

Anno 11 – Numero 21

13 novembre 2013

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

IN QUESTO NUMERO:

- SRL A CAPITALE RIDOTTO
- CONTRATTI PUBBLICI DI APPALTO
- VENDITE FALLIMENTARI

ItaliaOggi



DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con il supporto
degli Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili
di:

Bergamo, Biella, Busto Arsizio, Casale Monferrato,
Crema, Cremona, Lecco, Mantova, Monza e Brianza,
Verbania



NDS collabora con la rivista:



VÍA CRISIS
Revista Electrónica de Derecho Concursal

SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Matthias Casper, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Toni M. Fine, Patrizia Grosso, Javier Juste, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Alberto Musy, Gabriele Racugno, Paolo Reviglione, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

COMITATO DI INDIRIZZO

Carlo Luigi Brambilla, Alberto Carrara, Paola Castiglioni, Luigi Gualerzi, Stefano Noro, Carlo Pessina, Ernesto Quinto, Mario Rovetti, Michele Stefanoni, Mario Tagliaferri, Maria Rachele Vigani, Ermanno Werthhammer

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

Paola Balzarini, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Alessandra Del Sole, Massimiliano Desalvi, Elena Fregonara, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Enrico Rossi, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Maria Venturini

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Marco Casavecchia, Sergio Patriarca, Andrea Pessina, Carlo Pessina, Cristina Saracino

INDICE

	<i>Pag.</i>
STUDI E OPINIONI	
<i>Le società a responsabilità limitata a capitale ridotto dopo un anno: ancora più dubbi che incertezze?</i> di Sergio Patriarca	8
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA	
<i>I contratti pubblici di appalto: in particolare quelli di servizi e fornitura. L'istituto dell'avvalimento quale previsto dal d.lg. 163/06 (c.d. "Codice degli appalti pubblici) e il problema dei contratti relativi a servizi, forniture e altre ipotesi spurie</i> di Marco Casa vecchia	22
DIRITTO FALLIMENTARE	
<i>Le vendite fallimentari "competitive" tra autonomia contrattuale e processo – Parte I</i> di Cristina Saracino	58
<i>Amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: il programma</i> di Carlo Pessina e Andrea Pessina	88
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	110
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	114

SOMMARIO

STUDI E OPINIONI

Le società a responsabilità limitata a capitale ridotto dopo un anno: ancora più dubbi che incertezze?

Lo studio mira a mettere in risalto come, nonostante un certo successo riscontrato nella pratica dalle due nuove figure di s.r.l. a capitale ridotto, i dubbi interpretativi su molti dei punti più rilevanti della disciplina siano ancora piuttosto consistenti.

Le riflessioni contenute nel saggio continuano ad essere attuali, dal momento che oggi, pur abrogata la s.r.l. a capitale ridotto, la stessa s.r.l. di diritto comune può costituirsi con tale modalità.

di **Sergio Patriarca**

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

I contratti pubblici di appalto: in particolare quelli di servizi e fornitura. L'istituto dell'avvalimento quale previsto dal d.lg. 163/06 (c.d. "Codice degli appalti pubblici) e il problema dei contratti relativi a servizi, forniture e altre ipotesi spurie

L'Autore, riallacciandosi all'articolo pubblicato su questa rivista, n. 13/2012, pagg. 32 e segg. e relativo all'istituto dell'avvalimento in tema di lavori pubblici, completa la disamina sull'avvalimento in tema di servizi e forniture.

di **Marco Casa vecchia**

DIRITTO FALLIMENTARE

Le vendite fallimentari "competitive" tra autonomia contrattuale e processo – Parte I

L'Autrice ricostruisce alcuni profili delle vendite fallimentari c.d. 'competitive' al fine di verificare in quali ipotesi la disciplina privatistica possa trovare applicazione anche al di fuori dell'ambito del libero mercato ed in un contesto peculiare quale la procedura concorsuale fallimentare.

di **Cristina Saracino**

Amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi: il programma

Nell'articolo vengono esaminate in dettaglio le varie operazioni che il commissario straordinario deve osservare nella redazione del programma. Inoltre gli autori affrontano le problematiche connesse alla realizzazione del programma stesso nelle varie fasi in cui si sviluppa, anche con riferimento ai gruppi di imprese, nelle diverse procedure riguardanti le società in amministrazione straordinaria (Legge Prodi - bis e Leggi Marzano e Marzano - bis).

di **Carlo Pessina e Andrea Pessina**

INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
STUDIES AND OPINIONS	
The limited liability company with “reduced capital” one year later: even more doubts that uncertainties?	8
<i>The study aims to highlight how, despite some success achieved in practice by the new two forms of limited liability company with “reduced capital”, the interpretative doubts on many of the most important points of the discipline is still quite present.</i>	
<i>Despite the fact that the limited liability company with “reduced capital” has been repealed by the lawmaker, the considerations pointed out in the essay continues to be relevant due to the fact that today the “traditional” [n.d.r.] limited liability company can be constituted in this manner.</i>	
by Sergio Patriarca	
PUBLIC ADMINISTRATION AND ENTERPRISE	
The public procurement contracts: in particular, those of service and supply. The so-called “avvalimento” as provided for by legislative decree n. 163/06 (the “Code of Public Contracts”) and the problem of contracts for services, supplies and other spurious hypothesis.	22
<i>The Author, referring to the article published in this journal, no. 13/2012, p. 32 et seq., which analyzed the discipline of “avvalimento” with regard to public works, complete the examination of the aforesaid discipline but in terms of services and supplies.</i>	
by Marco Casavecchia	
BANKRUPTCYLAW	
The so-called “competitive bankruptcy sales” between freedom to contract and the process - Part I	58
<i>The Author analyses some profiles of the so-called “competitive bankruptcy sales” in order to ascertain in which case the private law can be applied even outside the free market and in a specific context which is the one of the bankruptcy proceeding.</i>	
by Cristina Saracino	

INDEX-ABSTRACT

Extraordinary Administration : the Program

88

The article considers in detail the different operations that the extraordinary commissioner has to observe during the compiling of the program. Besides, the authors deal with the problems related to the realization of the different phases of the program also with reference to the enterprises groups in the different procedures of the company in extraordinary administration. (Prodi-bis Act, Marzano and Marzano-bis Act).

by **Carlo Pessina** and **Andrea Pessina**

LE SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA A CAPITALE RIDOTTO DOPO UN ANNO: ANCORA PIÙ DUBBI CHE CERTEZZE? (*)

Lo studio mira a mettere in risalto come, nonostante un certo successo riscontrato nella pratica dalle due nuove figure di s.r.l. a capitale ridotto, i dubbi interpretativi su molti dei punti più rilevanti della disciplina siano ancora piuttosto consistenti. Le riflessioni contenute nel saggio continuano ad essere attuali, dal momento che oggi, pur abrogata la s.r.l. a capitale ridotto, la stessa s.r.l. di diritto comune può costituirsi con tale modalità.

di **SERGIO PATRIARCA**

1. Introduzione

Forse non è particolarmente elegante, e corrisponde ormai ad un vezzo degli operatori del diritto, quello di criticare sistematicamente l'alluvionale produzione legislativa degli ultimi (e penultimi) anni. Ma per quanto riguarda le (ormai non più freschissime) novità che intendo brevemente commentare, in maniera sicuramente poco organica, confesso un certo senso di smarrimento, lenito peraltro dal ricordo di innumerevoli altri non fulgidi esempi di *performance* legislativa in un passato recente. Smarrimento che deriva dall'impressione che ancora una volta il legislatore – pur agendo nel quadro di una generale (e in astratto condivisibile) visione di politica economica volta a rendere più appetibile, proseguendo il discorso iniziato con la Riforma del 2003, l'esercizio di attività imprenditoriali tramite l'utilizzo delle società “chiuse”, in un'ottica di sostegno dell'economia in un periodo di crisi prolungata, sia stato mosso, più che da una lucida visione, da suggestioni del momento¹.

(*) Il saggio costituisce l'elaborazione di una relazione tenuta a Pavia il 1° marzo 2013 nell'ambito di un convegno organizzato dall'Associazione Giuristi Cattolici.

¹ Per una valutazione decisamente negativa dell'intervento legislativo, espressa peraltro immediatamente a ridosso del decreto legge che ha introdotto l'art. 2463-bis, e quindi in merito alla sola società semplificata, cfr. REVIGLIONO, *La società semplificata a responsabilità*

STUDI E OPINIONI

SRL CON CAPITALE RIDOTTO

Esaurito lo sfogo, passo ad esaminare due delle tre, o forse quattro, nuove figure di s.r.l. che la mirabile (o disgraziata ?) annata 2012 ci ha lasciato in eredità, consegnandoci quella che – secondo la brillante espressione di un autore² - potrebbe ormai apparire come una **società “senza qualità”**. Con la specificazione, peraltro, che quanto alle altre due figure lo schema della s.r.l. è soltanto uno delle possibili declinazioni, nell’ambito di una pluralità di scelte che la legge mette a disposizione dei privati³.

2. Le nuove figure come semplici varianti della s.r.l., per mancanza di prove

S.r.l. semplificata e s.r.l. a capitale ridotto, entrambe frutto di una faticosa, anche se piuttosto affrettata, disciplina per aggiustamenti successivi, si differenziano, anzitutto, sotto l’angolo visuale della sede nella quale sono disciplinate. E il fatto che soltanto la prima abbia trovato collocazione nel corpo del codice civile, mentre la seconda (“scriteriatamente”, secondo taluno⁴) sia contenuta in un distinto provvedimento legislativo, costituisce già un primo elemento su cui forse vale la pena di riflettere, per convincersi magari – con una certa tristezza - che si tratta di una pura casualità.

In via di prima approssimazione, mi pare comunque ragionevole affermare che questa differente collocazione non deve essere valutata in termini di “eccentricità” (nemmeno) della s.r.l. a capitale ridotto rispetto al modello della s.r.l.⁵. E, più in generale, dichiarandomi comunque disposto a cambiare idea all’esito di un maggiore approfondimento, credo sia ragionevole concludere nel senso della **“non autonomia tipologica” di entrambe le figure**, che si presentano dunque come semplici varianti⁶

limitata: un “buco nero” nel sistema delle società di capitali, Il nuovo diritto delle società, n. 4/2012, 7 ss.: l’Autore parla di “cedimento ad istanze demagogiche e massmediatiche”,

² Si tratta di CAGNASSO, *La s.r.l.: un tipo societario “senza qualità” ?*, *Il nuovo diritto delle società*, n. 5/2013, 7 ss..

³ Mi riferisco alla s.r.l. *start-up* (la cui disciplina, se interpretata nella maniera più avanzata, potrebbe avere un impatto dirompente sul modello s.r.l., e addirittura sui reciproci rapporti tra s.r.l. e s.p.a.), nonché alla società tra professionisti costituita sotto forma di s.r.l.

⁴ BUSANI e BUSI, *La s.r.l. semplificata (s.r.l.s.) e a capitale ridotto (s.r.l.c.r.)*, *Società*, 2012, 1306.

⁵ Parzialmente diversa nell’impostazione, anche se identica nel risultato, la tesi di SPIOTTA, *s.r.l. unilaterale “semplificata” o a “capitale ridotto”: problemi e prospettive*, *Il nuovo diritto delle società*, n. 18/2012, 55, che individua nella introduzione di queste figure la conferma del fatto che – come sostiene parte importante della dottrina (citata anche da Spiotta) – il principio di tassatività dettato dall’art. 2249 deve essere “storizzato”.

⁶ Quasi inutile rimarcare che si utilizza qui un concetto di “variante” in senso molto più debole

STUDI E OPINIONI

SRL CON CAPITALE RIDOTTO

del modello s.r.l. Mi convince, sul punto, il ragionamento di chi⁷ nega che la semplice presenza di un capitale superiore o inferiore rispetto ad un certo ammontare, piuttosto che le restrizioni soggettive che caratterizzano le due figure, possano originare la nascita di un nuovo modello⁸.

