

n. 6/2017 C.P.



Tribunale di Bolzano -Landesgericht Bozen
Ufficio fallimentare - Konkursabteilung

Il Tribunale riunito in Camera di Consiglio nella composizione di:

Dr. Francesca Bortolotti	Presidente rel.
Dr. Massimiliano Segarizzi	Giudice
Dr. Cristina Longhi	Giudice

pronuncia il seguente

DECRETO

del concordato preventivo presentato dalla società

OBEROSLER CAV. PIETRO S.R.L., con sede legale in San Lorenzo di Sebato (BZ), Via Brunico 18/B, in persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione e legale rappresentante pro tempore, Geom. Stefano Oberosler, con gli Avv.ti Marco Scicolone e Paolo Venturi;

PREMESSO

- che con il deposito dell'istanza n. 2 denominata "*Richiesta urgente di autorizzazione alla stipulazione di contratti di appalto ed alla prosecuzione di tutte le attività già intraprese con riferimento alle procedure competitive in relazione alle quali è insorto contenzioso con altro partecipante alla gara*" la Oberosler Cav. Pietro S.r.l. dopo aver precisato (i) che sono pendenti i termini per il deposito del piano di concordato, in forza del provvedimento del Tribunale di Bolzano del 24 ottobre 2017 assunto ai sensi del sesto comma dell'art. 161 L.F., (ii) che la Società opera in piena continuità aziendale e si trova nella necessità di procedere alla stipulazione dei contratti di affidamento a seguito di aggiudicazione definitiva di una serie di commesse indicate nel dettaglio e precisamente individuate nell'istanza, (iii) che la Società ha in corso una serie di contenziosi, pure indicati nel dettaglio e individuati nell'istanza, con altro partecipante alla procedura competitiva di selezione avanti al TAR competente ed al Consiglio di Stato, ha chiesto l'autorizzazione, ai sensi dell'art. 161, settimo comma, L.F. a stipulare i contratti di affidamento di cui al precedente *sub* (ii), nonché a proseguire i contenziosi pendenti di cui al precedente *sub* (iii);

- che con parere depositato in data 27 novembre 2017 i Commissari al fine di poter esprimere un compiuto parere in merito alla stipula dei contratti di affidamento, hanno chiesto alla ricorrente una

Firmato Da: BORTOLOTTI FRANCESCA Emesso Da: ARUBAPECC S.P.A. NG-CA 3 Serial#: 658a31fae49110239e40a14020edff1cf - Firmato Da: PALLUA FRANCESCA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: d5568



integrazione all'istanza affinché ciò potesse “*permettere una valutazione sulla compatibilità della esecuzione degli stipulandi contratti con il piano oggetto di futuro deposito, individuando i costi occorrenti per lo svolgimento della commessa ed i margini di utile, nonché gli eventuali oneri che potrebbero derivare dalla mancata stipula dei contratti stessi (eventuale perdita di depositi cauzionali, rapporti all'interno dell'ATI ecc.) dei rischi di contenzioso*”;

- che il Tribunale di Bolzano con provvedimento di data 27 novembre 2017 ha dichiarato di non doversi procedere in merito all'istanza relativa alla prosecuzione dei contenziosi pendenti rientrando gli stessi nella gestione ordinaria della società, riservando ogni decisione sul resto delle domande istanziate all'esito dell'integrazione documentale richiesta dall'Organo commissariale;

– che con memoria di data 3 gennaio 2018 la Società integrava, su richiesta dei Commissari giudiziali, la documentazione e reiterava la domanda di essere autorizzata, ai sensi del combinato disposto degli artt. 161, settimo comma, e 186-*bis*, quarto comma, L.F. a stipulare i contratti di affidamento di cui è risultata aggiudicataria, così come espressamente individuati in memoria, nonché a partecipare alle procedure di gara ed a stipulare i contratti di affidamento relativi alle procedure competitive in relazione alle quali è insorto contenzioso con altro partecipante alla procedura competitiva, così come individuate nella memoria stessa, precisando nondimeno che, al pari di quanto segnalato dai legali che assistono Oberosler nei contenziosi pendenti avanti la Giustizia amministrativa, risulta altresì necessario che il menzionato provvedimento assunto dal Tribunale di Bolzano in data 27 novembre 2017 venisse integrato con l'espressa previsione, ai sensi dell'art. 186-*bis*, quarto comma, L.F., dell'autorizzazione di Oberosler a proseguire nella partecipazione alle procedure di gara ed alla successiva stipulazione dei contratti anche con riferimento ai citati contenziosi.

La decisione del Tribunale sulle richieste formulate dalla ricorrente società Oberosler impone preliminarmente un analitico esame delle normative che regolano i rapporti contrattuali aventi ad oggetto concessioni o appalti di forniture, prestazioni e servizi intercorrenti fra la Pubblica Amministrazione, quale committente, e l'imprenditore in concordato preventivo in continuità aziendale, quale appaltatore.

Ambito di applicazione del nuovo codice appalti e coordinamento con le norme speciali della legge fallimentare

La presente procedura, avviata da una società operante nelle costruzioni di infrastrutture pubbliche e private, pone numerosi problemi tecnico-giuridici ed operativi di applicazione di diverse norme del



“nuovo” Codice degli Appalti, spesso in contrasto o comunque mal coordinate con le norme della legge fallimentare.

Già in precedenza il coordinamento fra *lex specialis*, fallimentare, e normativa degli appalti è stato oggetto di numerosi contrasti giurisprudenziali, che non hanno certamente facilitato gli operatori economici in crisi a trovare ragionevole certezza giuridica nel tentativo di salvataggio della propria impresa e nello sforzo di garantire la continuità aziendale, diretta o indiretta, mediante il recupero ed il risanamento di *assets* che avessero ancora una prospettiva di produttività, ed il mantenimento, qualora possibile, di forza occupazionale; vale a dire, il mantenimento di valori aziendali, che, in caso di liquidazione o vendita atomistica, avrebbero perso completamente il loro valore intrinseco.

