

C.P. 7/2022

TRIBUNALE DI BOLZANO

UFFICIO FALLIMENTARE

Il Tribunale di Bolzano, riunito in camera di consiglio, nella composizione di:

dott.ssa Elena Covi	Presidente
dott.ssa Birgit Fischer	Giudice
dott.ssa Cristina Longhi	Giudice rel.

ha pronunciato il seguente

DECRETO

1. La società _____ ha presentato in data 22.06.2022 domanda di concordato preventivo in bianco ai sensi dell'art. 161 comma 6 L.F. e con decreto collegiale dd. 30.06.2022 il Tribunale ha concesso alla ricorrente termine fino al 14.10.2022 per il deposito del piano e della relativa documentazione.

Con istanza n. 4) depositata in data 4.8.2022 _____ ha informato, ed in via subordinata ha richiesto al Tribunale l'autorizzazione, in merito alla partecipazione alla procedura di affidamento di un lavoro pubblico indetta dalla Provincia di Bolzano, costituito dal nolo a caldo di un escavatore, per un monte ore stimato tra 180 e 280 (*cf.* all. I all'istanza n. 4 dd. 04.08.2022). Nell'informativa/istanza la ricorrente ha precisato che l'appalto sarebbe redditizio, allegando uno schema dei costi e dei ricavi presunti, calcolati su un preventivo al prezzo orario di € 129,97, pari al prezzo massimo previsto dall'invito di partecipazione. Con istanza integrativa n. 5 depositata in data 05.08.2022, considerato che l'invito ad offrire prevedeva espressamente l'esclusione delle offerte con prezzo pari o superiore a quello massimo indicato, la ricorrente ha modificato il prezzo orario che intende offrire, indicandolo tra € 111,77 ed € 106,58, a fronte di un costo orario

onnicomprensivo calcolato in € 93,24 (*cf.* all. 3 all'istanza integrativa n. 5 dd. 05.08.2022).

ha precisato di avere la capacità di adempiere l'appalto e ha affermato che l'impiego di mezzi e personale nel cantiere *de quo* non comporterebbe la sottrazione di risorse rilevanti per altri cantieri.

La ricorrente ha inoltre ipotizzato che, trattandosi di un affidamento diretto con invito a formulare un'offerta economica e non di una gara di appalto pubblica, non sarebbe necessaria alcuna autorizzazione del Tribunale, e ha conseguentemente formulato la propria istanza sotto forma di informativa e, solo in via subordinata, di richiesta di autorizzazione.

2. Va rilevato innanzitutto che l'art. 186*bis* comma 4 L.F., applicabile *ratione temporis* alla procedura in esame, prevede espressamente che “successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 161, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato”. Sul punto va richiamato anche l'art. 161 comma 7 L.F. che prevede l'autorizzazione del Tribunale, previa acquisizione del parere del commissario giudiziale (se nominato), per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione.

Posto che l'art. 186*bis* comma 4 L.F. fa riferimento alle *“procedure di affidamento di contratti pubblici”*, senza distinguere tra le diverse tipologie, questo Collegio ritiene che tale dizione ricomprenda non solo le gare d'appalto in senso stretto, ma ogni procedura di rilevanza pubblica avente ad oggetto l'affidamento di contratti pubblici. Pertanto, per quanto la procedura ad invito oggetto dell'istanza presentata dalla ricorrente in data 4.8.2022 sia semplificata, essa necessita comunque di autorizzazione del Tribunale, secondo quanto previsto dall'art. 186*bis* comma 4 L.F.

Pertanto, come si vedrà più avanti, tale scelta normativa risulta confermata anche dalle nuove disposizioni del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza, che riproducono il medesimo tenore letterale dell'art. 186*bis* comma 4 L.F. (*cf.* art. 95 comma 3 CCI).

3. Ciò premesso, la decisione del Tribunale sulla richiesta formulata dalla ricorrente impone preliminarmente un esame delle normative che regolano i rapporti contrattuali aventi ad oggetto

appalti di forniture, prestazioni e servizi intercorrenti fra la Pubblica Amministrazione, quale committente, e l'imprenditore in concordato preventivo in continuità aziendale, quale appaltatore.

3.1. La Legge Fallimentare disciplina la materia dei contratti pubblici nel concordato con continuità aziendale (anche in bianco) all'art. 186bis.

In particolare, il comma 3 dell'art. 186bis L.F. individua la disciplina applicabile ai contratti in corso con le P.A. nel caso di impresa che accede alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale.

Nella fase in bianco vige 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. 169bis L.F., fino al decreto di ammissione di cui all'art. 163 L.F. Ciò significa che i contratti proseguono senza autorizzazione del tribunale nella fase del concordato in bianco, rappresentando la prosecuzione dei contratti, anche con la P.A., atto di ordinaria amministrazione (*cf.* art. 186 bis comma 3, primo periodo L.F.: *“Fermo quanto previsto nell'articolo 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari”*).