D'altra parte, questa prima impressione parrebbe trovare conferma nella circostanza che sia il quinto comma dell'art. 2463-bis, sia il quarto comma dell'art. 44 del d.l. 83 del 2012, si richiamano alla normativa della s.r.l.-base, sia pure con il vincolo della compatibilità. E che entrambi i modelli, il primo direttamente, l'altro per rinvio al capo VII del titolo V del libro V del codice civile, si collocano "logisticamente" nell'ambito della disciplina generale della s.r.l.

In definitiva, mi pare del tutto ragionevole concludere, in assenza di prove convincenti circa una pretesa autonomia di queste figure rispetto alla s.r.l. -base⁹, nel senso che il legislatore non abbia inteso introdurre nell'ordinamento dei nuovi modelli, ma si sia limitato a "declinare" la s.r.l. verso nuovi utilizzi.

3. L'elemento connesso all'età anagrafica dei partecipanti

Ma vediamo, appunto, quali sono le caratteristiche peculiari delle due figure societarie. Anzitutto, per le stesse si configura – coerentemente con lo scopo che ne giustifica la creazione - una limitazione di carattere soggettivo: possono essere costituite soltanto da **persone fisiche**; vale, dunque, la stessa limitazione che si applicava alla s.r.l. unipersonale prima della riforma del 2003.

Altro elemento di identità tra le due figure è dato dal capitale sociale, che deve essere compreso tra un euro e 9.999 euro. Va peraltro segnalato che, mentre per la semplificata ciò è espressamente previsto dal n. 3 del secondo comma, per le s.r.l. a c.r. il suddetto elemento quantitativo è desumibile (oltre che, ovviamente, dalla denominazione utilizzata dal legislatore), soltanto dall'esordio dell'art. 44 ("Fermo

di quanto facciano – in modo a mio avviso un po' avventato – i redattori dei lavori preparatori della Riforma del 2003, con riferimento alla s.p.a. come "mera variante" della s.p.a.

⁷ CIAN, *S.r.l., s.r.l. semplificata, s.r.l. a capitale ridotto. Una nuova geometria del sistema o un sistema disarticolato?*, *Riv.soc.*, 2012, 1104 s.

⁸ Del resto, si pensi a quanto si verifica per la s.p.a. con azioni quotate, ove, in presenza di modificazioni disciplinari che, nel corso del tempo, sono diventate decisamente più significative, rispetto alla s.p.a. "comune", di quanto non lo siano quelle su cui ci si soffermerà nel testo rispetto alla s.r.l., ancora si è restii ad ammettere che ci si possa riferire ad un nuovo tipo societario).

⁹ Tale non si può, evidentemente, considerare la mera intitolazione ("Tipicità della società a responsabilità limitata semplificata") di un paragrafo della Scheda di analisi del 18 ottobre 2012 redatta dal Consiglio Nazionale Forense; intitolazione cui non corrisponde, nel testo, alcuna motivazione.

STUDI E OPINIONI

SRL CON CAPITALE RIDOTTO

quanto previsto dall'art. 2463-bis”), invero assai criptico: dal richiamo all'intera norma sulla semplificata si dovrebbe sottrarre quanto di diverso dispone l'art. 44, per desumerne che anche la s.r.l. a c.r. ha quei vincoli in ordine al *quantum* del capitale¹⁰.

In ogni caso, la discriminazione più rilevante tra le due figure sembrerebbe quella fondata sull'età dei partecipanti. Si entra, con ciò, in un ambito interpretativo nel quale è davvero non facile districarsi. In particolare, stando alla lettera delle norme, la semplificata può essere costituita soltanto da chi non abbia compiuto 35 anni al momento della costituzione, mentre la srl a c.r. può essere costituita soltanto da chi abbia un'età maggiore di 35 anni. **Vi sarebbe dunque un'alternativa secca**, appunto basata sull'età dei soggetti partecipanti.

Ora, secondo un'interpretazione¹¹ la semplificata sarebbe una sottospecie della s.r.l. a c.r., la quale costituirebbe in certa misura una “figura generale”: se i soci iniziali hanno meno di 35 anni, nello scegliere una s.r.l. a capitale ridotto possono (anche) usufruire del regime agevolato della semplificata: regime che (i) non è previsto per la s.r.l. a c.r. e (ii) consiste nel mancato assoggettamento agli oneri notarili, all'imposta di bollo e ai diritti di segreteria¹². In questi termini, l'art. 44 si sarebbe aggiunto alla norma codicistica onde non discriminare gli *over 35*, che sarebbero appunto anch'essi legittimati a costituire una società con un solo euro di capitale, senza però poter usufruire dei vantaggi connessi alla forma semplificata.

Preso atto della interpretazione di Assonime, e a prescindere dalla filosofia generale che sottende le scelte legislative (sempre che ve ne sia una ...), a me pare che il trattamento riservato dal legislatore all'elemento anagrafico si risolva in un vero pasticcio, frutto della precipitazione e del pressapochismo. In particolare, alcune domande sembrerebbero restare senza risposta.

Anzitutto, ci si deve domandare se il disposto del primo comma dell'art. 44 sia da interpretare in senso letterale, con corrispondente onere, per i soggetti sotto i 35 anni che vogliono costituire una società con capitale irrisorio, di scegliere la semplificata. Sul punto, nonostante la lettera della norma orienti decisamente verso l'interpretazione più rigida¹³, e nonostante le motivazioni addotte dalla stessa Assonime a conforto della tesi più liberale, fondate come sono su un'asserita contrarietà della tesi più rigida a pretese finalità generali, non convincano appieno, propenderei per accogliere la tesi che consente anche agli *under 35* di far parte di una s.r.l. a c.r..

¹⁰ Quasi ozioso rimarcare la trascuratezza estrema del legislatore, dal momento che sarebbe bastato richiamare il citato n. 3 del secondo comma.

¹¹ Assonime, circolare n. 29 del 30 ottobre 2012.

¹² La previsione è contenuta nel punto 10 del modello di atto costitutivo standard, allegato al D. Ministro della Giustizia 23 giugno 2012, n. 138.

¹³ Accolta, tra gli altri, da BUSANI-BUSI, 1316.

STUDI E OPINIONI

SRL CON CAPITALE RIDOTTO

Ciò anche in considerazione di un dato testuale che appare piuttosto consistente: un ultimo comma dell'art. 44, aggiunto in sede di legge di conversione, prevede che il Ministero dell'Economia promuova un accordo con ABI per fornire credito ai giovani under 35 che intraprendono attività d'impresa per il tramite di una "s.r.l. a capitale ridotto": e sarebbe davvero un po' paradossale pretendere che la norma si riferisca soltanto alla figura di cui all'art. 2463-bis e non allo stesso art. 44, che disciplina (per la verità, in modo assai sommario) proprio la società cui il legislatore ha attribuito quel nome¹⁴.

Inoltre, confessate anche, più in generale, notevoli difficoltà nell'individuare serie motivazioni sistematiche sottese alla scelta di introdurre le fattispecie societarie in parola (ancorché il dato numerico desumibile dalla lettura dei quotidiani economici, che dimostra come in via di prima applicazione le due figure in esame abbiano incontrato un certo successo, potrebbe indurre a qualche riflessione), direi che la giovane età dei fondatori da un lato giustifica la concessione di agevolazioni sul piano dei costi di costituzione che invece non sono previste nella s.r.l. a c.r., e dall'altro trova come contraltare la previsione (secondo comma) che l'atto costitutivo/statuto sia redatto in conformità con un modello standardizzato di emanazione pubblica (caratteristica, quest'ultima, che renderebbe tale figura di società eccezionale rispetto ad ogni altra società del nostro ordinamento¹⁵).

In questi termini, dunque, il criterio dell'età fungerebbe da discriminare tra due figure che comunque, a ben guardare, si differenziano in modo assai poco marcato. E per giunta si differenziano, a mio parere, in modo non sempre comprensibile: mi riferisco, in particolare, alla possibilità, che è propria soltanto della s.r.l. a c.r., di nominare **amministratori estranei alla cerchia dei soci**, laddove questa opzione sarebbe forse più logica in presenza di soci "giovani" e, presumibilmente, poco esperti.

Per chiudere con le considerazioni di carattere per così dire anagrafico, l'art. 2463-bis nulla dice in merito agli **effetti del superamento del limite** di età: problema in merito al quale parrebbe ragionevole – questa volta in accordo con l'Assonime – concludere nel senso che questo evento *non* incida sulla struttura societaria, in quanto (mi pare) le – peraltro non formidabili – facilitazioni si concretizzano soltanto in fase di costituzione¹⁶.

¹⁴ Nel senso accolto nel testo cfr. parere del Ministero dello Sviluppo Economico del 30 agosto 2012.

¹⁵ La tesi è di BUSANI-BUSI, 1307.

¹⁶ A questo riguardo è da ricordare che, nella prima versione della semplificata, per costituire la società e per le modifiche statutarie (e dunque anche con riferimento ad una fase successiva alla costituzione) era sufficiente una scrittura privata depositata presso il registro delle imprese. Per una serrata critica ad un sistema che non prevedeva un controllo preventivo sull'atto costitutivo

STUDI E OPINIONI

SRL CON CAPITALE RIDOTTO

Sotto quest'angolo visuale, tuttavia, significato ambivalente sembrerebbe avere la disposizione (quarto comma) che fulmina di nullità (enfaticamente tra l'altro il concetto: "E' fatto divieto ... e conseguentemente è nullo") il trasferimento della quota in capo a soggetti "non aventi i requisiti di età di cui al primo comma". Concetto che viene declinato in modo più ampio nella Tabella A del Decreto del Ministro della Giustizia n. 138/2012, contenente il modello standard di atto costitutivo: documento ove si legge che il divieto colpisce le "persone che abbiano compiuto i trentacinque anni di età alla data della cessione ..."¹⁷.

Da un lato, infatti, si tratterebbe di persone che per definizione non possono avvalersi delle agevolazioni proprie della fase costitutiva; ma d'altra parte la lettera del decreto n. 138 (il cui art. 2 dispone che il notaio svolga l'indagine unicamente sulle persone che "intendono *costituire*" la società) sembrerebbe aprire le porte a soci (che diventeranno) *over 35*. Del resto, se così non fosse, predicandosi per esempio l'esclusione del socio, ovvero la necessità che la società evolva verso il modello-base, si dovrebbe pensare alla semplificata come a una società che prevede delle **partecipazioni necessariamente "a tempo"**, e come tale probabilmente priva di appetibilità¹⁸.

Segnalo peraltro che è stata anche espressa, in modo reciso, la opposta soluzione, considerandosi addirittura "non tollerabile" la presenza nella semplificata di un socio ultra 35¹⁹. In questi termini, dunque, l'ingresso di un siffatto socio non potrebbe avvenire nemmeno all'esito di un'operazione diversa, quale un aumento del capitale, una fusione, la successione *mortis causa*. Con una soluzione che a me pare davvero eccessivamente rigida²⁰, specie con riferimento all'ultima operazione ricordata,

cfr. REVIGLIONE, 14 ss..

¹⁷ Per "cessione" dovendosi intendere, a mio parere, anche il trasferimento di diritti reali minori, come l'usufrutto o la nuda proprietà, a prescindere dalla titolarità del diritto di voto. Tale conclusione, condivisa tra l'altro dalla Massima R.A.5 del Comitato Notarile del Triveneto, denuncia una visione sostanzialistica, nel senso che la volontà di riservare le iniziative economiche sviluppate con la semplificata a soggetti giovani non deve essere frustrata dall'intervento di soggetti più anziani, potenzialmente in grado di influenzarla anche se al diritto reale minore sulla quota di cui siano titolari non acceda, appunto, il diritto di voto. Ciò, mi sembra, in un ambito di società comunque a ristretta base partecipativa ed estremamente "personalizzata".

¹⁸ CIAN, 1117.

¹⁹ BUSANI-BUSI, 1315.

²⁰ In questo senso si esprime il Consiglio Nazionale Forense presso il Ministero della Giustizia nel documento già citato, ove per la verità si sposano anche concetti molto più avanzati, ad esempio osservandosi che, stando alla mera lettera della legge, non sarebbe vietato che il cessionario fosse una persona giuridica, né che un soggetto *over 35* entri in società in occasione di un aumento del capitale.