Per questo motivo il Tribunale ritiene utile ed opportuno tentare di tracciare, senza pretesa di completezza, anche per la complessità della materia, una soluzione giurisprudenziale che tenga conto, da una lato, dei postulati normativi del codice degli appalti, dall'altro dei principi normativi della legge fallimentare, negli ultimi anni particolarmente attenta a garantire strumenti di negoziazione e composizione della crisi aziendale, finalizzati, appunto, alla valorizzazione ed al mantenimento della continuità aziendale.

Principi che hanno via via trovato spazio normativo con la codificazione del concordato in continuità aziendale mediante l'introduzione degli artt. 186 *bis* e 182 *quinquies* L.F.; con le modifiche apportate all'art. 182, comma 5, che consentono una cessione dell'azienda in qualsiasi fase della procedura, proprio a tutela della conservazione dei suoi valori; continuità aziendale, la cui tutela e valorizzazione ha trovato ampio spazio anche nei principi direttivi della Legge 19 ottobre 2017, n. 155, recante "Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza". Si pensi, appunto, all'art. 6 lettera i) della predetta legge, che si prefigge di *“integrare la disciplina del concordato con continuità' aziendale, prevedendo:*

1) che il piano possa contenere, salvo che sia programmata la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussista la causa di prelazione, una moratoria per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca per un periodo di tempo anche superiore ad un anno, riconoscendo in tal caso ai predetti creditori il diritto di voto; 2) che tale disciplina si applichi anche alla proposta di concordato che preveda la continuità' aziendale e nel contempo la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa, a condizione che possa ritenersi, a seguito di una valutazione in concreto del piano, che i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla *continuità* *aziendale;*

3) che tale disciplina si applichi anche nei casi in cui l'azienda sia oggetto di contratto di affitto, anche se stipulato anteriormente alla domanda di concordato”. **In particolare, con quest'ultima**



previsione il legislatore ha inteso recepire l'oramai prevalente orientamento giurisprudenziale formatosi in seguito ad un acceso contrasto nella giurisdizione di merito sulla compatibilità dell'affitto d'azienda con la continuità aziendale, affitto di azienda considerato da questo Tribunale sempre come strumento-ponte, decisivo per garantire provvisoriamente la continuità dell'impresa, preservarne i valori -sia sotto l'aspetto produttivo che quello sociale- al fine di cederla a terzi.

Si procederà, pertanto, all'analisi delle singole norme contenute nell'attuale legge fallimentare (vedi sotto A) e nel nuovo Codice appalti (vedi sotto B) con l'intento di coordinare e raccordare le une con le altre, cercando di sistematizzare un complesso normativo disarticolato e scoordinato -a causa anche della stratificazione normativa- in un quadro normativo organico ed armonico, che tenga conto, alla luce dello sviluppo economico, normativo e giurisprudenziale registratosi negli ultimi anni, dei diversi interessi meritevoli di tutela: a) da un lato, la continuità aziendale di imprese in crisi che devono affrontare la complicata strada, sotto vari profili, del risanamento aziendale, senza peraltro perdere di vista il principio fondamentale della tutela dei creditori concorsuali (cfr. le recenti modifiche apportate agli artt. 160, 163 e 178 L.F.); b) dall'altro, l'interesse pubblico all'esecuzione dell'opera nel rispetto dei principi di economicità, efficacia e tempestività, come ribaditi dal nuovo art. 4 Codice Appalti, che sostituisce il precedente articolo 2 (Art. 4: "1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.").

A) Analisi della disciplina dei contratti pubblici nel concordato con continuità aziendale nella Legge Fallimentare

Il D.L. n. 83 del 2012 ha introdotto per la prima volta un'apposita disciplina per i contratti pubblici nell'ambito del concordato in continuità aziendale,

- 1) consentendo la **prosecuzione** dei contratti stipulati con la PA, nonché
- 2) affermando la possibilità per il debitore di **partecipare a nuove procedure** di affidamento.

➤ **CONTRATTI IN CORSO CON LA PA**

In particolare, il comma 3 dell'art. 186 *bis* L.F. individua la disciplina fallimentare applicabile ai contratti in corso con le P.A., da parte delle imprese che entrano in concordato preventivo in continuità aziendale. In tale ambito rientrano, quindi, i contratti, la cui procedura di affidamento sia



già conclusa, vale a dire i contratti già stipulati con la P.A., la cui esecuzione deve essere iniziata o proseguita.

Con riferimento a questa categoria di contratti vengono sanciti i seguenti principi:

- (i) **Nella fase in bianco**, il principio della continuazione dei contratti, salva la possibilità di ricorrere allo strumento della sospensione e/o dello scioglimento degli stessi ai sensi dell'art. 169 *bis*, e ciò fino alla fase dell'ammissione (163); il che significa che i contratti proseguono senza autorizzazione del tribunale nella fase del concordato in bianco, rappresentando la prosecuzione dei contratti, anche con la PA, con tutta evidenza, atto di ordinaria amministrazione delle imprese operanti nel settore di concessione e appalti di lavori, forniture e servizi nei confronti delle pubbliche amministrazioni (cfr. art. 186 *bis* comma 3 primo periodo: “Fermo quanto previsto dall'art. 169 *bis*, i contratti in corso di esecuzione alla data del deposito, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari.”);
- (ii) **Nella fase post ammissione**, il principio secondo cui, nel concordato in continuità, i contratti in corso proseguono, se accompagnati da una attestazione da parte del professionista sulla a) conformità del contratto al piano e sulla b) ragionevole capacità di adempimento dell'imprenditore in crisi.

Con riferimento ai due predetti presupposti, si condivide la tesi espressa nella scienza aziendalistica di chi declina “l'attestazione di conformità” in un giudizio di coerenza della prosecuzione del contratto rispetto al piano di concordato, con particolare riguardo all'esistenza di una correlazione tra tale prosecuzione ed i flussi dalla stessa generati; con riferimento invece all'attestazione sulla “ragionevole capacità di adempimento”, questa dovrebbe comprendere l'insussistenza di ragioni ostative, anche prospettive, alla capacità del debitore di far fronte agli impegni già assunti nei confronti della stazione appaltante, tenuto anche conto dei presupposti e delle condizioni la cui ricorrenza renderebbe legittima la risoluzione in danno di cui all'art. 108 D.Lgs. 50/2016 (vecchio art. 136).

