appositamente costituito.

1.4 Riflessi delle disposizioni sulle compensazioni ai sensi del Decreto Sostegni-bis sulla disciplina della rinegoziazione dei contratti prevista dall'art. 10 del DL 118/2021

Si ritiene che il meccanismo di compensazione previsto nel decreto Sostegni-bis e nelle circolari del Ministero delle Infrastrutture debba essere tenuto in considerazione dall'Esperto per verificare se nei contratti di appalto – sia pubblici sia privati - la prestazione dell'appaltatore sia diventata eccessivamente onerosa per effetto della pandemia.

1. La disposizione dell'art. 1-*septies* del Decreto Sostegni-bis sancisce a livello legislativo che la prestazione dell'appaltatore è in linea di principio divenuta eccessivamente onerosa a causa del verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili che hanno causato l'incremento del prezzo dei materiali da costruzione: l'evento che dà luogo al riequilibrio delle prestazioni è normativamente previsto.
2. L'incremento dei prezzi nel primo semestre 2021 è stato rilevato dal Ministero delle Infrastrutture nella tabella allegata al decreto dell'11 novembre 2021. Tali variazioni sono state approvate dalla “Commissione consultiva centrale per il rilevamento del costo dei materiali da costruzione” composta da rappresentanti del Ministero, delle stazioni appaltanti e degli operatori di settore: non sono pertanto necessarie diverse e ulteriori verifiche.

1.4 Riflessi delle disposizioni sulle compensazioni ai sensi del Decreto Sostegni-bis sulla disciplina della rinegoziazione dei contratti prevista dall'art. 10 del DL 118/2021

3. Come stabilito nel decreto dell'11 novembre 2021, la verifica della variazione in aumento dei prezzi deve essere fatta non con riferimento ai prezzi contrattualmente pattuiti, ma con riferimento al prezzo medio rilevato dal Ministero per il singolo materiale da costruzione (e ciò per evitare che l'appaltatore, che potrebbe avere offerto un prezzo eccessivamente basso per aggiudicarsi l'appalto, possa "recuperare" il ribasso avvalendosi del meccanismo della compensazione per l'eccezionale incremento dei prezzi dei materiali di costruzione).
4. La circolare esplicativa del Ministero delle Infrastrutture del 25 novembre 2021 esclude dalla compensazione i lavori contabilizzati nell'anno solare di presentazione dell'offerta.
5. Il meccanismo di riequilibrio dei contratti di appalto pubblici evidenzia che non tutta l'eccessiva onerosità può essere ribaltata sulla stazione appaltante: il legislatore ha previsto che la variazione percentuale deve essere **epurata dall'alea a carico dell'appaltatore** prevista dalla norma: quindi le percentuali indicate dal decreto per l'anno 2021 sono ridotte dell'8% (che rappresenta pertanto una sorta di franchigia a carico dell'appaltatore).

1.5 In particolare, sui contratti d'appalto pubblico

Con riferimento alla verifica della necessità o meno della rinegoziazione di un contratto di appalto pubblico, l'Esperto dovrebbe verificare:

- Se l'appaltatore ha chiesto la compensazione prevista dal Decreto Sostegni-*bis* (in tal caso, il residuo squilibrio potrebbe essere dovuto non agli effetti della pandemia, ma all'eccessivo ribasso effettuato dall'appaltatore in sede di offerta);
- Se l'appaltatore non ha chiesto la compensazione prevista dal Decreto Sostegni-*bis* (in tal caso con il rischio che la controparte eccepisca la decadenza della richiesta di riequilibrio delle prestazioni, posto che il Decreto del Ministero delle Infrastrutture ha stabilito un termine per la presentazione delle istanze di compensazione alla stazione appaltante);

mentre, per i rincari verificatisi successivamente al secondo semestre 2021, alla rinegoziazione potranno essere applicati i medesimi principi (non necessità di prova della straordinarietà ed imprevedibilità dell'evento, esclusione del riequilibrio per motivi diversi dal rincaro dei materiali, se del caso mantenimento di una certa alea a carico dell'appaltatore).