STUDI E OPINIONI

SRL CON CAPITALE RIDOTTO

in ordine alla quale i due autori appena citati ipotizzano, coerentemente con la propria tesi (e attribuendo al legislatore la colpa di avere dimenticato, parlando appunto di “cessione”, la successione *mortis causa*), la necessaria liquidazione degli eredi.

In ogni caso, il problema si intreccia inevitabilmente, a questo punto, con quello relativo alla **possibilità che la s.r.l a c.r. “ospiti” soci con meno di 35 anni**: perché se si ammettesse – come si è fatto in precedenza - questa possibilità, allora l’esito del raggiungimento della faticosa soglia da parte di un solo socio della semplificata potrebbe essere il passaggio all’altra società a capitale ridotto (con recupero, sotto quest’angolo visuale, dell’appetibilità della nostra figura societaria). Al riguardo va segnalato che, comunque, nemmeno alla dottrina più severa in punto di rispetto del requisito anagrafico nella semplificata appare accettabile che il raggiungimento del 35° anno da parte di un socio possa provocare *tout court* lo scioglimento della società, in quanto ciò comporterebbe la distruzione dei valori prodotti dall’attività sociale, in pieno contrasto con il generale principio della conservazione dell’ente. Conseguentemente, occorrerebbe ipotizzare l’esclusione del socio medesimo, a meno che lo stesso non concordi con gli altri soci un recesso volontario.

Va infine notato che nella prima versione della semplificata era appunto previsto che il venir meno del requisito anagrafico anche in capo ad un solo socio comportasse l’approdo al modello-base, in alternativa alla liquidazione. In questi termini, (anche) il successivo abbandono di una disposizione di questo tenore pare decisamente far propendere per la volontà legislativa di non considerare necessariamente transitoria la società.

4. Atto costitutivo “standard” e autonomia privata

Il richiamo generale, da parte dell’art. 44²¹, al secondo comma dell’art. 2463-bis consente di affermare che il divieto di conferire beni diversi dal denaro si applica anche alla s.r.l. a c.r.. Mentre la mancata ripetizione della formula relativa all’atto costitutivo standard sembra imporre che i soci che costituiscono una società a c.r. siano liberi nella redazione degli atti fondamentali: atto costitutivo e, appunto (!) statuto²². Questa

²¹ Anche in questo caso la tecnica legislativa lascia alquanto a desiderare: il primo comma richiama l’intera norma del codice, mentre il secondo comma si riferisce al secondo comma della stessa.

²² Segnalo qui una curiosità. E’ noto come in materia di s.r.l., dopo la riforma, la legge si riferisca esclusivamente all’atto costitutivo, ed è noto anche che, a prescindere dai tentativi, a mio parere non del tutto convincenti, di trovare adeguate motivazioni per questa scelta legislativa, nella pratica anche le s.r.l. di nuova costituzione continuano ad avere un proprio statuto separato. Ebbene, mi pare che una qualche incertezza sul punto palesi lo stesso decreto n. 138, ove, in modo bizzarro, si parla di “modello standard di atto costitutivo e statuto” (sia nell’intitolazione del decreto, sia nella rubrica dell’art. 1), per poi disporre, in modo almeno in

STUDI E OPINIONI

SRL CON CAPITALE RIDOTTO

soluzione pare da sostenersi con forza, ancorché non manchino indizi in senso contrario: lo stesso esordio del secondo comma art. 44, appena citato, potrebbe indurre a credere che sia richiamata anche la necessità dell'atto costitutivo-standard; ma pare ragionevole ritenere che il contenuto saliente di questo secondo comma (e dunque il motivo del richiamo) sia costituito dall'elenco degli elementi da inserire nell'atto costitutivo, e non già dal richiamo allo standard.

A questo proposito, però, in ordine alla semplificata si pone un altro problema interpretativo, quello relativo alla **inderogabilità, o meno, delle disposizioni contenute nel modello standard**. Al riguardo si potrebbe ritenere, in modo *tranchant*, che, essendo appunto l'adozione del suddetto modello – come si è detto - un contrappeso alle agevolazioni che la norma concede ai giovani imprenditori (tra cui, appunto, quella di non sostenere spese notarili²³), occorra seguire pedissequamente quest'ultimo schema.

Tuttavia il decreto che introduce il modello standard di atto costitutivo, affermando che per quanto non regolato dal modello stesso (in effetti molto scarno) si applicano le disposizioni in materia di s.r.l. “ove non derogate dalla volontà delle parti”, sembra aprire la strada ad “arricchimenti” da parte dei soci, sempre che questi siano compatibili con lo standard, nonché con le specifiche finalità della società semplificata. Ora, a prescindere dalle considerazioni di vertice in merito alla derogabilità di una norma di legge da parte di una disposizione regolamentare, **un'interpretazione rigida, probabilmente la più corretta**, comporterebbe l'impossibilità di introdurre nella semplificata, tra l'altro, diritti particolari per i soci, sistemi di amministrazione diversi da quello ordinario, cause di recesso ulteriori rispetto a quelle previste per legge o clausole di esclusione. L'eventuale introduzione di siffatte clausole andrebbe dunque valutata in termini di nullità/inefficacia per contrarietà a norme imperative. Con tutto quanto ne consegue in punto di applicabilità, ad esempio, degli artt. 1419 e 1424 (nullità parziale/conversione)²⁴. Se quanto precede corrisponde al vero, resterebbe spazio solo per modifiche minori e transitorie, non destinate a disciplinare stabilmente la vita della società (es.: durata del primo esercizio sociale o del primo organo di gestione)²⁵.

apparenza contraddittorio: “L'atto costitutivo, *recante anche le norme statutarie ...*”. Insomma, il Ministero della Giustizia non sembra prendere una posizione netta sulla questione, anche se è ragionevole pensare che il riferimento allo statuto riguardi il profilo contenutistico, piuttosto che il profilo della duplicazione dei documenti. Segnalo, del resto, che per BUSANI e BUSI, 1307, proprio per questi motivi si tratta di una società “senza statuto”.

²³ BUSANI e BUSI, 1308, fanno notare che l'adozione dello standard rende meno gravosa l'attività del notaio, anche se quest'ultima non viene certo meno, ad esempio con riferimento alla verifica dei poteri di firma dei contraenti che intervengano per procura, alla capacità giuridica dei soci, al regime patrimoniale dei coniugi, ecc.

²⁴ Per uno spunto in questo senso REVIGLIONE, 13.

²⁵ Così BUSANI e BUSI, 1313.

STUDI E OPINIONI

SRL CON CAPITALE RIDOTTO

Va peraltro notato che il ragionamento ora sviluppato viene revocato in dubbio, in sede per così dire ufficiale, da un parere espresso con la Circolare del Ministero dello Sviluppo economico n. 3657/C. In quella sede il Dipartimento incaricato, inserendo appieno la società semplificata nel paradigma della s.r.l., caratterizzato in chiave di ampia derogabilità della disciplina da parte dei soci, osserva che “**nulla impedisce alle parti di derogare allo schema tipico** mediante la pattuizione di un diverso contenuto di atto costitutivo e statuto per tutte le ipotesi in cui la normativa codicistica consente, appunto, una deroga negoziale”. Seguendo questa impostazione, si dovrebbe accedere all’idea che il modello standard rechi soltanto alcune clausole minime essenziali che, debitamente integrate dalla regolamentazione del codice, consentono il funzionamento della semplificata; e che ciò non impedisca dunque affatto integrazioni ulteriori da parte dell’autonomia privata.

Ora, il ragionamento svolto dal Ministero non può certo considerarsi privo di una sua logica e tra l’altro sembra andare decisamente nella direzione di chi – come chi scrive - vede nella semplificata una semplice sotto-categoria comunque riconducibile alla s.r.l.-base, e non un *genus* differente. Vi è tuttavia da domandarsi se, seguendosi questa via e consentendo dunque – come si trova scritto nel citato documento ministeriale – di introdurre, in via del tutto esemplificativa, clausole circa la individuazione delle materie per le quali le decisioni sono assegnate alla competenza dei soci, oppure l’emissione di titoli di debito, abbia ancora senso tracciare un parallelo, in termini per così dire sinallagmatici, tra agevolazioni godute dai soci in sede costitutiva e necessaria adesione allo standard²⁶. Ciò in quanto, in effetti, una cosa è una società che segua pedissequamente le indicazioni dello standard, integrate (in quanto per sé non autosufficienti) dalla disciplina di *default* prevista dal codice; cosa molto diversa è una società il cui atto costitutivo sia liberamente plasmabile dall’autonomia privata.

5. Le implicazioni connesse al capitale di un euro

Ora qualche considerazione di carattere generale con riferimento al principale elemento che accomuna le due figure in discorso, cioè la riduzione, fino ad un solo euro, della misura del capitale sociale²⁷. In particolare, collocandosi in una prospettiva sistematica, occorre valutare il possibile impatto dell’introduzione nel nostro ordinamento societario delle figure societarie in esame.

²⁶ Interessante quanto prospettato da BAUDINO, 38, peraltro prima dell’emanazione del decreto in materia di atto costitutivo standard: i soci potranno scegliere tra la costituzione della semplificata a costo zero, utilizzando il modello standard, oppure chiedere al loro professionista di predisporre un atto costitutivo “su misura”, rinunciando ai vantaggi economici.

²⁷ I versamenti vanno fatti direttamente agli amministratori, quindi per contanti oppure, se superano 1000 euro, assegni circolari, perché l’amministratore deve rilasciare quietanza (BUSANI e BUSI, 1310), secondo quanto dispone il modello standard di atto costitutivo.

STUDI E OPINIONI

SRL CON CAPITALE RIDOTTO

Sarebbe qui fuori luogo ripercorrere anche per brevi tratti il dibattito, in corso da ormai molti anni, circa l'effettiva funzionalità dell'istituto del capitale sociale e dunque circa l'opportunità di conservarlo²⁸. Mi limito dunque ad alcune osservazioni.

In primo luogo, se è corretto quanto si è detto in precedenza circa l'ascrivibilità delle due figure societarie in esame al modello/s.r.l., è comunque significativo che si continui a **conservare la previsione generale di un capitale minimo**, sia pure in ipotesi irrisorio: (anche) in questi termini, le due figure in esame si manifestano dunque come semplici varianti, nell'ambito di un principio che non viene derogato nella sostanza, ancorché in questo contesto il capitale cessi totalmente di assolvere ad una funzione di garanzia per i terzi, per conservare soltanto una funzione organizzativa e contabile²⁹.

Sotto quest'angolo visuale, peraltro, è stata espressa l'opinione secondo cui, introducendo la semplificata, il legislatore avrebbe "ulteriormente sviluppato il processo di equiparazione della s.r.l. alla società in nome collettivo"³⁰. Ora - limitandomi in questa sede a rammentare le suggestioni, sorte durante i lavori preparatori della Riforma, a considerare la società di capitali "minore" come una sorta di s.n.c. con soci tutti limitatamente responsabili, nonché a ricordare che, nonostante le predette suggestioni, gli interpreti si sono pressoché unanimemente espressi nel senso della persistente ascrivibilità del modello alla categoria delle società di capitali – non si può certo negare che la riduzione del capitale minimo ad una cifra simbolica, nonché (almeno) l'impossibilità di nominare amministratori estranei alla compagine sociale comportino una **(ulteriore) accentuazione della personalizzazione**.

E tuttavia proprio la già segnalata necessità, oggi, di storicizzare (e quindi, in una certa misura, di relativizzare) il concetto di tipo societario convince ad insistere nel non abbandonare la strada della società capitalistica, sia pure, per così dire, a capitalismo attenuato³¹. Dovendosi ancora considerare insuperabile – ad avviso di chi scrive – la circostanza che, in ogni caso, i soci della semplificata non rischiano nell'iniziativa economica, *almeno nella semplice posizione di soci*, il proprio patrimonio personale (ciò a prescindere dalla circostanza, che presumibilmente si verificherà assai

²⁸ Su questo argomento rinvio, per tutti, a PORTALE, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con "capitale destinato"* (*Capitale sociale quo vadis?*), *Riv.soc.*, 2010, 1237 ss..