Il tutto comporta in ogni caso una continuazione senza soluzione di continuità dei contratti in corso, essendo l'ammissione legata ad un piano, che per legge deve essere accompagnato dall'attestazione che certifichi la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità dello stesso, a pena di inammissibilità.



➤ **NUOVI CONTRATTI CON LA P.A.; PARTECIPAZIONE A GARE.**

Il comma 4 ed il comma 5 dell'art. 186 *bis* codificano, invece, la disciplina relativa alla **partecipazione a nuove procedure di affidamento dell'imprenditore in concordato in continuità aziendale**, prevedendo che

- (i) nella fase in bianco** (comma 4) ciò sia possibile previa autorizzazione del Tribunale, acquisito il parere favorevole del Commissario giudiziale;
- (ii) nella fase successiva all'ammissione** (comma 5) ciò sia possibile previa
 - a) attestazione di conformità al piano e di ragionevole capacità di adempimento del contratto;
 - b) dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti richiesti per l'affidamento a mettere a disposizione le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare nel caso in cui l'impresa ausiliata fallisca (c.d. "avvalimento rinforzato")

B) Analisi della disciplina dei contratti pubblici nel concordato con continuità aziendale nel Codice Appalti (D. Lgs. 50/2016)

Le disposizioni della legge fallimentare devono essere oggi coordinate con la nuova disciplina risultante dal combinato disposto di cui agli artt. 80, comma 5 e 110 D.lgs. 50/2016, quest'ultimo rubricato "*Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione*", disciplinando le sorti dei contratti pubblici in caso di insolvenza dell'aggiudicatario, prevedendo una regolamentazione più dettagliata rispetto a quella previgente.

Si riporta, per facilitare la lettura dei ragionamenti che seguono, il testo di legge dell'art. 110:

“1. Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione dell'appaltatore, o di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 108 ovvero di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 88, comma 4-ter, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, 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.

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



3. Il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato, possono:

- partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto;

- eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita o ammessa al concordato con continuità aziendale.

4. L'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto. L'impresa ammessa al concordato con cessione di beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato.

5. L'ANAC, sentito il giudice delegato, può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione, nei seguenti casi:

- se l'impresa non è in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali;

- se l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida.

6. Restano ferme le disposizioni previste dall'articolo 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, in materia di misure straordinarie di gestione di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione.”

Innanzitutto va precisato che la disposizione è destinata a trovare applicazione, ai sensi dell'art. 216, comma 1 D.Lgs. n. 50/2016, con riferimento alla procedure e ai contratti per le quali i bandi di gara o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore, ossia il 19 aprile 2016.

La norma prevede un meccanismo di scorrimento di graduatoria, che opera in caso di

- fallimento,
- liquidazione coatta,



- concordato preventivo,
- procedura di insolvenza concorsuale,
- liquidazione dell'appaltatore,
- risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 108,
- recesso del contratto ai sensi dell'art. 88 comma ter d.lgs 59/2011,
- dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto.

Meccanismo che peraltro viene “attenuato” e adattato, con le previsioni di cui ai successivi commi 3 e 4, alle esigenze di incentivazione della continuità aziendale, da un lato, e delle soluzioni negoziali della crisi, dall'altro.

Nell'esaminare i commi terzo e quarto dell'art. 110 Codice appalti si intende seguire l'ordine logico con cui è stato analizzato l'articolo 186 *bis* delle legge fallimentare, ciò al fine di consentire in un passo successivo un più agevole confronto fra le due normative ed un conseguente tentativo di coordinamento e di integrazione fra le stesse per provare a delineare un sistema strutturato di reciproca interazione fra i due corpi normativi.

- **CONTRATTI IN CORSO CON LA P.A.**
 - i) Nella **fase in bianco** (161, comma 6) il comma 4 dell'art. 110 sancisce in principio della prosecuzione dei contratti con la P.A., consentendo di eseguire i contratti pubblici già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato (*rectius* Tribunale) e, in seguito al Correttivo, senza previo parere dell'ANAC;
 - ii) Nella **fase successiva all'ammissione** del concordato (163) l'impresa può eseguire i contratti già stipulati con la P.A. (comma 3 lettera b), su autorizzazione del giudice delegato e, in seguito al Correttivo, senza previo parere dell'ANAC.

- **NUOVI CONTRATTI CON LA P.A.; PARTECIPAZIONE A PROCEDURA DI AFFIDAMENTO**
 - i) Nella **fase in bianco** (161, comma 6) nulla è previsto dall'art. 110;
 - ii) Nella **fase post ammissione** (163) all'impresa in concordato con continuità è consentito di partecipare alle procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi, su autorizzazione del giudice delegato e senza necessità di



- avvalimento di requisiti di altro operatore (comma 3, lettera a; comma 4, primo periodo);
- iii) nella fase post ammissione all'impresa in concordato con continuità nei casi in cui la stessa
- a) non sia in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali;
 - b) non sia in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida,
è consentito partecipare alle procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi, sempre su
 - autorizzazione del giudice delegato,
 - con l'eventuale intervento dell'ANAC, che, previo confronto sullo specifico punto con il giudice delegato, ha la
 - facoltà (può) di subordinare la partecipazione alla necessità di avvalimento di requisiti di altro operatore.

Per completezza di analisi della norma in oggetto si evidenzia, inoltre, che in caso di fallimento con esercizio provvisorio il legislatore ha riservato al curatore dell'impresa fallita le medesime facoltà previste per l'impresa ammessa al concordato in continuità, mentre all'imprenditore in concordato con cessione di beni è consentito solamente di eseguire i contratti pubblici in corso, sia prima che dopo l'ammissione, ma non partecipare a nuove procedure di affidamento, il tutto sempre previa autorizzazione del giudice delegato (o del tribunale, se nella fase in bianco); previsione quest'ultima assolutamente razionale con la natura liquidatoria della procedura, che, per definizione deve eseguire tutte le attività finalizzate alla chiusura dell'impresa.