1.6 La rinegoziazione dei contratti di appalto privati

Anche se l'art. 1-septies del Decreto Sostegni-*bis* si riferisce ai soli contratti pubblici, la previsione legislativa conferma, anche per gli appalti privati, la straordinarietà ed imprevedibilità di un rincaro dei materiali (e questo anche in deroga all'art. 1664 cod. civ., che consente la revisione del prezzo in caso di aumento del costo dei materiali e della manodopera che eccedano il 10% del prezzo complessivamente convenuto ovvero nel caso in cui il committente abbia ottenuto la rinuncia contrattuale dell'appaltatore ad avvalersi dell'art. 1664 cod. civ.).

La rinegoziazione dei contratti di appalto privati potrà essere fatta sulla base dei medesimi principi dettati per il riequilibrio dei contratti di appalto pubblici.

be

Le problematiche connesse al risanamento in via indiretta (trasferimento dell'azienda o di rami di essa) se la società di costruzioni è in possesso di attestazioni SOA

2.1 Il trasferimento di azienda o di un ramo di azienda

Il DL 118/2021 dispone, all'art. 2 comma 2, che il risanamento possa essere attuato con il trasferimento dell'azienda o di rami di essa.

Il Decreto Dirigenziale, nella Sezione III (Protocollo di conduzione della composizione negoziata), al punto 2.7, precisa che qualora l'Esperto reputi che il risanamento possa avere luogo in via indiretta attraverso la cessione dell'azienda o di rami di essa, deve tenere conto:

- delle concrete manifestazioni di interesse eventualmente ricevute dall'imprenditore o da terzi
- delle ragionevoli stime delle risorse realizzabili pur in assenza degli effetti dell'art. 2560 secondo comma cod. civ.
- dell'adeguatezza di tali risorse a consentire il raggiungimento di un accordo con i creditori.

2.2 Le problematiche connesse al risanamento in via indiretta (trasferimento dell'azienda o di rami di essa) se la società di costruzioni è in possesso di attestazioni SOA

Se l'impresa di costruzioni dispone di attestazione SOA (l'attestato rilasciato da Società Organismi di Attestazione che comprova la capacità dell'impresa di eseguire opere pubbliche per importi superiori a Euro 150.000 e il possesso di tutti i requisiti necessari alla contrattazione pubblica), si ritiene che l'Esperto debba anche tenere conto che il trasferimento delle attestazioni SOA al cessionario:

- non è automatico;
- è subordinato alla verifica della funzionalità e produttività dell'azienda trasferita da parte degli Organismi di Attestazione;
- ha un iter di attuazione che dura alcuni mesi.

2.3 La disciplina del trasferimento delle attestazioni SOA

Il DPR 207/2010 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici) all'art. 76, comma 9 prevede che

“In caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo, il nuovo soggetto può avvalersi per la qualificazione dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine. Nel caso di affitto di azienda l'affittuario può avvalersi dei requisiti posseduti dall'impresa locatrice se il contratto di affitto abbia durata non inferiore a tre anni” (art. 76, comma 9 DPR 207/2010).

Il “passaggio” delle attestazioni SOA in capo al cessionario si verifica solo dopo la positiva conclusione del seguente iter:

- Il cessionario deve chiedere al tribunale competente per territorio la nomina di un perito (art. 76, comma 10 DPR 207/2010);