A seguito dell'ammissione, ossia della pronuncia del decreto di cui all'art. 163 L.F., i contratti in corso proseguono solo se accompagnati da un'attestazione da parte di professionista indipendente sulla conformità del contratto al piano e sulla ragionevole capacità di adempimento dell'imprenditore in crisi (art. 186bis comma 3, secondo periodo L.F.). È richiesta cioè l'espressione di un giudizio positivo di coerenza della prosecuzione del contratto rispetto al piano di concordato, anche se ancora *in fieri*, e di capacità del debitore di far fronte agli impegni assunti nei confronti della stazione appaltante, anche a tutela dell'interesse pubblicistico alla corretta esecuzione del contratto.

Il D.L. 32/2019 (in vigore dal 19.4.2019), convertito in legge con modificazioni dalla L. 55/2019, ha inoltre aggiunto un ulteriore periodo all'art. 186bis comma 3, prevedendo che le disposizioni di

tale comma si applichino anche in caso di concordato liquidatorio, qualora il professionista attesti la necessità della continuazione dei contratti in corso ai fini della migliore liquidazione aziendale.

I commi 4 e 5 dell'art. 186bis L.F. disciplinano invece la diversa ipotesi della partecipazione a nuove procedure di affidamento da parte dell'imprenditore in concordato in continuità aziendale.

Il comma 4 prevede, per la fase in bianco, che ai fini della partecipazione sia necessaria l'autorizzazione del Tribunale e, dopo il decreto di apertura, del giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale, ove già nominato.

Per la fase successiva all'ammissione, invece, il comma 5 prevede che la partecipazione a procedure di affidamento sia possibile in presenza di un'attestazione di conformità al piano e di ragionevole capacità di adempimento del contratto. Anche su tale comma è intervenuto il D.L. 32/2019 (in vigore dal 19.4.2019), convertito in legge con modificazioni dalla L. 55/2019, che ha abrogato l'ulteriore requisito precedentemente richiesto, ossia quello del c.d. "avvalimento rinforzato" (la 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).

3.2. Così tratteggiata la disciplina posta dalla legge fallimentare, occorre ora delineare brevemente la disciplina del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016), ai fini di un raccordo con la prima, anche in considerazione del fatto che le modifiche normative intervenute negli ultimi anni (prima nel 2019 e poi nel 2022) rendono non facilmente individuabile la norma di volta in volta applicabile.

3.2.1. L'art. 2 comma 1 D.L. 32/2019 (in vigore dal 19.4.2019), convertito in legge con modificazioni dalla L. 55/2019, ha modificato l'art. 110 D.Lgs. 50/2016.

Si riporta di seguito l'estratto dell'art. 110 D.Lgs. 50/2016 come modificato dal D.L. 32/2019, nella parte che qui rileva:

“4. Alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all'articolo 161, anche ai sensi del sesto comma del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, si applica l'articolo 186-bis del predetto regio

decreto. Per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici tra il momento del deposito della domanda di cui al primo periodo ed il momento del deposito del decreto previsto dall'articolo 163 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 è sempre necessario l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto.

5. L'impresa ammessa al concordato preventivo non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto.

6. L'ANAC può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che l'impresa in concordato si avvalga 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 quando l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida”.

Secondo quanto previsto dall'art. 2 commi 2 e 3 D.L. 32/2019, l'art. 110 D.Lgs. 50/2016 testé riportato si applica alle procedure in cui il bando o l'avviso con cui si indice la gara è pubblicato nel periodo temporale compreso tra la data di entrata in vigore del precitato D.L. 32/2019 e la data di entrata in vigore del D.Lgs. 14/2019, e quindi tra il 19.4.2019 ed il 15.7.2022, nonché, per i contratti non preceduti dalla pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui gli inviti a presentare le offerte sono stati inviati nel corso del medesimo periodo temporale.

A decorrere dalla data di entrata in vigore del D.Lgs. 14/2019 (15.7.2022) si applicano invece le disposizioni dell'art. 372 CCI.

La complessa stratificazione normativa impone pertanto di verificare la data di pubblicazione del bando o dell'avviso di gara o di invio dell'invito ad offrire, al fine di individuare la norma applicabile.

Qualora la pubblicazione dei bandi o avvisi di gara o l'invio degli inviti ad offrire risalgano ad epoca successiva al 15.7.2022, data di entrata in vigore del CCI, occorre fare applicazione del nuovo art. 110 D.Lgs. 50/2016, come modificato dall'art. 372 CCI, di cui si riporta di seguito il testo, limitatamente ai commi che rilevano ai fini del presente provvedimento:

“4. Alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all'articolo 40 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza adottato in attuazione della delega di cui all'articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n.155, si applica l'art.95 del medesimo codice. Per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici tra il momento del deposito della domanda di cui al primo periodo ed il momento del deposito del decreto previsto dall'articolo 47 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza è sempre necessario l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto.