Delineati così parallelamente i corpi normativi della legge fallimentare e del codice degli appalti D.lgs 50/2016 che disciplinano i rapporti contrattuali con la P.A. nel concordato preventivo in continuità aziendale, si cerca ora, previa comparazione schematica delle diverse discipline, di coordinare le varie disposizioni, in parte contraddittorie fra loro o lacunose, per "fonderle" in un unico quadro normativo sistematico.



CONTRATTI IN CORSO CON LA P.A.

➤ **nel concordato in continuità IN BIANCO**

<p>136 bis, comma 3, primo periodo prosecuzione dei contratti in corso di esecuzione, quindi già stipulati con la P.A., senza previa autorizzazione del Tribunale</p>	<p>110, comma 4 prosecuzione dei contratti con la P.A.; la norma consente quindi di eseguire i contratti pubblici già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato (<i>rectius</i> Tribunale), e senza previo parere dell'ANAC, previsione eliminata ad opera del D.Lgs. 56/2017 in vigore dal 20.5.2017);</p>
---	---

Alla luce delle predette normative, si ritiene che dal coordinamento delle due discipline si possa giungere all'affermazione che i contratti già stipulati rimangano sospesi fino all'intervenuta autorizzazione del tribunale. Qualora le parti peraltro proseguano nella reciproca esecuzione delle loro prestazioni (dare e ricevere) senza che l'imprenditore abbia chiesto la preventiva autorizzazione al tribunale (ad es. per impossibilità di sospendere l'attività per pericolo di creare danni), l'esecuzione delle prestazioni si potrebbero ritenere comunque efficace, salva successiva ratifica dell'organo giudiziale.

➤ **Nel concordato in continuità AMMESSO**

<p>136 bis, comma 3, secondo periodo continuazione dei contratti già in corso, se accompagnati da una attestazione da parte del professionista sulla a) conformità del contratto al piano e sulla b) ragionevole capacità di adempimento del contratto da parte del debitore. Ne può beneficiare anche la conferitaria o cessionaria d'azienda (non è ricompresa l'affittuaria d'azienda)</p>	<p>110, comma 3, lettera b esecuzione dei contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato (e senza previo parere dell'ANAC, previsione eliminata ad opera del D.Lgs 56/2017 in vigore dal 20.5.2017)</p>
---	--

Firmato Da: BORTOLOTTI FRANCE SCA E Messo Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 688a311ae48410239e40a14d20e7f1cf - Firmato Da: PALLUA FRANCE SCA E Messo Da: POSTE.COM CA3 Serial#: d5668



Dalla comparazione ed analisi delle predette norme, si ritiene potere coordinare le due discipline nel senso di affermare che, dopo l'ammissione del concordato da parte del tribunale, i contratti già stipulati proseguano nella loro esecuzione, se il piano è accompagnato da un'attestazione sulla conformità del contratto al piano e sulla ragionevole capacità di adempimento dello stesso; non si ravvede la necessità dell'ulteriore autorizzazione del giudice delegato, essendo questa immanente nel provvedimento di ammissione del concordato preventivo da parte del tribunale, il cui compito in questo ambito, fra gli altri, è quello di effettuare un accertamento analitico sull'attestazione sotto il profilo della sua legittimità, ovvero della sua analisi motivazionale tecnico-logica-giuridica coerente e corretta; e ciò richiamando i criteri già esposti sopra e relativi alla conformità del contratto al piano e della sua ragionevole capacità di adempimento da parte del debitore.

PARTECIPAZIONE A NUOVE PROCEDURE

➤ Nel concordato in continuità IN BIANCO

186 bis, comma 4 partecipazione previa autorizzazione del Tribunale e parere favorevole del commissario giudiziale	fattispecie non disciplinata dall'art. 110; art. 110, comma 5, lettere a) e b) prevede il possibile intervento dell'ANAC, con facoltà di chiedere l'avvalimento
--	---

Si ritiene che dal coordinamento delle due discipline -quella sul codice degli appalti appunto nulla prevede in merito- si debba giungere alla conclusione che in fase preconcordataria o in bianco l'impresa, il cui ricorso per concordato preventivo in continuità aziendale sia accompagnato da una adeguata *disclosure* sulle linee guida del piano, possa partecipare a nuove procedure di affidamento, previa autorizzazione del tribunale, che dovrà raccogliere il parere dell'organo commissariale, qualora esistente (a quanto consta nella prassi oramai viene sempre nominato nella fase in bianco), il quale è tenuto esprimere un giudizio sulla convenienza per il ceto creditorio della partecipazione alla procedura pubblica.

A tal proposito non si condivide l'interpretazione di chi attribuisce al silenzio della normativa sugli appalti in merito alla partecipazione di nuove procedure da parte dell'impresa in concordato in



bianco, in continuità aziendale (si ribadisce, sempre a condizione che vengano fornite dettagliate indicazioni degli elementi della soluzione concordata che si intende proporre) l'implicita valenza abrogativa del comma 4 dell'art. 186 *bis*: innanzitutto l'abrogazione dell'art. 186 *bis*, comma 4 dovrebbe essere contenuto nell'art. 217, rubricato "Abrogazioni" che individua espressamente le disposizioni che vengono soppresse dalla nuova disciplina in materia di appalti.

Inoltre, un'implicita abrogazione del comma 4 dell'art. 186 *bis* andrebbe in assoluta controtendenza rispetto al *trend* giurisprudenziale e all'atteggiamento di dichiarato *favor*, a più riprese espresso dal legislatore, per le soluzioni negoziate della crisi incentrate sulla conservazione delle imprese.

Si ricorda che originariamente l'art. 38 D.Lgs. 163/2006 impediva la partecipazione alla gara non solo ai soggetti falliti, in liquidazione coatta o in concordato preventivo, ma anche a coloro che avevano in corso un procedimento per la dichiarazione di tali situazioni.