2.3 La disciplina del trasferimento delle attestazioni SOA

- Il perito deve attestare, con perizia giurata, la presenza di quattro indicatori della **reale funzionalità e produttività** del complesso aziendale trasferito (indicati nel Manuale ANAC sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici⁽¹⁾: il volume d'affari dell'impresa dante causa, riferito all'anno antecedente al trasferimento aziendale; la presenza nell'atto di trasferimento di risorse umane e di beni strumentali atti a dimostrare l'operatività dell'azienda/del ramo al momento del trasferimento nel settore individuato come afferente al settore ceduto; la sussistenza di rapporti giuridici in corso (debiti/crediti) al momento della cessione nonché di contratti di appalto in corso o appena ultimati aventi ad oggetto lavorazioni afferenti lo specifico settore individuato nel trasferimento);
- La perizia giurata deve essere trasmessa, insieme all'atto di trasferimento dell'azienda/del ramo, all'Organismo di Attestazione, che all'esito di un'istruttoria, attesta quali requisiti sono trasferiti al cessionario con l'atto di cessione (art. 76, comma 11 DPR 207/2010).

⁽¹⁾In G.U. n. 251 del 28/10/2014

Partendo dal presupposto che l'impresa di costruzioni, che si trova in *“condizione di squilibrio patrimoniale o economico finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza”*, è ancora in grado di soddisfare i quattro indicatori della **reale funzionalità e produttività** (verifica che cautelativamente l'Esperto dovrebbe effettuare), l'Esperto, nell'esaminare la manifestazione di interesse pervenuta, deve verificare se il cessionario sia al corrente della non automaticità del trasferimento delle attestazioni SOA, se sia disposto ad acquisire l'azienda / il ramo anche in assenza delle stesse, se le modalità di attuazione del piano di risanamento siano compatibili con le tempistiche del trasferimento delle attestazioni SOA.

be

3. La regolarità del DURC

Il DURC (acronimo di Documento Unico di Regolarità Contributiva) è un certificato che attesta la regolarità nel pagamento dei contributi a favore dell'INPS, dell'INAIL e delle Casse Edili.

Il DURC è requisito indispensabile per:

- partecipare a gare di appalto pubblico e sottoscrivere i contratti di appalto;
- sottoscrivere contratti di subappalto;
- ottenere agevolazioni, sovvenzioni e finanziamenti pubblici;
- ottenere il rilascio o il rinnovo dell'attestazione SOA;
- essere iscritti negli elenchi dei fornitori delle Pubbliche Amministrazioni;
- ottenere il pagamento degli stati avanzamento lavori e del saldo finale;
- eseguire appalti privati in forza di autorizzazioni amministrative (permesso di costruire, SCIA) o in regime di concessione edilizia.

3.2 La regolarità del DURC

Il DURC deve essere regolare fino a completa esecuzione dell'appalto.

Nella procedura di composizione negoziata:

- non sono applicabili le disposizioni relative ai presupposti del rilascio del DURC nelle procedure concorsuali dettate dall'art. 5 del DM 30 gennaio 2015 (relative al concordato preventivo con continuità aziendale, al fallimento, alla liquidazione coatta, all'amministrazione straordinaria e all'accordo di ristrutturazione dei debiti);
- non è previsto espressamente un divieto di pagamento dei crediti anteriori, e l'imprenditore non può invocare, per ottenere un DURC regolare, le disposizioni contenute nei decreti del Ministero del Lavoro secondo cui *“la regolarità contributiva sussiste comunque in caso di: [...] sospensione dei pagamenti in forza di disposizioni legislative”* (v. D.M. 24 ottobre 2007, art. 5 comma 2 e v. D.M. 30 gennaio 2015, articolo 3, comma 2);
- “non sono inibiti i pagamenti” (v. l'ultimo periodo dell'articolo 6 del DL 118/2021).