5. L'impresa ammessa al concordato preventivo non necessita di avvalimento di requisiti di altro soggetto.

6. L'ANAC può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che l'impresa in concordato si avvalga 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 quando l'impresa non è in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC individua con apposite linee guida”.

Come emerge dalla lettura comparata delle norme sopra riportate, il nuovo art. 110 (applicabile alle procedure bandite a partire dal 15.7.2022) ricalca in buona sostanza il previgente art. 110, nella versione risultante dalle modifiche apportate dal D.L. 32/2019, coordinandolo con le nuove norme del CCI.

La novella del 2019 era infatti già intervenuta in maniera sostanziale sul testo del precedente art. 110 D.Lgs. 50/2016 (anche recependo gli orientamenti giurisprudenziali che avevano tentato un coordinamento tra Codice dei contratti pubblici e legge fallimentare, *cf.* anche Trib. Bolzano, decreto dd. 9.1.2018), *in primis* introducendo un richiamo alla disciplina del concordato in bianco (vedi art. 110 comma 4 introdotto dal D.L. 32/2019: “*Alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all'articolo 161, anche ai sensi del sesto comma del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267”), ed inoltre rendendo più agevole il coordinamento con le norme disciplinanti le procedure concorsuali, rinviando *tout court* all'art. 186*bis* L.F. ovvero all'art. 95 CCI.*

Quanto alla partecipazione a nuove gare, l'art. 110 D.Lgs. 50/2016, sia nella versione introdotta nel 2019 che in quella in vigore per le procedure bandite dal 15.7.2022, ha invece previsto la necessità dell'avvalimento nella fase in bianco, avvalimento non necessario a seguito dell'ammissione alla procedura di concordato, salva la facoltà dell'ANAC di richiederlo nel caso in cui l'impresa non sia in possesso di requisiti individuati dall'ANAC stessa con apposite linee guida.

Analizzando più nello specifico l'art. 110 D.Lgs. 50/2016 applicabile alle procedure di affidamento pubblicate a partire dal 15.7.2022, essa prevede che alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all'art. 40 CCI, ossia la domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale - ivi compresa quella con riserva di deposito di documentazione di cui all'art. 44 CCI, che corrisponde alla domanda di concordato preventivo in bianco - si applichi l'art. 95 CCI.

Inoltre, come sopra già evidenziato, per la partecipazione a nuove procedure di affidamento di contratti pubblici tra il momento del deposito della domanda ed il momento del deposito del decreto previsto dall'art. 47 CCI (ossia il decreto di apertura del concordato preventivo, corrispondente a quello di cui all'art. 163 L.F.) è prevista la necessità di avvalimento dei requisiti di un altro soggetto, avvalimento di regola non necessario nella fase successiva all'ammissione, salva la facoltà dell'ANAC di richiedere l'avvalimento di operatore economico in possesso dei requisiti previsti per

legge, qualora l'impresa non sia in possesso dei requisiti aggiuntivi che l'ANAC stessa individua con apposite linee guida.

Le novità normative sopra compendiate hanno provveduto a colmare il silenzio del previgente art. 110 del Codice dei contratti pubblici in merito alla partecipazione a nuove procedure da parte dell'impresa in concordato in bianco in continuità aziendale, disciplinando espressamente tale ipotesi e confermando il *favor* espresso sia dalla giurisprudenza che dal legislatore per le soluzioni negoziate della crisi incentrate sulla conservazione delle imprese (*cf.* anche la recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 27/05/2021, n. 9).

Poiché, come visto, il nuovo art. 110 D.Lgs. 50/2016 introdotto dal CCI rinvia anche all'art. 95 del medesimo codice, si riporta qui di seguito il testo dei commi qui di interesse:

“3. Successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 40, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato.

4. L'autorizzazione consente la partecipazione alla gara previo deposito di una relazione del professionista indipendente che attesta la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento del contratto”.

Il comma 3 ricalca la medesima dizione dell'art. 186*bis* comma 4 L.F., mentre il comma 4 prevede la necessità di attestazione redatta da professionista indipendente sulla conformità al piano e sulla ragionevole capacità di adempimento del contratto.

3.2.2. A questo punto va rilevato che manca una disciplina transitoria per i casi in cui il ricorso alla procedura concordataria sia avvenuto prima del 15.7.2022, e dunque sia soggetto all'applicazione della Legge fallimentare, mentre la procedura pubblica di affidamento a cui la società intende partecipare sia stata bandita in data successiva al 15.7.2022 e dunque alla stessa risulti applicabile la versione novellata dell'art. 110 D.Lgs. 50/2016.