²⁹ Così BAUDINO, 32.

³⁰ Ancora BAUDINO, 25.

³¹ O, meglio, ancor più attenuato di quanto lo sia il modello-base; sul punto, per tutti, ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il codice civile commentato*, diretto da Busnelli, Milano, 2010, 53 ss..

STUDI E OPINIONI

SRL CON CAPITALE RIDOTTO

spesso, che i soci abbiano prestato in qualche modo garanzia ai finanziatori³²).

Se, dunque, le due figure in esame costituiscono, come specificato, semplici varianti, esse presentano peraltro una non trascurabile valenza proprio sotto il profilo sistematico. E' vero, infatti, che, in ordine a strutture societarie costituite con un euro o comunque un capitale del tutto irrisorio, è, appunto, facilmente prevedibile un'ulteriore **accentuazione del fenomeno dell'intervento "diretto" dei soci**, dunque solo formalmente responsabili per le obbligazioni sociali soltanto "fino alla quota" (e ciò sia a livello di richiesta, da parte delle banche, di garanzie personali, sia sotto il profilo della postergazione "sistematica" dei finanziamenti eventualmente concessi dai soci³³).

Ma è altrettanto vero – com'è stato osservato³⁴ - che una società di questo genere cessa definitivamente di essere un ente dotato di risorse irreversibilmente destinate dai fondatori all'esercizio dell'attività produttiva, per divenire un **"puro centro collettore di risorse esterne"**. Infatti chi costituisce la società apporta a questa le proprie capacità (e sotto quest'angolo visuale si può a buona ragione lamentare la mancata previsione della possibilità di conferimenti d'opera³⁵), ma non attribuisce alla stessa, se non in una misura che può appunto essere irrisoria (e, quanto meno, in via diretta), proprie risorse economiche.

Va poi ancora osservato che, con riferimento ad entrambe le società a capitale ridotto, la legge italiana non ha accolto il meccanismo proprio di altri sistemi, che obbligano ad aumentare progressivamente il capitale mediante accantonamento di utili (come accade in Germania), e comunque non ha previsto meccanismi di protezione dei creditori alternativi rispetto al sistema del capitale. Questa circostanza è idonea a produrre, tra l'altro, rilevanti problemi interpretativi, ad esempio con riferimento all'applicabilità – via richiamo generale alla disciplina del modello-base – della normativa sulla riduzione del capitale per perdite. Infatti, a differenza di quanto accade con riferimento alle *start-up* innovative³⁶, la disciplina non deroga alla comune normativa in materia di capitale sociale. O meglio, non contiene alcuna regola specifica al riguardo, il che pone il problema dell'applicabilità del sistema "comune" (non potendosi ritenere esaustivo il generale richiamo alla normativa della s.r.l.-base, stante il

³² In questi termini, quindi, a differenza dei soci di s.n.c., il coinvolgimento del patrimonio personale non sarebbe direttamente connesso alla qualità di soci *tout court*.

³³ Segnalo che SALAFIA, *Società*, 2012, 154, ha contestato l'applicabilità della norma dell'art. 2467, in quanto si tratterebbe di disposizione contrastante con l'obiettivo di agevolare il ricorso al nuovo strumento societario.

³⁴ CIAN, 1122.

³⁵ Sul punto relativo alla natura dei beni conferibili si veda comunque anche più oltre.

³⁶ Cfr. art. 26, comma 1, del cd. "decreto sviluppo-bis".

STUDI E OPINIONI

SRL CON CAPITALE RIDOTTO

vincolo della compatibilità).

A questo riguardo, nonostante le indubbe implicazioni/complicazioni di carattere pratico che essa reca³⁷, pare condivisibile la tesi³⁸ secondo cui, proprio perché sono assenti misure alternative di salvaguardia della posizione dei creditori, **de vono trovare applicazione le comuni tutele del capitale sociale** (compreso il divieto di distribuire utili finché il capitale perduto non sia reintegrato). Con la precisazione che le stesse in sostanza si declinano, in una società che può avere un solo euro di capitale, come imposizione ai gestori dell'obbligo di mantenere un equilibrio tra passività e attività della società.

E' evidente, peraltro, che la concreta applicazione di alcune delle norme ordinarie poste a tutela del capitale richiede una certa dose di fantasia. In particolare, con riferimento alle fattispecie della riduzione del capitale al di sotto del minimo legale (art. 2482-ter), la circostanza che questo possa corrispondere ad un solo euro risolve inevitabilmente le suddette fattispecie in casi di perdita totale del capitale, con tutto quanto ne discende, in particolare, in ordine alla problematica della conservazione dello *status* in capo a tutti i soci³⁹.

Osservo poi che le precedenti considerazioni inducono la prima dottrina che si è occupata della materia ad ipotizzare un atteggiamento di maggiore rigore della giurisprudenza con riferimento all'operato degli amministratori (ed eventualmente dei soci, via art. 2476, comma 7).

Infine, con riferimento ad entrambe le figure in discorso⁴⁰ i conferimenti devono

³⁷ In merito alle quali pare senz'altro legittimo lamentare un mancato intervento del legislatore, magari sulla scorta di alcune esperienze di altri Paesi (anche) europei, nei quali le riflessioni circa la problematica del capitale sociale (e della sua assenza) hanno raggiunto un più elevato livello di maturazione.

³⁸ Accolta da Assonime e BUSANI-BUSI, 1318; in termini opposti BAUDINO, 29, secondo il quale la circostanza stessa che il capitale possa essere fissato in un solo euro comporta necessariamente l'inapplicabilità di quel complesso di norme che salvaguardano l'intangibilità del capitale e, per converso, "comporta l'accettazione del principio che la società possa costituirsi e operare con un patrimonio netto anche significativamente negativo". L'accoglimento di questa tesi, peraltro, comporta necessariamente la "costruzione" di una serie di regole alternative, che l'autore appena citato non esprime in modo convincente.

³⁹ Suggestiva la soluzione che di questa ipotesi dà BAUDINO, 30 s.: la riduzione del capitale sotto il minimo (e quindi, in ipotesi, il suo azzeramento) non costringerebbe i soci ad un immediato intervento; soltanto in caso del persistere di una tale situazione nel tempo potrebbe trovare applicazione lo scioglimento per impossibilità di conseguire l'oggetto sociale.

⁴⁰ In base all'art. 2463-bis, secondo comma, n. 3, e dunque esplicitamente, per quanto riguarda la semplificata; in via interpretativa, e sulla scorta dell'esordio dell'art. 44, per la s.r.l. a c.r.

STUDI E OPINIONI

SRL CON CAPITALE RIDOTTO

farsi necessariamente in denaro (e devono essere interamente versati⁴¹ !); ora, ancorché la suddetta limitazione possa trovare giustificazione in considerazioni fondate sulla maggiore semplicità del procedimento, si può obiettare che un divieto assoluto di conferire beni in natura appare troppo severo⁴², specie con riferimento ai settori più innovativi, nonché ribadire che sarebbe stato forse opportuno consentire i conferimenti d'opera⁴³.

6. Le fattispecie “trasformative”

La conclusione favorevole alla riconducibilità di entrambe le nuove figure societarie all'interno del modello-base ha ovviamente un riflesso immediato in punto di “passaggio” da una di queste al modello-base stesso, e viceversa. In particolare, ove pure questi passaggi siano ammissibili, non si potrà parlare di trasformazione, in quanto – anche dopo l'autentico stravolgimento che l'istituto ha conosciuto a seguito della riforma del 2003 – **resta senz'altro fermo che di trasformazione non si possa mai parlare ove ci si muova all'interno del medesimo modello**, societario o no⁴⁴.

Riflesso di questa posizione è che, in generale, non può essere riconosciuto al socio il diritto di recesso (ferma restando, peraltro, la possibilità – da indagare – che sia l'atto costitutivo, (almeno) della srl a c.r., a prevedere questa specifica opportunità di *exit* per il socio che non sia d'accordo).

Ciò detto, e come anticipato, le superiori considerazioni non importano però affatto che si possa liberamente passare da una figura all'altra. O meglio: mentre il fenomeno “progressivo” appare per certi versi naturale (del resto, se le due nuove

⁴¹ Con la paradossale conseguenza che, se è vero che l'indicazione di un capitale minimo di misura irrisoria è senza dubbio dettata come misura agevolativa, la circostanza che al momento della costituzione (ma, con ogni probabilità, anche nel caso di aumento del capitale) debba appunto essere effettuato l'intero versamento, per le cifre superiori a 2.500 euro i fondatori vengono a privarsi immediatamente di risorse superiori rispetto a quanto accade per le s.r.l. comuni non unipersonali. E sotto quest'ultimo angolo visuale, posto che entrambe le figure possono essere costituite anche per atto unilaterale, deve constatarsi che viene meno uno degli elementi di differenziazione con le società composte da più di un socio.

⁴² Secondo BAUDINO, 23, che peraltro non giustifica la propria affermazione, è invece ipotizzabile che conferimenti in natura vengano effettuati in sede di aumento del capitale. Alla stessa conclusione giunge anche la citata circolare dell'Assonime, secondo la quale, però, questa soluzione sarebbe indispensabile onde consentire l'aumento del capitale a titolo gratuito, che sostanzialmente è un aumento in natura !

⁴³ Sul punto ancora BAUDINO, 36: l'autore sostiene che il problema potrebbe essere risolto con un disposizione statutaria che vincoli i soci ad eseguire prestazioni accessorie.

⁴⁴ In altri termini, i suddetti passaggi darebbero origine ad un fenomeno simile alla cd regolarizzazione della società di persone.

STUDI E OPINIONI

SRL CON CAPITALE RIDOTTO

figure, a seguito di un aumento del capitale, raggiungano i 10 k, esse evolveranno automaticamente in s.r.l.-base, con contestuale cambiamento della denominazione sociale⁴⁵), **la conversione da s.r.l.-base a s.r.l. a capitale ridotto** (termine, in questo caso, comprensivo di entrambe le figure) **non sembra possibile**, in quanto appunto incompatibile con la disciplina del capitale minimo.

Al riguardo, si potrebbe obiettare che, se il legislatore ha voluto consentire la nascita di società di capitali con un solo euro, contraria al principio di conservazione dovrebbe essere considerata la conclusione secondo cui la s.r.l.-base non può “scendere di livello”, ma, riducendosi il capitale sotto il minimo, deve andare incontro allo scioglimento, salvo che i soci non decidano un immediato aumento del capitale⁴⁶. Queste considerazioni troverebbero, in particolare, sostegno nella circostanza che divieti di “downgrade” non emergono, nemmeno implicitamente, dalla disciplina⁴⁷.

Tale obiezione, però, è superabile in base alla considerazione che il beneficio accordato mediante l’introduzione dei due modelli (oltre che del modello *start-up*) “ha la funzione di incentivare l’attivazione di nuove iniziative economiche e non potrebbe dunque parimenti giustificare la permanenza in vita di iniziative originariamente più ambiziose e rivelatesi infauste”⁴⁸. Considerazioni, queste, che sembrano valere *a fortiori* per la s.r.l. semplificata, ancora più marcatamente caratterizzata come forma di iniziativa *nuova* (e si pensi, ancora una volta, alla standardizzazione “legale” dell’atto fondativo).

Infine, mentre il passaggio da s.r.l. a c.r. a società semplificata non appare nemmeno concepibile, la legittimità del passaggio opposto è del tutto naturale, una volta che sia accettato – come prospettato, sia pure in termini problematici, nel par. 3 – (i) che il compimento dei 35 anni da parte anche di un solo socio della semplificata dia luogo allo scioglimento dell’ente e (ii) che la struttura dell’altra figura societaria qui analizzata “sopporti” la presenza di soci *under* 35.

⁴⁵ Modifica che di per sé – come giustamente scrive CIAN, 1105 - non ha alcuna rilevanza sul versante tipologico.

⁴⁶ In termini diversi, a quanto pare, CAGNASSO, 18, il quale peraltro non approfondisce il discorso; nonché, anche lui senza motivare, BAUDINO, 34.