All'indomani della riforma del 2012, e quindi dell'introduzione dell'art. 186 *bis*, comma 3 L.F., e della coerente modifica dell'art. 38 (cui viene aggiunta l'eccezione alla regola dell'esclusione alla partecipazione alle gare degli operatori economici in concordato, facendo rinvio all'art. 186 *bis*), la giurisprudenza amministrativa era concorde nel ritenere ostativa all'assegnazione degli appalti la circostanza che l'impresa non fosse ancora ammessa al concordato, ma si trovasse nella fase in bianco (Cons. Stato 14 gennaio 2014, n. 101, T.A.R. Valle d'Aosta 18.4.2013, T.A.R. Roma 4 giugno 2014).

A tale orientamento si è contrapposta una distinta corrente, la quale, muovendo dall'atteggiamento di favore del legislatore per le soluzioni negoziali della crisi, ha privilegiato un indirizzo che teneva conto delle "esigenze di favore *participationis* di valorizzazione delle prospettive di risanamento aziendale, sottese alla ratio della nuova norma fallimentare" (cfr. T.A.R. Friuli Venezia Giulia 7 marzo 2013); indirizzo interpretativo condiviso successivamente dal Consiglio di Stato, 27 dicembre 2013 n. 6272, che affermava il fondamentale principio, secondo cui "inibire alle imprese di partecipare alle gare per l'affidamento dei pubblici contratti nelle more fra il deposito della domanda e l'ammissione al concordato (periodo che potrebbe protrarsi anche per un semestre) confligge con la finalità della norma volta alla preservare la capacità dell'impresa a soddisfare al meglio i creditori attraverso l'acquisizione di nuovi appalti".

Tale ultimo indirizzo interpretativo è stato quindi recepito dal legislatore nel D.L. 23.12.2013, n. 145, convertito in legge 21.2.2014 n. 9, introducendo il comma 4 dell'art. 186 *bis*, che prevede ora espressamente 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...".



Alla luce di tale evoluzione giurisprudenziale e legislativa, il mero silenzio dell'art. 110 in ordine alla partecipazione a gare da parte delle imprese in concordato in continuità nella fase in bianco non si ritiene possa interpretarsi quale abrogazione implicita della disposizione di cui al quarto comma dell'art. 186 *bis*, in quanto spazzerebbe via con un colpo di spugna, oltretutto senza dirlo espressamente, un percorso evolutivo, il cui risultato è frutto delle attuali esigenze economiche, produttive e sociali, nonché di tutela delle varie categorie di soggetti coinvolte in una crisi d'impresa. A tal fine si veda anche la pronuncia del T.A.R. Trento 24.5.2017, che, affrontando in particolare la questione se sia necessario sottoporre all'autorizzazione del giudice delegato la partecipazione dell'impresa a gare pubbliche, o la prosecuzione dei contratti pubblici pendenti, anche dopo l'omologa del concordato, giungendo alla condivisibile soluzione negativa (sul punto vedi anche Tribunale Trento 30.01.2017), afferma il principio che *“non debba ritenersi mutato a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 (nuovo codice dei contratti pubblici) ed in particolare dell'art. 110, comma 3 e 4” e che “deve ragionevolmente ritenersi che la citata disposizione del nuovo codice (186 bis comma 4) si riferisca pur sempre alla fase antecedente l'omologazione, ed in particolare a quella precedente dell'ammissione, come del resto pure letteralmente si esprime, laddove la previsione sia dell'autorizzazione del giudice delegato sia del parere ANAC è riferita ad un'impresa “ammessa” al concordato, e dunque non ancora omologato”, ribadendo a chiare lettere che “proprio sulla base di quest'ultima considerazione, è evidente che per ottenere il risultato sperato, all'impresa deve essere consentito di operare sul mercato come qualsiasi altro operatore economico”.*

Per completezza si osserva, infine, che alla luce della previsione del comma 5 dell'art. 110, nel caso in cui si presentino le fattispecie di cui alle lettere a) o b), l'ANAC potrebbe richiedere l'avvalimento di operatore economico in possesso dei requisiti previsti per legge.

➤ **Nel concordato in continuità AMMESSO**

<p>186 bis, comma 5 Partecipazione previa</p> <p>a) attestazione di conformità al piano e di ragionevole capacità di adempimento del contratto</p> <p>b) dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti richiesti per</p>	<p>110, comma 3, lettera a; 110, comma 4 Partecipazione alle procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi, su autorizzazione del giudice delegato e <u>senza necessità di avvalimento</u> di altro operatore (comma 3 lettera a; comma 4, primo periodo);</p>
--	--



<p>l'affidamento a mettere a disposizione le risorse necessarie all'esecuzione e a subentrare nel caso in cui l'impresa ausiliata fallisca</p>	<p><u>Eccezioni: 110, comma 5</u> nei casi in cui l'impresa</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. non sia in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali; 2. non sia in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida, partecipazione alle procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi, sempre su <ol style="list-style-type: none"> a) autorizzazione del giudice delegato, b) con l'eventuale intervento dell'ANAC, che, previo confronto sullo specifico punto con il giudice delegato, ha la c) facoltà (<i>può</i>) di subordinare la partecipazione alla necessità di <u>avvalimento</u> di requisiti di altro operatore
--	--

Dalla comparazione delle discipline emerge chiaramente che quella contenuta nel nuovo Codice degli appalti, se letta disgiuntamente da quella fallimentare, parrebbe aver attenuato i requisiti richiesti da quest'ultima: infatti l'avvalimento viene preteso solo in due casi specifici e comunque su richiesta facoltativa dell'ANAC; inoltre, il comma 3 nulla dice circa l'attestazione del professionista, richiamata dal comma 5 dell'art. 186 *bis*.

Per esaminare le due discipline -coerentemente con l'impostazione espressa fin dall'inizio dal Tribunale, e finalizzata a coordinare le due normative per compiere un'opera di armonizzazione e raccordo fra le due, principalmente al fine di evitare l'applicazione frammentaria ed "utilitaristica" dell'una o dell'altra, a seconda dei casi - e stabilire se debba prevalere la soluzione più rigorosa (attestazione e avvalimento in ogni caso) o meno "esigente" (nessun' attestazione; avvalimento solo in casi specifici e su richiesta facoltativa dell'ANAC) è necessario, ad avviso del Tribunale, partire, a monte, da un'analisi dei diversi interessi specificamente e primariamente tutelati dalla due



rispettive normative: a) la tutela del ceto creditorio ed il miglior soddisfacimento dello stesso, su cui si fonda la legge fallimentare; b) la tutela della P.A. sotto il profilo dell'efficienza e celerità nell'esecuzione delle opere da essa commissionate, principi ispiratori espressi dall'art. 4 e su cui si fonda il Codice appalti.