Ciò in quanto l'art. 110 Cod. Appalti fa riferimento alle nuove procedure introdotte dal CCI, e non menziona più le norme e gli istituti della vecchia legge fallimentare.

Preso atto del descritto vuoto di disciplina transitoria, nonostante l'art. 110, in virtù dei riferimenti alle nuove procedure disciplinate dal CCI, mal si concili con i casi in cui la domanda di concordato sia stata depositata prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice, e come tale sia soggetta all'applicazione della Legge Fallimentare, va osservato che il novellato art. 110 D.Lgs. 50/2016 costituisce *lex specialis* relativa alla procedura di gara e dunque tale norma appare applicabile, *mutatis mutandis*, anche al caso in esame, in cui l'invito a presentare l'offerta è stato inviato dalla stazione appaltante in data successiva al 15.7.2022.

Ed invero, pur essendo pacifico che la presente procedura concorsuale resti disciplinata dalla legge fallimentare, in quanto la domanda ex art. 161 comma 6 L.F. è stata depositata prima dell'entrata in vigore del CCI, cionondimeno la procedura pubblica di affidamento in esame è soggetta all'applicazione del nuovo art. 110 D.Lgs. 50/2016, come novellato dall'art. 372 CCI, in quanto il relativo invito ad offrire è stato inviato in data successiva al 15.7.2022.

Ne consegue che, in forza del richiamo operato dal novellato art. 110 D.Lgs. 50/2016 all'art. 95 CCI, ad avviso di questo Collegio appare necessaria anche l'attestazione ai fini della partecipazione alla gara.

Peraltro, anche in ottica sistematica, non pare superfluo osservare che il nuovo art. 95 CCI richiede l'attestazione anche per la prosecuzione dei contratti in corso con la P.A., diversamente da quanto previsto dalla legge fallimentare, per cui si evince che la *voluntas legis* è improntata ad una maggiore tutela dell'interesse pubblicistico della stazione appaltante.

3.2.3. Il deposito dell'attestazione, unitamente all'istanza di autorizzazione, nell'ambito della procedura concorsuale sarebbe senz'altro auspicabile, in ragione dell'indubbia utilità della stessa ai fini della formulazione del parere del Commissario Giudiziale e dell'autorizzazione del Tribunale; tuttavia, essa non appare strettamente necessaria ai fini del rilascio dell'autorizzazione, ma unicamente per la partecipazione alla gara (*cf.* art. 95 comma 4 CCI).

Resta ferma la necessità che la ricorrente, per ottenere il provvedimento autorizzativo, fornisca agli organi della procedura un corredo informativo e documentale adeguato, documentando la redditività

dell'appalto e la capacità di adempimento del contratto da parte dell'impresa (anche al fine di tutelare l'interesse pubblicistico) mediante deposito di una stima della commessa, con indicazione dei costi dei lavori (anche generali ed accessori) e del loro cronoprogramma, dei margini e dei tempi di incasso, fornendo altresì adeguati chiarimenti sulla copertura finanziaria, con indicazione della provenienza dei flussi di cassa per far fronte ai costi per la realizzazione delle opere.

Nel caso di specie, la ricorrente ha presentato sufficienti elementi ai fini dell'autorizzazione.

Come rilevato dal Commissario Giudiziale nel suo parere, infatti, considerati il ridotto valore del contratto e la relativa semplicità di esecuzione, esaminata la documentazione prodotta dalla ricorrente ed in particolare la stima dei costi e dei ricavi attesi e viste inoltre le dichiarazioni di redditività del contratto e di capacità di adempimento rese dalla ricorrente, si ritiene che sussistano i presupposti per il rilascio dell'autorizzazione del Tribunale alla partecipazione alla gara.

Alla luce di tutte le argomentazioni sopra esposte si autorizza quanto richiesto dalla ricorrente con istanza n. 4 dd. 4.8.2022 e successiva integrazione dd. 5.8.2022.

P.Q.M.

Il Tribunale, visti gli artt. 186bis, comma 4 L.F. e 110, comma 4 D. Lgs. 50/2016

AUTORIZZA

la ricorrente **alla partecipazione alla procedura di affidamento di contratto pubblico di cui all'allegato 1 all'istanza n. 4 dd. 4.8.2022** (*“Richiesta di offerta non vincolante - Noleggio di mezzi d'opera con modalità “NOLEGGIO A CALDO” per la sistemazione del Rio Fago - Comune di Bolzano”*).

Bolzano, 09.08.2022.

La Giudice est.

dott.ssa Cristina Longhi

La Presidente

dott.ssa Elena Covi