⁴⁷ BUSANI-BUSI, 1318.

⁴⁸ Così ancora CIAN, 1107.

**I CONTRATTI PUBBLICI DI
APPALTO: IN PARTICOLARE QUELLI
DI SERVIZI E FORNITURA. L'ISTITUTO
DELL'AVVALIMENTO QUALE
PREVISTO DAL D.LG. 163/06 (C.D.
"CODICE DEGLI APPALTI PUBBLICI) E
IL PROBLEMA DEI CONTRATTI
RELATIVI A SERVIZI, FORNITURE E
ALTRE IPOTESI SPURIE**

L'Autore, riallacciandosi all'articolo pubblicato su questa rivista, n. 13/2012, pagg. 32 e segg. e relativo all'istituto dell'avvalimento in tema di lavori pubblici, completa la disamina sull'avvalimento in tema di servizi e forniture.

di **MARCO CASAVECCHIA**

1. L'art. 49 del codice degli appalti (di seguito "codice"), al primo comma, asserisce quanto segue:

Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'art. 34, **in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture** può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto.

Il successivo art. 50 del medesimo codice si riferisce espressamente ai contratti pubblici di lavori, anche se, nel comma 4, asserisce: "*Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei servizi e forniture*" (vedi regolamento: art. 88, commi 2, 5 e 7; art. 91, comma 1; art. 104, commi 2 e 3).

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

Avendo, in un precedente articolo¹, esaminato l'istituto dell'avvalimento in relazione ai contratti pubblici di *lavori*, non rimane che l'esame dei residui contratti (di *servizi* e di *forniture*) previsti dal codice.

Venendo ai contratti pubblici di *servizi*, va evidenziato che, secondo il codice, si hanno diverse categorie di servizi.

(1) Vi sono quelli elencati nell'**Allegato II A** del codice che, per comodità del lettore, si trascrivono:

¹ Detto articolo, intitolato: "*I contratti pubblici di appalto. I soggetti che possono essere appaltatori. L'istituto dell'avvalimento quale previsto dal d.lg. 163/06 (c.d. Codice degli appalti pubblici) in materia di lavori pubblici*", è stato pubblicato in questa rivista, nel n. 13/2012 (pagg. 32 e segg.).

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

Categorie	Denominazione	Numero di riferimento CPC (1)	Numero di riferimento CPV
1	Servizi di manutenzione e riparazione	6112, 6122, 633, 886	da 50100000 a 50982000 (eccetto 50310000 a 50324200 e 50116510-9, 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0)
2	Servizi di trasporto terrestre (2), inclusi i servizi con furgoni blindati, e servizi di corriere ad esclusione del trasporto di posta	712 (eccetto 71235), 7512, 87304	da 60112000-6 a 60129300-1 (eccetto 60121000 a 60121600, 60122200-1, 60122230-0), e da 64120000-3 a 64121200-2)
3	Servizi di trasporto aereo di passeggeri e merci, escluso il trasporto di posta	73 (eccetto 7321)	da 62100000-3 a 62300000-5 (eccetto 62121000-6, 62221000-7)
4	Trasporto di posta per via terrestre (2) e aerea	71235, 7321	60122200-1, 60122230-0 62121000-6, 62221000-7
5	Servizi di telecomunicazione	752	da 64200000-8 a 64228200-2, 72318000-7, e da 72530000-9 a 72532000-3
6	Servizi finanziari: a) servizi assicurativi b) servizi bancari e finanziari (3)	ex 81, 812, 814	da 66100000-1 a 66430000-3 e da 67110000-1 a 67262000-1 (3)
7	Servizi informatici ed affini	84	da 50300000-8 a 50324200-4, da 72100000-6 a 72591000-4 (eccetto 72318000-7 e da 72530000-9 a 72532000-3)
8	Servizi di ricerca e sviluppo (4)	85	da 73000000-2 a 73300000-5 (da 73200000-4, 73210000-7, 7322000-0)
9	Servizi di contabilità, revisione dei conti e	862	da 74121000-3 a 74121250-0

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

	tenuta dei libri contabili		
10	Servizi di ricerca di mercato e di sondaggio dell'opinione pubblica	864	da 74130000-9 a 74133000-0, e 74423100-1, 74423110-4
11	Servizi di consulenza gestionale (5) e affini	865, 866	da 73200000-4 a 73220000-0, da 74140000-2 a 74150000-5 (eccetto 74142200-8), e 74420000-9, 74421000-6, 74423000-0, 74423200-2, 74423210-5, 74871000-5, 93620000-0
12	Servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, anche integrata; servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica; servizi affini di consulenza scientifica e tecnica; servizi di sperimentazione tecnica e analisi	867	da 74200000-1 a 74276400-8, e da 74310000-5 a 74323100-0, e 74874000-6
13	Servizi pubblicitari	871	da 74400000-3 a 74422000-3 (eccetto 74420000-9 e 74421000-6)
14	Servizi di pulizia degli edifici e di gestione delle proprietà immobiliari	874, da 82201 a 82206	da 70300000-4 a 70340000-6, e da 74710000-9 a 74760000-4
15	Servizi di editoria e di stampa in base a tariffa o a contratto	88442	da 78000000-7 a 78400000-1
16	Eliminazione di scarichi di fogna e di rifiuti; disinfezione e servizi analoghi	94	da 90100000-8 a 90320000-6, e 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0
<p>(1) Nomenclatura CPC (versione provvisoria), utilizzata per definire l'ambito di applicazione della direttiva 93/38/CEE.</p> <p>(2) Esclusi i servizi di trasporto per ferrovia che rientrano nella categoria 18.</p>			

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

| (3) Ad esclusione dei contratti dei servizi finanziari relativi
| all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di
| altri strumenti finanziari, nonché dei servizi forniti da banche centrali. |
| (4) Ad esclusione dei servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli di cui |
| beneficiano esclusivamente le amministrazioni aggiudicatrici per loro uso |
| nell'esercizio della propria attività, nella misura in cui la prestazione di |
| servizi sia interamente retribuita da dette amministrazioni. |
| (5) Esclusi i servizi di arbitrato e di conciliazione. |

(1) In caso di interpretazione divergente tra CPV e CPC, si applica la nomenclatura CPC.

Tali servizi sono soggetti alle disposizioni del codice se aventi rilevanza comunitaria (artt. 202 e 28) e a quelle degli artt. 121 e 124-125 se "sotto soglia comunitaria".

Le norme del codice vanno, poi, integrate da quelle del dpr 5-10-2010, n. 207 (di seguito: <<regolamento>>²).

In particolare le norme di cui all'art. 28/1 lett. a) e b) del codice, vanno integrate con quelle dell'art. 325/1 del regolamento. Quelle dell'art. 124 e 125 del codice, vanno integrate con quelle di cui agli artt. 146/1, 173/2, 174/1, 224/3, 267/10, 284/1, 326, 328/3, 329/1, 330/1, 331/1, 332/1, 333/1 e 334/1 del regolamento.

(1.1) Tra tali servizi rilevano, in particolare, quelli della cat. 12 (*Servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*), previsti dagli artt. 90-112-bis, 120/2-bis e 235-237 (articoli, questi ultimi, che disciplinano i *concorsi di progettazione* nei *settori speciali* e se di importo pari o superiore a 422.000 euro, IVA esclusa). L'art. 91 disciplina poi le procedure di affidamento di incarichi di *progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo* se di importo pari o superiore a 100.000,00 euro. L'articolo 238 disciplina i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei *settori speciali* sotto soglia comunitaria. Questi articoli vanno poi integrati con quelli nn. 14-59 (sulla *progettazione*), 252-267 (sui *contratti pubblici relativi a servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria nei settori ordinari*), 339-341 (per i *settori speciali e di importo infracomunitario*) del regolamento, nonché con quelli nn. 3/1, lett. e), 10/1 lett. d), 252/5 e 261/1 del medesimo regolamento.

Vi sono poi norme specifiche per i *lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi* (Parte II, Titolo III, capo IV del codice): tra queste rilevano quelle sulla *progettazione in generale* (artt. 164-172), nonché quelle dell'Allegato XXI (Allegato tecnico all'art. 164).

(1.1.1) Il codice prevede, poi, norme specifiche per le *attività di progettazione, direzione lavori e accessorie* per i contratti relativi ai *beni culturali* (artt. 202-204).

² La menzione di articoli non seguita da altra specificazione va riferita al codice (degli appalti).

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

Dette norme vanno integrate con quelle di cui agli articoli 241/2, 242/6, 247/2 e 3 del regolamento.

Per tali contratti, l'art. 253/30, ultimi due periodi, asseriva quanto segue: fino alla data di entrata in vigore della disciplina regolamentare di cui ai commi 1 e 3 dell'articolo 201, le stazioni appaltanti possono individuare, quale ulteriore requisito di partecipazione al procedimento di appalto, l'avvenuta esecuzione, nell'ultimo decennio, di lavori nello specifico settore cui si riferisce l'intervento, individuato in base alla tipologia dell'opera oggetto di appalto. Ai fini della valutazione della sussistenza di detto requisito, possono essere utilizzati unicamente i lavori effettivamente realizzati dal soggetto esecutore, anche in esecuzione di cottimi e subaffidamenti.

Ora, con l'entrata in vigore del regolamento (pubblicato il 10-12-2010 ed entrato in vigore secondo le norme dell'art. 359), la disposizione sopra trascritta è stata superata.

(1.1.1.1.) Si richiamano, altresì, le norme sui “*contratti nell'ambito di attuazione della legge 26-2-1987, n. 49*” (contratti eseguiti all'Estero) di cui agli articoli 343-350 sul regolamento e le norme sui “*Lavori su immobili all'estero ad uso dell'amministrazione del Ministero degli Affari Esteri*” di cui agli articoli 351-356 del medesimo regolamento. Tra dette norme, alcune riguardano la *progettazione* (artt. 345-346 e 352-353), oltre la *direzione lavori* (artt. 348 e 354) e altre ancora il *collaudo* (art. 349 e 355).

(1.1.1.2.) Il regolamento, poi, menziona in particolare la “*Finanza di progetto nei servizi*” (art. 278), la “*Progettazione di servizi e forniture e concorsi di progettazione di servizi e forniture*” (art. 279), i “*Servizi sostitutivi di mensa*” (art. 285), i “*Servizi di pulizia*” (dpcm 13-3-1999 e art. 286).

(1.2) Rilevano, altresì, le norme sui *rifiuti* di cui al d.lg. 152/2006 e tutti gli altri *servizi* disciplinati da tale testo normativo per il cui affidamento si applichi il codice.

(2) Vi sono poi i servizi elencati nell'**Allegato II B** del codice che, anche qui e per comodità del lettore, si trascrive:

Per tali servizi, gli artt. 20/1 e 21 prescrivono quanto segue:

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

Categorie	Denominazione	Numero di riferimento CPC	Numero di riferimento CPV
17	Servizi alberghieri e di ristorazione	64	da 55000000-0 a 55524000-9, e da 93400000-2 a 93411000-2
18	Servizi di trasporto per ferrovia	711	60111000-9, e da 60121000-2 a 60121600-8
19	Servizi di trasporto per via d'acqua	72	da 61000000-5 a 61530000-9, e da 63370000-3 a 63372000-7
20	Servizi di supporto e sussidiari per il settore dei trasporti	74	62400000-6, 62440000-8, 62441000-5, 62450000-1, da 63000000-9 a 63600000-5 (eccetto 63370000-3, 63371000-0, 63372000-7), e 74322000-2, 93610000-7
21	Servizi legali	861	da 74110000-3 a 74114000-1
22	Servizi di collocamento e reperimento di	872	da 74500000-4 a 74540000-6 (eccetto

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

	personale (1)		74511000-4), e da	
			5000000-2 a 95140000-5	
23	Servizi di investigazione e di sicurezza, eccettuati i servizi con furgoni blindati	873 (tranne 87304)	da 74600000-5 a 74620000-1	
24	Servizi relativi all'istruzione, anche professionale	92	da 80100000-5 a 80430000-7	
25	Servizi sanitari e sociali	93	74511000-4, e da 85000000-9 a 85323000-9 (eccetto 85321000-5 e 85322000-2)	
26	Servizi ricreativi, culturali e sportivi	96	da 74875000-3 a 74875200-5, e da 92000000-1 a 92622000-7 (eccetto 92230000-2)	
27	Altri servizi			
(1) Esclusi i contratti di lavoro.				