Vediamo allora che la normativa fallimentare richiede un *quid pluris* rispetto a quella disciplinante i rapporti con la P.A.: innanzitutto, la relazione di un professionista sulla conformità del contratto al piano e sulla ragionevole capacità di adempimento del debitore, e ciò senza dubbio a tutela del ceto creditorio, che in caso di giudizio negativo, si vedrebbe gravato da ulteriori perdite e costi prevedibili, oltre che da voci di danno dovute alla risoluzione per grave inadempimento, anch'esse prevedibili; in secondo luogo, l'avvalimento, e ciò a tutela evidentemente non solo dell'interesse della P.A. ad un'esecuzione celere e senza soluzione di continuità, ma anche dell'impresa stessa e soprattutto del suo ceto creditorio, che così non potrà essere esposto a richieste di risarcimento danni, sempre di natura prevedibile.

Se si condivide questa impostazione, allora sarà necessario, richiedere, di regola, sia (i) l'attestazione – l'autorizzazione del GD si può ritenere assorbita dal provvedimento di ammissione del Tribunale, qualora il piano contenga già un'indicazione dettagliata rispetto alla sostenibilità della partecipazione rispetto alle redditività contenute nel piano- che (ii) l'avvalimento.

Qualora si aderissi all'interpretazione secondo cui l'avvalimento rappresenterebbe, invece, uno strumento a tutela principalmente (o solo) della P.A., e non anche del ceto creditorio, si potrebbe giungere alla soluzione meno rigorosa (esonero dall'avvalimento), che peraltro non convince appieno questo Tribunale in quanto difficilmente conciliabile con i postulati delle *lex specialis*.

In ogni caso va precisato che in due ipotesi particolari - l'imprenditore che non sia in regola con i pagamenti delle retribuzioni dei dipendenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali e l'imprenditore che non sia in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida- la disciplina pubblica richiede l'aggiunta dell'avvalimento, su richiesta dell'ANAC.

Ci si deve ora chiedere se, una volta terminata la procedura di assegnazione, che si sonda nelle varie fasi individuate dall'art. 32 Codice appalti e termina con la stipula del contratto con la P.A., l'imprenditore ricada, per dare esecuzione al contratto stesso, nuovamente nel perimetro applicativo della disciplina sopra delineata per l'esecuzione dei contratti in corso.

In base allo schema riassuntivo sotto sviluppato e sintetizzato, si può ritenere che, solo laddove l'esecuzione di contratti con la P.A. richieda in sostanza un *quid pluris* rispetto alle verifiche e le



autorizzazioni già predisposte e raccolte nella procedura di partecipazione, si dovrà dare risposta affermativa; ad esempio, nello specifico caso di partecipazione a procedure di assegnazione nella fase in bianco ed esecuzione del contratto nella fase post ammissione. Quindi, l'ulteriore verifica giudiziale sarà necessaria solo in questi casi ben limitati, comportando un eccessivo controllo giudiziale, superfluo, un'inutile appesantimento dell'attività di risanamento dell'impresa da parte del debitore, con conseguente pericolo di eccessivo rallentamento della procedura.

CP in BIANCO

<p><u>Legge Fallimentare</u></p> <p>Partecipazione: Autorizzazione Trib. + Parere CG, 186 bis 4 comma</p> <p>Esecuzione: Prosecuzione</p>	<p><u>Codice Appalti D.lgs.50/2016</u></p> <p>Non disciplinato</p> <p>Ma 110, comma 5, prevede possibile intervento ANAC con richiesta di avvalimento in due casi</p> <p>Autorizzazione del GD</p>	<p><u>Coordinamento L.F./Codice Appalti</u></p> <p>= Autorizzazione Trib. + Parere CG (+ Avvalimento in 2 casi -110 comma 5, lettere a. e b.- se ANAC interviene e se lo richiede)</p> <p>= Aut. GD (rectius Tribunale)</p>
---	--	---

CP AMMESSO

<p><u>Legge Fallimentare</u></p> <p>Partecipazione: Attestazione+ Avvalimento</p> <p>Esecuzione: Attestazione</p>	<p><u>Codice Appalti D.lgs.50/2016</u></p> <p>No Avvalimento, salvo due casi, su eventuale richiesta dell'ANAC; silenzi su Attestazione</p> <p>Autorizzazione GD</p>	<p><u>Coordinamento L.F./Codice Appalti</u></p> <p>= Attestazione + Avvalimento</p> <p>= Attestazione+ Autorizzazione GD</p>
---	--	--

Firmato Da: BORTOLOTTI FRANCE SCA E messo Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 688a311ae49410239e40a14d20e0f1cf - Firmato Da: PALLUA FRANCE SCA E messo Da: POSTE.COM CA3 Serial#: d5668



Applicazione della “disciplina coordinata” alla continuità aziendale diretta ed indiretta.

Non vi sono ostacoli all'applicazione della “disciplina coordinata” non solo alla continuità diretta, ma anche indiretta. In quest'ultimo caso si dovrà ovviamente rispettare i principi di competitività e pubblicità mediante l'istituto delle offerte concorrenti ai sensi dell'art. 163 *bis* L.F. fino all'adunanza dei creditori; successivamente i principi generali di cui all'art. 182 comma 5 L.F.

Applicazione della disciplina coordinata all'affitto d'azienda

Dubbia è l'applicazione del delineato quadro normativo al caso di affitto d'azienda, posto che l'art. 186 *bis* L.F. fa riferimento solamente alla cessione d'azienda o al conferimento della stessa in una società di nuova costituzione.