3.3 Le misure protettive previste dal DL 118/2021

- L'articolo 6 del D.L. 118/2021 pone a presidio della composizione negoziata della crisi alcune misure «protettive»:
- A) l'impossibilità per i creditori di acquisire diritti di prelazione (se non concordati con il debitore), l'impossibilità per i creditori di iniziare azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore e sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'impresa (anche se di proprietà di terzi); la possibilità che, nel corso del procedimento, il debitore effettui pagamenti ai creditori senza necessità di autorizzazione del tribunale;
- B) l'impossibilità di dichiarare medio-tempore il fallimento del debitore o di accertarne l'insolvenza;
- C) il divieto per i creditori interessati dalle misure protettive di rifiutare unilateralmente l'adempimento dei contratti pendenti, provocarne la risoluzione, anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori alla presentazione dell'istanza di nomina dell'Esperto

3.4 La richiesta delle misure protettive

- La richiesta delle misure protettive può essere fatta contestualmente all'istanza di nomina dell'Esperto o anche successivamente.
- La richiesta è pubblicata nel Registro delle Imprese unitamente all'accettazione dell'Esperto.
- Dal giorno della pubblicazione nel Registro delle Imprese le misure protettive producono il loro effetto.
- Contestualmente alla pubblicazione della richiesta di applicazione delle misure protettive l'imprenditore deve (a pena di inefficacia delle misure) iscrivere a ruolo un procedimento per la conferma della richiesta delle misure protettive e il tribunale deve, nei dieci giorni successivi, fissare l'udienza di comparizione delle parti.
- All'udienza il tribunale, sentite le parti e l'Esperto, conferma, revoca o modifica le misure protettive.

3.5 Il divieto per i creditori interessati dalle misure protettive di rifiutare unilateralmente l'adempimento dei contratti pendenti vale per i committenti che subordinano il pagamento al rilascio del DURC regolare?

Può l'imprenditore chiedere una misura protettiva per ottenere il pagamento di corrispettivi maturati nonostante il DURC non sia regolare?

Si deve ritenere che la risposta sia negativa:

- l'articolo 6 del DL 118/2021 prevede, al comma 5, che: *“I creditori interessati dalle misure protettive non possono unilateralmente rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti ... per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori”* rispetto alla pubblicazione dell'istanza di nomina dell'Esperto;
- la norma consente di chiedere una misura protettiva se il rifiuto del pagamento è “unilaterale”; il rifiuto di pagamento da parte delle stazioni appaltanti dei corrispettivi maturati in esecuzione di un contratto di appalto è però fondato su una disposizione di legge (l'art. 2 del D. L. 2010/2002, convertito in Legge 266/2002 e l'art. 80 del Codice dei Contratti Pubblici);

- le misure protettive sono finalizzate a tutelare il patrimonio dell'imprenditore, evitando che alcuni creditori inizino o proseguano azioni esecutive o cautelari sul patrimonio o sui beni dell'imprenditore: il rifiuto di pagamento dei corrispettivi dell'appalto non diminuisce il patrimonio dell'imprenditore (l'imprenditore ha in ogni caso un credito nei confronti della stazione appaltante).
- E' controverso se l'imprenditore possa richiedere misure protettive diverse da quelle previste dall'articolo 6

3.6 Può l'imprenditore domandare il rilascio del DURC regolare con un provvedimento cautelare ai sensi dell'articolo 7 del DL 118/2021?

L'art. 7 comma 1 del DL 118/2021 consente al debitore, con l'istanza di nomina dell'Esperto (o anche con istanza successiva) di chiedere provvedimenti cautelari “*necessari per condurre a termine le trattative*”.

La norma non precisa quali siano i provvedimenti cautelari che possono essere richiesti, e una parte della dottrina ritiene che l'imprenditore possa, con provvedimento cautelare, richiedere il rilascio del DURC regolare.

In attesa di pronunce giurisprudenziali sul punto, si evidenzia comunque che la richiesta del rilascio del DURC a INPS, INAIL e Casse Edili con un provvedimento cautelare deve essere in ogni caso finalizzata a condurre a termine le trattative (ad esempio, se ne potrebbe ipotizzare la richiesta per ottenere il rilascio o il rinnovo dell'attestazione SOA, necessari a condurre a termine le trattative finalizzate alla cessione dell'azienda o di un ramo di essa a un terzo, ovvero per destinare i pagamenti delle stazioni appaltanti che potrebbero essere in conseguenza incassati ad esigenze di cassa).