*** art. 20:**

1. L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati).

2. Gli appalti di servizi elencati nell'Allegato II A sono soggetti alle disposizioni del presente codice.

*** art. 21:**

1. Gli appalti aventi per oggetto sia servizi elencati nell'allegato II A che servizi elencati nell'allegato II B sono aggiudicati conformemente all'articolo 20, comma 1

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

se il valore dei servizi elencati nell'allegato II B sia superiore al valore dei servizi elencati nell'allegato II A.

(3) Gli articoli 16-27 del codice elencano, poi, alcuni contratti (tra i quali alcuni di servizi o misti³ con forniture) *esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice.*

Tali articoli elencano i seguenti contratti: (a) quelli relativi alla *produzione e al commercio di armi, munizioni e materiale bellico* (art. 16); (b) quelli *segretati o che esigono particolari misure di sicurezza* (art. 17); (c) quelli *aggiudicati in base a norme internazionali* (art. 18); (d) quelli *esclusi nel settore delle telecomunicazioni* (art. 22); (e) quelli relativi a *servizi al pubblico di autotrasporto mediante autobus* (art. 23); (f) quelli *aggiudicati per l'acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia* (art. 25); (g) i contratti di *sponsorizzazione* (art.

³ Per i contratti "misti", il codice detta particolari prescrizioni agli artt. 14 e 15.

*** art. 14 (Contratti misti).**

1. I contratti misti sono contratti pubblici aventi per oggetto: lavori e forniture; lavori e servizi; lavori, servizi e forniture; servizi e forniture.

2. I contratti misti sono considerati appalti pubblici di lavori, o di servizi, o di forniture, o concessioni di lavori, secondo le disposizioni che seguono:

a) un contratto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione è considerato un «appalto pubblico di forniture»;

b) un contratto pubblico avente per oggetto prodotti e servizi di cui all'allegato II è considerato un «appalto pubblico di servizi» quando il valore dei servizi supera quello dei prodotti oggetto dell'appalto;

c) un contratto pubblico avente per oggetto dei servizi di cui all'allegato II e che preveda attività ai sensi dell'allegato I solo a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto è considerato un «appalto pubblico di servizi»;

3. Ai fini dell'applicazione del comma 2, l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto.

4. L'affidamento di un contratto misto secondo il presente articolo non deve avere come conseguenza di limitare o escludere l'applicazione delle pertinenti norme comunitarie relative all'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture, anche se non costituiscono l'oggetto principale del contratto, ovvero di limitare o distorcere la concorrenza.

*** art. 15 (Qualificazione nei contratti misti).**

1. L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto, deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto.

26); (h) quelli espressamente esclusi dalla disciplina del codice di cui all'art. 19, per il quale:

1. Il presente codice non si applica ai contratti pubblici:

a) aventi per oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni; tuttavia, i contratti di servizi finanziari conclusi anteriormente, contestualmente o successivamente al contratto di acquisto o di locazione rientrano, a prescindere dalla loro forma, nel campo di applicazione del presente codice⁴;

b) aventi per oggetto l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o coproduzione di programmi destinati alla trasmissione da parte di emittenti radiotelevisive e appalti concernenti il tempo di trasmissione;

c) concernenti i servizi d'arbitrato e di conciliazione;

d) concernenti servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari, in particolare le operazioni di approvvigionamento in denaro o capitale delle stazioni appaltanti, nonché i servizi forniti dalla Banca d'Italia;

e) concernenti contratti di lavoro;

f) concernenti servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente alla stazione appaltante, perché li usi nell'esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione.

2. Il presente codice non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ad un'altra amministrazione aggiudicatrice o ad un'associazione o consorzio di amministrazioni aggiudicatrici, in base ad un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato.

Per tutti i contratti sub (3), l'art. 27 (*Principi relativi ai contratti esclusi*) asserisce:

1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. L'affidamento dei contratti di finanziamento, comunque stipulati, dai concessionari di lavori pubblici che sono amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori avviene nel rispetto dei principi di cui al presente comma e deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti.

⁴ Per i *contratti di locazione finanziaria* v.nsi, comunque, gli articoli 3/15-bis, 3/15-ter e 160-bis del codice.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

2. Si applica altresì l'articolo 2, commi 2, 3 e 4.

3. **Le amministrazioni aggiudicatrici stabiliscono se è ammesso o meno il subappalto, e, in caso affermativo, le relative condizioni di ammissibilità. Se le amministrazioni aggiudicatrici consentono il subappalto, si applica l'articolo 118.**

(4) La PARTE TERZA del Codice relativa ai contratti pubblici di *lavori, servizi e forniture nei SETTORI SPECIALI* (artt. 206-238) elenca, tra gli altri, alcuni ulteriori servizi relativi: (1) all'*acqua, energia termica ed elettricità* (art. 208); (b) all'*acqua* (art. 209); (c) ai *servizi di trasporto* (art. 210); (d) ai *servizi postali* (art. 211); (e) nonché a quelli menzionati negli artt. 212-214. Trattasi di *servizi* (non rileva, nella presente disamina, distinguere questi dai *lavori* e dalle *forniture*) relativi ai c.d. *settori speciali* di cui alcuni di rilevanza comunitaria (artt. 206-237) e altri *sotto soglia comunitaria* (art. 238).

Per alcuni di tali contratti (locuzione che va riferita a quelli di *lavori, servizi e forniture*) gli articoli 31 e 32 prescrivono, rispettivamente, quanto segue:

* **art. 31** (*Contratti nei settori del gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, sfruttamento di area geografica*):

1. Fatto salvo quanto disposto dall'articolo 32 (Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori), le disposizioni contenute nella parte II non si applicano ai contratti di cui alla parte III (settori del gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica), che le stazioni appaltanti che esercitano una o più delle attività di cui agli articoli da 208 a 214 aggiudicano per tali attività.

* **art. 32** (*Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori*):

1. **Salvo quanto dispongono il comma 2 e il comma 3, le norme del presente titolo, nonché quelle della parte I, IV e V, si applicano in relazione ai seguenti contratti, di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 28:**

a) lavori, **servizi, forniture**, affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici;

b) appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, nei limiti stabiliti dall'articolo 142;

c) lavori, **servizi, forniture affidati dalle società con capitale pubblico**, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali⁵;

⁵ Sul punto, v. si l'art. 4 del d.l. 138/2011, convertito nella l. 148/2011, modificato dall'art. 9 della l. 183/2011 e dall'art. 25 del d.l. 1/2012, convertito nella l. 27/2012. Tale articolo è stato, comunque, dichiarato incostituzionale con sentenza della Corte Cost. del 20-7-2012, n. 199.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

d) lavori, affidati da soggetti privati, di cui all'allegato 1, nonché lavori di edilizia relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari, edifici destinati a funzioni pubbliche amministrative, di importo superiore a un milione di euro, per la cui realizzazione sia previsto, da parte dei soggetti di cui alla lettera a), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell'importo dei lavori;

e) appalti di servizi, affidati da soggetti privati, relativamente ai servizi il cui valore stimato, al netto dell'i.v.a., sia pari o superiore a 211.000 euro, allorché tali appalti sono connessi ad un appalto di lavori di cui alla lettera d) del presente comma, e per i quali sia previsto, da parte dei soggetti di cui alla lettera a), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell'importo dei servizi;

f) lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice;

g) lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150. L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il permesso di costruire presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del permesso di costruire, un progetto preliminare delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto. L'amministrazione, sulla base del progetto preliminare, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 55. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e le esecuzioni di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per gli oneri di sicurezza;

h) lavori, **servizi, forniture** affidati dagli enti aggiudicatori di cui all'articolo 207, qualora, ai sensi dell'articolo 214, devono trovare applicazione le disposizioni della parte II anziché quelle della parte III del presente codice.

2. Ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f), g) non si applicano gli articoli 63; 78, comma 2; 90, comma 6; 92; 128; in relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo. Ai soggetti di cui al comma 1, lettere c) ed h), non si applicano gli articoli 78, comma 2; 90, comma 6; 92; 128; in relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

3. Le società di cui al comma 1, lettera c) non sono tenute ad applicare le disposizioni del presente codice limitatamente alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite, se ricorrono le seguenti condizioni:

- 1) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica;
- 2) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal presente codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;
- 3) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

4. Il provvedimento che concede il contributo di cui alle lettere d) ed e) del comma 1 deve porre come condizione il rispetto, da parte del soggetto beneficiario, delle norme del presente codice. Fatto salvo quanto previsto dalle eventuali leggi che prevedono le sovvenzioni, il cinquanta per cento delle stesse può essere erogato solo dopo l'avvenuto affidamento dell'appalto, previa verifica, da parte del sovvenzionatore, che la procedura di affidamento si è svolta nel rispetto del presente codice. Il mancato rispetto del presente codice costituisce causa di decadenza dal contributo.

(5) Infine vi sono i *servizi* oggetto di *concessione* (v.si art. 3, commi 3, 11 e 12) per i quali gli articoli 30 e 216 prescrivono, rispettivamente, quanto segue:

* **art. 30** (*Concessione di servizi*):

1. Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi.
2. Nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.
3. La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.
4. Sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

5. Restano ferme, purché conformi ai principi dell'ordinamento comunitario le discipline specifiche che prevedono, in luogo delle concessione di servizi a terzi, l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici.
6. Se un'amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non è un'amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico, l'atto di concessione prevede che, per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.
7. Si applicano le disposizioni della parte IV. Si applica, inoltre, in quanto compatibile l'articolo 143, comma 7⁶.

* **art. 216** (*concessione di lavori e di servizi*):

1. Salva l'applicazione dell'articolo 30 in tema di concessione di servizi, la presente parte non si applica alle concessioni di lavori e di servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitano una o più attività di cui agli articoli da 208 a 213, quando la concessione ha per oggetto l'esercizio di dette attività.

1-bis. Il concessionario che non sia uno degli enti aggiudicatori che esercitano una o più attività di cui agli articoli da 208 a 213, scelto senza il ricorso ad una procedura di gara aperta o ristretta, è tenuto ad applicare le stesse disposizioni alle quali sono assoggettati i predetti enti.

(Le disposizioni sulle *concessioni di servizi* vanno integrate con quelle di cui agli articoli 278, commi 3 e 4 del regolamento).

(5.1) Non vanno, poi, confuse con le *concessioni di servizi*, quelle di *lavori* (artt. 3/11 e 142-147) e l'istituto del *project financing* (artt. 152-160), anche se l'art. 152/3 del codice afferma che: “*Le disposizioni del presente capo [e cioè quelle sul “promotore finanziario, società di progetto e disciplina della locazione finanziaria per i lavori e del contratto di disponibilità” si applicano, in quanto compatibili, anche ai servizi con le modalità fissate dal regolamento]*”⁷. Sebbene il **Capo III** includa la “*Locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità*” (artt. 3/15-bis e 160-bis) e il “*Contratto di disponibilità*” (artt. 3-15-bis.1 e 160-ter), non pare che la materia dei servizi possa comprendere tali due ulteriori contratti.

Rientrano nella categoria delle *concessioni di lavori pubblici*, le *concessioni relative a infrastrutture* di cui all'art. 174 e quelle sul *promotore* (art. 175). E, entro certi limiti, il c.d. “*Affidamento unitario a contraente generale*” (artt. 173/1 lett. b e 176).

⁶ Sul punto, vnsi, in particolare: **R. De Nictolis**, Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture, EPC Ed., 2010, 737 e segg.; **R. Caranta**, I contratti pubblici, Giappichelli, 2012, 161 e segg.

⁷ V.si, in ordine alla “*Finanza di progetto nei servizi*” anche l'art. 278 del regolamento.