La tesi negativa è stata seguita da un'interpretazione giurisprudenziale (Cons. di Stato 5.11.2014, n. 5470) che nell'interpretare gli artt. 38 e 51 della “vecchia” normativa sugli appalti (D.Lgs. n. 163/2006) riteneva che anche in caso di affitto di azienda la dichiarazione in ordine ai requisiti soggettivi degli amministratori e direttori tecnici riguardasse anche quelli della società affittante, ciò in quanto l'affitto potrebbe costituire un agevole mezzo per aggirare gli obblighi sanciti dal Codice degli appalti. L'unica deroga era consentita dall'art. 116 comma 4 (vicende soggettive dell'esecutore del contratto), che però riguardava la fase dell'esecuzione del contratto ed era limitata alla cessione ed all'affitto di azienda in favore di cooperative costituite o da costituire in favore di almeno tre quarti dei soci cooperatori.

Pertanto, con l'ampia regolamentazione di cui all'art. 106 D. Lgs. 50/2016 (che prevede al comma 1, lettera d), numero 2) “...I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti:... se un nuovo contraente sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze:... all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purchè ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice;”, combinata con il disposto di cui all'art. 2558 c.c., che prevede la regola della successione dei contratti anche in caso di affitto, si ritiene applicabile il subentro da parte dell'affittuario alla partecipazione ed alla esecuzione dei contratti con la P.A.

Tenuto conto dei principi sopra esposti, si passa ora all'esame delle richieste formulate dalla ricorrente in merito all'autorizzazione relativa



- 1) alla stipulazione di contratti di appalto ed
- 2) alla partecipazione alle procedure competitive relative alle gare per le quali è sorto contenzioso con altro partecipante alla procedura.

In primo luogo è necessario determinare in quale “fase” si trovino i vari contratti oggetto di richiesta di autorizzazione, ovvero se si siano contratti già in corso di esecuzione con la P.A., e quindi già stipulati, oppure se la procedura di affidamento non sia ancora terminata.

Nel primo caso si ricadrebbe nella disciplina dei contratti già in corso, nel secondo in quella relativa alle nuove procedure di partecipazione a gara ovvero di affidamento.

A chiarire il perimetro delle due diverse fasi è la disposizione di cui all’art. 32 d.lgs. 50/2016, la quale prevede espressamente che la procedura di affidamento, si snoda, semplificando, nella varie fasi della partecipazione, dell’aggiudicazione e della stipula del contratto, la cui esecuzione può avere inizio a mente del comma 13 *“solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante ne chieda l’esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste al comma 8”*.

Pertanto l’ampia procedura di affidamento ricomprende anche la “sub-procedura” dell’impugnazione avverso l’aggiudicazione.

Infatti, il comma 11 del medesimo articolo prevede che “Se è proposto ricorso avverso l’aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell’istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all’udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L’effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell’articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo di cui all’Allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l’esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all’immediato esame della domanda cautelare.”

Alla luce di questa ricostruzione, entrambe le ipotesi sub 1) e sub 2) rientrano nell’ambito della fattispecie della “partecipazione a nuove gare”, non invece nella “esecuzione di contratti”.

Pertanto, secondo i ragionamenti sopra ampiamente esposti, tali contratti necessitano di una autorizzazione del Tribunale, previo parere dell’Organo commissariale.



A tal proposito si osserva che i Commissari giudiziali, dopo avere approfondito analiticamente le questioni giuridiche controverse, hanno espresso il proprio parere favorevole alla stipula dei contratti oggetto del ricorso, giungendo a tale conclusione sulla base di diversi argomenti concordanti.

A mente delle informazioni oggi a disposizione dei Commissari giudiziali non emergono, infatti, elementi tali da far dubitare della convenienza economica dei suddetti appalti. Come si evince dal prospetto predisposto dai Commissari nella propria relazione depositata in data 8.1.2017, la stipula dei contratti in oggetto parrebbe consentire – sulla base di stime prodotte dalla debitrice ed effettuate in parte dalla stessa ed in parte da soggetti terzi – il realizzo di un margine operativo lordo di oltre 4 milioni di Euro.

In secondo luogo, come riferiscono sempre i Commissari giudiziali, la stipulazione di detti contratti si profilerebbe, quanto meno al momento, idonea ad allontanare l'eventuale rischio per Oberosler di essere chiamata a rispondere dei danni nei confronti delle Stazioni appaltanti qualora queste fossero tenute a sostenere oneri o costi aggiuntivi nell'ipotesi di scorrimento delle graduatorie ed assegnazione a nuovi aggiudicatari per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori.

I Commissari sottolineano, inoltre, che la partecipazione a procedure di affidamento appare nondimeno importante al fine di preservare e migliorare l'appetibilità del complesso aziendale, anche in prospettiva di sua futura cessione, con conseguente miglior soddisfacimento del ceto creditorio.

Sul punto, la Oberosler ha, peraltro, fornito, al di là di quanto già esposto nel ricorso prenotativo, elementi sufficienti a sostegno della effettiva prosecuzione della attività di impresa e sulla esistenza di concrete trattative in corso per un trasferimento dell'azienda o di un ramo della stessa (vedasi da ultimo la lettera di manifestazione di interesse inviata da Carron Bau S.r.l.), il che lascia, ad oggi, fondatamente ritenere che il piano oggetto di futuro deposito sarà verosimilmente retto sulla base dei principi della continuità indiretta.

Le commesse di cui si chiede l'autorizzazione alla stipula del contratto sono, per chiarezza, le seguenti:

- (i) commessa afferente la "Messa in Sicurezza Permanente delle discariche consortili Parco Saurino 1 e 2 nel Comune di Santa Maria la Fossa (CE). CIG: 6394847AAS – CUP: I13J0800015001, ente appaltatore Sogesid SpA (quota Oberosler 3.393.163,64);
- (ii) commessa afferente la "CA 05 /15 Nuova SS 125 Orientale Sarda 1° Lotto. 2° Stralcio del tronco Tertenia – San Priamo dal Km 0+000 al km 7+668, interamente in variante alla SS 125 Orientale Sarda facente parte del collegamento viario da Cagliari a Tortolì.