5.(2). Per i *servizi* di cui al precedente punto 1.(1) e cioè per i servizi di cui all'**Allegato II A** al codice, i problemi relativi all'*avvalimento* che si presentano sono, in parte, analoghi a quelli già visti per i *lavori* e ciò se si suppone che l'intera normativa di cui all'art. 49 si applichi a detti contratti. E cioè si suppone che il comma 2 (allorchè fa riferimento alla *eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria*) e il comma 6 (che parla di *lavori*), non escludano dalle relative discipline i contratti di servizi e di forniture, bensì precisino unicamente che, rispettivamente, in caso di lavori le imprese ausiliate e ausiliarie devono presentare l'attestazione SOA (comma 2) e le imprese ausiliate possono avvalersi di una o più imprese ausiliarie a certe condizioni e in relazione a ciascuna categoria di qualificazione di cui al regolamento (comma 6).

Per il resto, non riscontrandosi nel settore di detti servizi problemi di *categorie e classifiche* quali delineate nel regolamento a proposito dei *lavori* e non presentandosi, altresì, problemi di *incremento del quinto* (di cui all'art. 61/2 del citato testo normativo) e problemi di quote di partecipazione per le ATI e i consorzi di cui agli artt. 2602 e segg. cc (art. 92 del regolamento), non paiono presentarsi le antinomie rilevate a proposito dei contratti pubblici di lavori. Nel caso dei servizi non si rileva alcun contrasto insanabile tra la disciplina dell'art. 49 del codice e quella dell'art. 92 del regolamento perché quest'ultimo articolo si applica unicamente ai soggetti che concorrono alle gare per lavori.

E ciò anche se la normativa più rigida di cui all'art. 37, commi 2 e 4 del codice (per i quali rispettivamente: **2.** *Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di concorrenti in cui il mandatario esegua le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie*"; **4.** *Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati*") può spingere, alla lunga, gli operatori economici ad abbandonare la via delle ATI a favore dell'avvalimento. (Si vedrà, più avanti, quali possono essere i problemi per l'*avvalimento* a proposito degli *appalti integrati* di cui agli artt. 53/3 e 3-bis e 253/1 quinquies del codice, in relazione, altresì, all'art. 90 del medesimo codice).

Invece per i *gruppi di società* paiono presentarsi gli stessi problemi che si presentano a proposito dei contratti pubblici di lavori⁸.

⁸ Si segnala che, seppure a proposito di *servizi di progettazione*, il TAR Piemonte (Sez. I, 837/2009 del 30-3-09) ha seguito la linea interpretativa più restrittiva di cui alla sentenza del Consiglio di Stato (VI, 20-11-2008, n. 5742). In un caso di gruppo di società con unica imprenditorialità ex art. 2497 cc, il TAR Piemonte ha ritenuto applicabile l'art. 49 del Codice, escludendo poi l'applicabilità al caso di specie della norma di cui all'art. 46 del Codice. "E'

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

infatti noto il canone ermeneutico –dice il TAR Piemonte- enunciato dalla giurisprudenza amministrativa, condivisa dal Tribunale, in ossequio al quale qualora la documentazione prodotta da un concorrente ad una pubblica gara sia presente ma carente di taluni elementi formali, di guisa che sussista un indizio del possesso del requisito richiesto, l'Amministrazione non può pronunciare l'esclusione dalla procedura ma è tenuta a richiedere al partecipante di integrare o chiarire il contenuto di un documento già presente, costituendo siffatta attività acquisitiva un ordinario modus procedendi, ispirato all'esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma.

Segnala il Collegio che la V Sezione del Consiglio ha infatti di recente statuito che “la facoltà di integrazione dell'offerta e della documentazione allegata è consentita solo nelle ipotesi in cui occorra chiarire il contenuto di una domanda presentata ritualmente e tempestivamente.”(Consiglio Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4047). Già in precedenza, nel vigore del più generico regime antecedente il varo del Codice dei contratti, la medesima V Sezione aveva chiarito che “l'art. 16, d.lg. 17 marzo 1995 n. 157, nel disporre che le amministrazioni invitano, se necessario, le ditte partecipanti a gare per l'aggiudicazione di appalto di servizi a fornire chiarimenti e ad integrare la carente documentazione presentata, non ha inteso assegnare alle stesse una mera facoltà o un potere eventuale, ma piuttosto codificare un ordinario modo di procedere, volto a far valere, entro certi limiti e nel rispetto della par condicio dei concorrenti, la sostanza sulla forma, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, coerentemente con la disposizione di carattere generale contenuta nell'art. 6, l. 7 agosto 1990 n. 241”.(Consiglio Stato, Sez. V, 26 giugno 2007, n. 3656).

Nello stesso periodo il TAR centrale aveva con completezza ben definito condizioni, ratio e presupposti del potere – dovere di integrazione documentale nelle gare d'appalto, puntualizzando che “l'integrazione dei documenti e dei certificati prodotti dal partecipante ad una gara costituisce, nella fase di valutazione dei requisiti di partecipazione, un ordinario modus procedendi al quale le Amministrazioni devono attenersi, tendente a far prevalere la sostanza sulla forma, e la cui applicazione è da escludere solo ove si possa tramutare in una lesione del principio di parità di trattamento dei concorrenti. Tale principio va coniugato con la precisazione che, nel caso in esame, la regolarizzazione che avrebbe potuto (rectius: dovuto) essere richiesta dalla stazione appaltante non si sarebbe sostanziata nella (inammissibile) produzione di un documento mancante, quanto, piuttosto, nella semplice integrazione di un documento già presente agli atti di gara, attraverso l'inserimento dell'autenticazione di una sottoscrizione (già peraltro presente) volta a conferire certezza alla soggettiva promanazione della polizza fideiussoria di che trattasi”.(T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 09 luglio 2008, n. 6518).

Non sfugge certo alla Sezione il travaglio che ha attraversato la giurisprudenza negli ultimi anni in punto di limiti e precauzioni all'affermazione del principio dell'integrazione documentale in materia di pubbliche gare, dovendosi il descritto canone ermeneutico coniugare e misurare anche con la valenza dei altri pregnanti principi di pari se non superiore livello, promananti dal diritto comunitario, quali il principio della par condicio competitionum e

dell'auto responsabilizzazione dei concorrenti, atteso che la dilatazione del potere – dovere di integrazione documentale può collidere talora con la salvaguardia dei predetti concorrenti principi.

Ma ritiene pure la Sezione che il caso all'esame rientra nei più sicuri confini disegnati dalla giurisprudenza e dallo stesso art. 46 del d.lgs. n. 163/2006 all'integrazione documentale, posto che nella specie trattavasi unicamente di invitare la Cabinet a chiarire il contenuto (rectius, il significato linguistico) di certificazioni e attestazioni già tempestivamente prodotte in gara.

L'integrazione documentale, riferita alla spiegazione lessicale del contenuto di una certificazione di requisiti tecnico – economici prodotta in lingua diversa dall'italiano, rientra pleno iure a parere del Tribunale, nel chiaro disposto dell'art. 46 del Codice dei contratti, a mente del quale “le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati” e si impone anche in virtù degli obblighi di istruttoria procedimentale gravanti sul responsabile del procedimento in forza dell'art. 6 della L. 7.8.1990, n. 241.

E' appena il caso di precisare che ad avviso della Sezione l'inciso “se necessario” di cui alla riportata norma del Codice, non introduce alcuna deroga alla valenza e alla cogenza del principio di integrazione documentale, dovendosi annettere alla locuzione il significato di “se necessario in dipendenza della situazione di fatto”, ovvero sia che il dovere di integrazione va esercitato solo se la fattispecie concreta ne renda necessario l'esercizio, evidenziando la carenza di taluni elementi formali nella documentazione presentata dai o da taluno dei concorrenti

La censura di cui al secondo motivo di ricorso incidentale si profila quindi infondata e va respinta, a tacere della sua inammissibilità che si apprezza sol che si consideri che sono agli atti del Tribunale numerose dichiarazioni e certificazioni di requisiti di partecipazione prodotte dalla MWH in lingua inglese e non tradotte, come pure di qualcuna ha dato atto lo stesso verificatore nella relazione tecnica. Ma anche i docc. 13 e 14 produzione controint.; la tabella “Select Combustion Turbine and Combined Cycle è priva di traduzione in italiano.

Poiché dunque la controinteressata versava nella stessa condizione della ricorrente non può dolersi della mancata allegazione da parte di quest'ultima della traduzione certificata, e risulta quindi priva della legittimazione, più che dell'interess, alla presente censura, in omaggio al broccardo processual – romanistico per il quale “nemo censetur suam turpitudinem alligans”.

Analogamente, v.si TAR Lazio, Roma, I, 12-5-2008, n. 3875 per la quale: “Nel caso di avvalimento c.d. infragruppo l'art. 49 D.LGS. 163/2006 vuole che siano comunque prodotte le dichiarazioni previste dal comma 2 (alleggerendo l'ordinario onere documentale delle imprese interessate, laddove sancisce che in luogo del “contratto” basta produrre una “dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo”; cfr. comma 2, lett. g). E' pertanto legittima l'esclusione, in fase di pre-qualifica, della holding che si limita a dichiarare semplicemente nella domanda di partecipazione l'intenzione di avvalersi dei

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

Infine le stesse antinomie paiono presentarsi tra la disciplina del *subappalto* di cui agli artt. 27/3 e 118 del codice e quella dell'*avvalimento*, visto che tale ultimo articolo, al comma 1, parla di *soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice [che] sono tenuti ad eseguire in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto*” e al comma 2, dice che: “*Per i servizi e le forniture, [la quota principale] è riferita all’importo complessivo del contratto*”⁹. E ciò soprattutto se si tien conto che le

requisiti delle imprese appartenenti al proprio gruppo societario (v.si, altresì: TAR Puglia-Bari, I, 3-7-08, n. 1604).

(V.si, altresì: **R. Rotigliano**, L’avvalimento negli appalti pubblici: punti fermi e nodi irrisolti, Il Nuovo Dir. Amm., 1/2013, 58 e segg., par. 7).

⁹ Secondo **T.Bellagamba**, op. cit. pagg. 78-84, non vi sarebbe alcuna incompatibilità tra *avvalimento e subappalto*. “*La figura dell’avvalimento -asserisce tale Autore -riguarda il profilo della qualificazione dei concorrenti ai fini dell’esecuzione dell’appalto. Infatti, la prova documentale della disponibilità delle capacità altrui deve necessariamente essere resa in fase di ammissione alla gara (T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 6 giugno 2007, n. 1464).*

Invece, la materia del subappalto inerisce di regola alla fase dell’esecuzione dell’appalto medesimo. Il subappaltatore è esecutore delle prestazioni ricomprese nell’appalto, il soggetto dei cui requisiti ci si avvale no. Quest’ultimo, come non è subappaltatore, non è neppure mandante, né cooptato.

Per converso, anche il subappaltatore può ricorrere all’avvalimento dei requisiti, al fine di qualificarsi ad eseguire le proprie prestazioni d’appalto. Anzi, nulla toglie che si possa tra l’altro configurare una sorta di avvalimento interno improprio in cui l’appaltatore principale (che non ricorre all’avvalimento) “presta” la sua qualificazione proprio al subappaltatore (l’avvalimento interno è improprio, in quanto il subappaltatore non è mandante di R.T.I.).

“La (...) novella dell’articolo 49, comma 10, del Codice dei contratti pubblici elimina il dubbio sulla possibilità di coesistenza dell’avvalimento con il subappalto. Resta ferma la necessità che venga rispettata la disciplina nazionale in materia di subappalto” (T.A.R. Umbria, 31 maggio 2007, n. 472).