- CUP F61B1100082001 – CIG 6459149260, ente appaltatore Anas SpA” (quota Oberosler 42.555.551,42);
- (iii) commessa afferente la “AQ 76/16 – S.S. 652 Fondovalle Sangro. Lavori di costruzione del tratto compreso tra la Stazione di Gamberale e la Stazione di Civitaluparella. 2° Lotto. 2° Stralcio – 2° Tratto. CIG: 69167960°1, ente appaltatore Anas SpA” (quota Oberosler 50.449.490,78);

Quanto alla richiesta avanzata dalla Oberosler relativamente alle procedure competitive aggiudicate a terzi, si precisa che si tratta delle seguenti commesse:

- (i) commessa “Ospedale di Brunico 3° lotto”, attualmente pendente avanti al Consiglio di Stato rubricato sub RG 1297/2017 Sezione VI°;
- (ii) commessa “Circonvallazione nord ovest di Merano – Opere civili 2° lotto”, attualmente pendente avanti al TAR di Bolzano rubricato sub RG 215/2017;
- (iii) commessa “AOV/SUA L029/2016 – Nuovo accesso Val Badia con ponte sulla Rienza e Falleria Floronzo, attualmente pendente avanti al TAR di Bolzano rubricato sub RG 258/2017.

Anche, per tali contratti, per cui valgono tutte le ragioni poc'anzi esposte ed alle quali si rinvia, la Oberosler, come accertato dall'Organo Commissariale, ha rappresentato e documentato una situazione dalla quale emerge la complessiva convenienza economica degli appalti in esame in termini di margini operativi, evidenziando nondimeno un possibile profilo di rischio, in ipotesi di mancato accoglimento dell'istanza, costituito dall'eventualità che la società possa essere chiamata a rispondere di eventuali danni da inadempimento nei confronti delle stazioni appaltanti, con conseguente perdita dei relativi depositi cauzionali.

I Commissari sottolineano, in particolare, quanto alla convenienza economica a stipulare i tre contratti anzidetti, che il margine operativo delle suddette commesse supererebbe, sulla base delle attuali stime a disposizione degli stessi Commissari, complessivamente i 5 milioni di Euro.

Inoltre l'autorizzazione a proseguire nel contenzioso eviterebbe alla ricorrente di esporsi al rischio di essere chiamata a risarcire i danni nei confronti delle altre imprese che hanno partecipato con Oberosler alla gara confidando di costituire in futuro una A.T.I.

Quanto poi al presupposto dell'urgenza ai fini del rilascio della richiesta autorizzazione (art. 161, comma 7 L.F.) si ritiene, condividendo anche l'opinione espressa dai Commissari giudiziali sul punto in rassegna, che la stessa sia *in re ipsa*, in quanto legata – con riferimento alla richiesta di stipula dei contratti aventi ad oggetto la gara in cui la società è risultata aggiudicataria – all'esigenza



di evitare lo scorrimento della graduatoria di cui all'art. 110 d.lgs. n. 50/2016 a cui la Stazione Appaltante può ricorrere al fine di stipulare un nuovo contratto di affidamento dell'esecuzione dei lavori, e – in relazione al contenzioso in essere – alla circostanza che la mancata autorizzazione a proseguire in tempi rapidi nelle procedure di gara ed a stipulare i relativi contratti potrebbe costituire un sopravvenuto elemento che denota carenza di interesse sostanziale e processuale a proseguire nel giudizio.

Alla luce di tutte le argomentazioni sopra esposte si autorizza quanto richiesto dalla ricorrente Oberosler con ricorso integrativo dd. 27.12.2017.

P.Q.M.

Il Tribunale,

visti gli artt. 186 *bis*, comma 4 e 110, commi 1, 3 e 4 D. Lgs. n. 50 del 2016,

AUTORIZZA

1. la stipula dei seguenti contratti di appalto, di cui la ricorrente si è resa aggiudicataria:

- (i) commessa afferente la “Messa in Sicurezza Permanente delle discariche consortili Parco Saurino 1 e 2 nel Comune di Santa Maria la Fossa (CE). CIG: 6394847AAS – CUP: I13J0800015001, ente appaltatore Sogesid SpA (quota Oberosler 3.393.163,64);
- (ii) commessa afferente la “CA 05 /15 Nuova SS 125 Orientale Sarda 1° Lotto. 2° Stralcio del tronco Tertenia – San Priamo dal Km 0+000 al km 7+668, interamente in variante alla SS 125 Orientale Sarda facente parte del collegamento viario da Cagliari a Tortoli. CUP F61B1100082001 – CIG 6459149260, ente appaltatore Anas SpA” (quota Oberosler 42.555.551,42);
- (iii) commessa afferente la “AQ 76/16 – S.S. 652 Fondovalle Sangro. Lavori di costruzione del tratto compreso tra la Stazione di Gamberale e la Stazione di Civitaluparella. 2° Lotto. 2° Stralcio – 2° Tratto. CIG: 69167960°1, ente appaltatore Anas SpA” (quota Oberosler 50.449.490,78);

2. la partecipazione alle seguenti procedure competitive relative alle gare in relazione alle quali è sorto contenzioso con altro partecipante alla procedura:

- (i) commessa “Ospedale di Brunico 3° lotto”, attualmente pendente avanti al Consiglio di Stato rubricato sub RG 1297/2017 Sezione VI°;
- (ii) commessa “Circonvallazione nord ovest di Merano – Opere civili 2° lotto”, attualmente pendente avanti al TAR di Bolzano rubricato sub RG 215/2017;



(iii)commessa “AOV/SUA L029/2016 – Nuovo accesso Val Badia con ponte sulla Rienza e Falleria Floronzo, attualmente pendente avanti al TAR di Bolzano rubricato sub RG 258/2017;

Visto l'art. 110, comma 5 D. Lgs. N. 50/2016,

MANDA

i Commissari giudiziali a comunicare il presente provvedimento all'A.N.A.C. per quanto di eventuale competenza.

Bolzano, 9.1.2018

Il Presidente estensore

Dott.ssa Francesca Bortolotti

Firmato Da: BORTOLOTTI FRANCESCA EMESSO Da: ARUBAPECC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 658a311ae48410239e40a14d20e9f1cf - Firmato Da: PALLUA FRANCESCA EMESSO Da: POSTE COM CA3 Serial#: d5668