Non smentisce la tesi qui sostenuta quanto affermato da T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 16 novembre 2007, n. 11322: “Nell’osservare come il capitolato speciale abbia introdotto il solo limite del divieto di avvalimento per attività, comprese nella categoria prevalente, il cui valore fosse superiore al 30% dell’importo dei lavori di tale categoria (in ciò attuando le previsioni di cui ai commi 6 e 7 dell’art. 49 del D.L.gs. 163/2006, che stabiliscono che è rimesso alla lex specialis di gara disciplinare “l’avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell’importo dell’appalto o della peculiarità delle prestazioni”; e, “in relazione alla natura o all’importo dell’appalto” introdurre eventuali limitazioni a tale facoltà relativamente ai soli requisiti economici o tecnici, ovvero alla integrazione di un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall’impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso”), deve escludersi che, nella fattispecie all’esame, si vertesse in ipotesi di precluso ricorso all’istituto di che trattasi”.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

limitazioni di cui all'art. 49/6 non sussistono per i contratti pubblici di servizi e di forniture.

Se si tiene conto che l'*avvalimento* non è soggetto alle norme restrittive in tema di subappalto (specie in punto 30%), appare corretta la Guida pratica diramata dal Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri nel gennaio 2011 per la quale: <<. . . *legittimamente un'impresa ausiliaria potrebbe svolgere, pertanto, l'intera prestazione [e non solo il 30%] prevista dal contratto, qualificandosi ai sensi dell'art. 49, comma 10, come subappaltatore, senza l'applicazione dell'art. 118*>> (v.si: **F.Cintioli, cit., pag. 1441, nota 23**).

A tutta evidenza il collegio romano –presieduto da De Lise- non afferma affatto che l'avvalimento in quota di categoria prevalente sia di principio vietato oltre il limite del 30% della prevalente stessa. La sentenza si limita soltanto a riconoscere la piena applicabilità della disciplina codicistica, che consente alla stazione appaltante di porre discrezionalmente limiti – in sede di bando – alla facoltà di avvalimento. Tesi, quest'ultima, che comunque non si condivide, in relazione ai profili di disapplicabilità del codice dei contratti. Limitare la possibilità di avvalimento, infatti, è come limitare, per le imprese, la possibilità di raggrupparsi". Tale Autore ribadisce la detta tesi anche a proposito dei lavori (pagg. 82-84).

Circa i rapporti tra avvalimento e subappalto e, soprattutto, se in tema di *lavori* e a sensi dell'art. 49/10 l'impresa ausiliaria possa superare, in quanto subappaltatrice, il tetto del 30% di cui all'art. 118 e 170 del regolamento, v.si **F.Cintioli** (*L'avvalimento tra principi di diritto comunitario e disciplina dei contratti pubblici*, Riv.it., dir. pubbl. comunitario, 6/2011, 1431 e segg. e, in particolare, par. 8). Tale Autore cita, a favore della tesi della integrale applicabilità dell'art. 118 (e quindi anche del tetto del 30%): Cons. St., V, 3791/2009; TAR Lazio, III, 207/2010; TAR Umbria, 472/2007. Cita, altresì, per la risposta negativa (e, quindi, nel senso che il limite del tetto del 30% non si applicherebbe nell'ipotesi dell'art. 49/10), TAR Lombardia, III, 168/2008. Personalmente, però, ritiene che alla luce del canone di "ragionevolezza" si dovrebbe ammettere ". . . *il superamento del limite del 30 per cento . . . [anche perché] il comma 10 [dell'art. 49] ci parla di un subappalto che opera <<nei limiti dei requisiti prestati>>, il che ci potrebbe anche così fornire un parametro quantitativo nuovo rispetto a quello desumibile dall'art. 118: i requisiti prestati anziché il 30 per cento*" (v.si pag. 1441). (Va, comunque, chiarito che: [1] il "caso" esaminato dal Cons. St., V, 3791/2009 riguardava il servizio di "raccolta interna, trasporto, conferimento, trattamento, smaltimento e recupero dei rifiuti speciali, pericolosi e non, prodotti dai dipendenti di presidi ospedalieri"; [2] quello esaminato dal TAR Lazio, III, 287/2010, riguardava "lavori della categoria prevalente OG3; [3] quello esaminato dal TAR Umbria, 472/2007 riguardava la concessione del servizio di distribuzione del gas metano"; [4] quello esaminato dal TAR Lombardia, Milano, III, 168/2008 riguardava il servizio di "raccolta di rifiuti sanitari pericolosi e non . . .").

Per un'interpretazione restrittiva, v.sni Avcp n. 2 dell'1-8-2012 ("L'avvalimento delle procedure di gara") e Avcp n. 4 del 10-10-2012, par. 4 ("Ricorso all'avvalimento") e par. 8 ("Ricorso al subappalto").

5.(2.1) Veniamo, ora, sempre a proposito dei servizi di cui all'**Allegato II A** –ma il discorso si può estendere ad altri contratti aventi ad oggetto altri servizi, così come si può estendere alle forniture (e, quindi, non lo si ripeterà in seguito)- a quello che viene denominato *avvalimento interno*. Istituto spurio che presuppone che le norme sull'avvalimento non siano *eccezionali* ex art. 14 delle disposizioni preliminari al cc e che, quindi, sia possibile l'interpretazione analogica di dette norme a casi non espressamente contemplati dall'art. 49 del codice.

Facciamo alcuni esempi. Come è noto, l'art. 34 menziona tra i soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici, i *raggruppamenti temporanei di concorrenti*, i *consorzi ordinari di concorrenti di cui agli artt. 2602 e segg. cc*, i GEIE e gli *operatori economici, ai sensi dell'art. 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi paesi* e che abbiano una struttura analoga alle ATI, ai nostri consorzi ex artt. 2602 e segg. cc e ai GEIE.

Tali operatori economici (art. 3, commi 19, 20 e 22) non sono entificati, né appartengono (del tutto: ma il discorso dovrebbe essere approfondito) alla categoria dei soggetti “senza personalità giuridica” o con personalità semipiena. Trattasi, invece, di operatori economici plurisoggettivi e cioè costituiti da più soggetti tra i quali viene costituito un rapporto di mandato temporaneo (art. 37/14-14-18) o di consorzio temporaneo (nel caso di consorzi ex artt. 2602 e segg. cc) o anche stabile (in caso di GEIE). E tale rapporto –ripetesi di mandato e di consorzio- viene, a volte, a creare verso le PP.AA. (e, in alcuni casi, verso altri terzi: personale dipendente, fornitori, subappaltatori: v.nsi, ad esempio, artt. 1670 e 1676 cc, 37/5 e 118/3 del codice, 4-6 del regolamento eccetera), una situazione di solidarietà passiva a sensi dell'art. 1294 cc e a volte (ma ciò è più controverso)¹⁰ di solidarietà attiva (artt. 1292, 1296 cc) in forza della

¹⁰ V.si, in punto, Cass. 15-1-2000, n. 421, per la quale: “1. In tema di appalto di opere pubbliche stipulato da due imprese riunite in associazione temporanea, qualora intervenga il fallimento della società capogruppo, costituita ex lege come mandataria dell'altra ai sensi dell'art. 23 comma 8 d.lvo 19 dicembre 1991, n. 406, il mandato deve reputarsi risolto a norma dell'art. 78 r.d. 16 marzo 1942 n. 267 che non trova deroga nella disciplina del d.lvo n. 406 cit. e conseguentemente l'impresa mandante (essendo l'accettazione dell'opera avvenuta anteriormente alla dichiarazione di fallimento) deve reputarsi direttamente legittimata a riscuotere dall'Amministrazione appaltatrice il corrispettivo per l'esecuzione dell'appalto per la quota corrispondente a quella parte dei lavori appaltati, la cui esecuzione, in base all'accordo di associazione temporanea, era di sua spettanza; correlativamente, in base all'accordo di associazione temporanea, era di sua spettanza; correlativamente, detta Amministrazione non può eseguire il pagamento di detto corrispettivo alla curatela fallimentare dell'impresa capogruppo che, per effetto della cessazione del mandato, non è più legittimata ad effettuare incassi in nome e per conto dell'altra associata, dovendosi inoltre ritenere che qualora la curatela riceva detto pagamento, il credito dell'impresa già mandante, che agisca per ottenere dalla curatela la somma pagata dall'Amministrazione appaltatrice, non debba

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

norma di cui all'art. 37, commi 16-19, del codice. Situazione per la quale il “rapporto” di mandato e di consorzio sembra costituire un nuovo soggetto, seppure con personalità semipiena e per il tempo in cui dura il rapporto di appalto pubblico di lavori, servizi e forniture.

Venendo, comunque, alla possibilità di avvalimento, l'art. 49 del codice sembra riferirsi solo a quello *esterno*.

Nell'ipotesi di ATI, paradigmatica per gli altri concorrenti plurisoggettivi sopra menzionati, sembra che i soggetti appartenenti all'ATI possano ricorrere solo a imprese ausiliarie terze per “soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione SOA”.

Nel caso in cui, ad esempio, in un appalto di lavori sia richiesta la cat. OG1, come “prevalente” e quella OG11 come “scorporabile”, sembra che, in un'ATI verticale laddove la mandataria esegue la OG1 e la mandante la OG11, sia solo possibile il

*essere fatto valere in sede concorsuale, avanti al Tribunale fallimentare, ma possa esserlo davanti al giudice ordinario. (Nella specie, l'impresa mandante aveva agito contro la curatela per ottenere l'accertamento della propria legittimazione alla riscossione del suddetto corrispettivo; nel giudizio era intervenuta l'Amministrazione appaltante che aveva messo a disposizione la somma ed il giudice di merito, dopo che quello di primo grado aveva reputato improponibile l'azione, in quanto non di competenza del Tribunale fallimentare, ed aveva dichiarato la debenza di essa alla curatela dell'impresa mandataria, attribuendogliela, il giudice di appello aveva, invece, in applicazione dei principi affermati dalla Corte suprema, condannato la curatela a corrisponderla all'impresa già mandante). 2. In tema di appalto stipulato da un'associazione temporanea di imprese, qualora la società capogruppo e mandataria ex lege dell'altra associata abbia stipulato un accordo in forza del quale dietro pagamento immediato di una percentuale sulla parte di corrispettivo dell'appalto che competerebbe direttamente, in proporzione alla quota di lavori di sua pertinenza, si sia impegnata, una volta conseguito dall'Amministrazione appaltatrice il pagamento di detta parte, a trasferirla all'impresa associata e sua mandante, e qualora la capogruppo, dopo la compiuta esecuzione dei lavori e l'accettazione degli stessi da parte dell'Amministrazione, fallisca ed il suo curatore riceva successivamente il pagamento dell'Amministrazione stessa, il credito oggetto del detto impegno deve reputarsi venuto ad esistenza non al momento della suddetta ricezione, ma fin dal momento dell'accettazione dell'opera, con la conseguenza che l'azione intesa a far valere l'efficacia della cessione e, quindi la pretesa creditoria alla somma oggetto del pagamento ricevuto, deve esercitarsi in sede concorsuale, ai sensi dell'art. 52 r.d. 16 marzo 1942, n. 267” (in parte, **contra**: Corte d'Appello di Torino, I, 8-2-2000, n. 275 che ha negato l'azione diretta della mandante verso la PA e ciò “ in amonia con l'orientamento della Suprema Corte espresso in Cass. 11-5-98, n. 4728 (in senso analogo Cass. 13-5-99 n. 4746), ove si è affermato, appunto, che il solo interlocutore della Amministrazione appaltante è l'impresa mandataria e che la riscossione del compenso può avvenire unicamente da parte di quest'ultima, mentre nei rapporti interni la pretesa creditoria dell'impresa mandante deve essere fatta valere verso la capogruppo ai sensi dell'art. 1713 cc”.*

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

ricorso all'avvalimento esterno laddove una delle due imprese (o anche tutte e due: comma 6) sia carente quanto a "classifica" a sensi dell'art. 61 del regolamento, anche se sia la mandataria che la mandante posseggano, in incrocio, rispettivamente le cat. OG1 e OG11 ma per classifiche carenti per i lavori.

Il fatto, quindi, che l'art. 49/2 prescriva tutta una serie di "prove" per l'avvalimento e che l'ATI di tipo verticale escluda la solidarietà passiva in capo alla mandante (art. 37/5) e, per i lavori, l'art. 37/6 esiga che "*ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo*", sembra escludere la possibilità dell'avvalimento interno tra le due imprese per le classifiche carenti, ma sufficienti se integrate tramite prestiti interni. Non solo: l'ultimo periodo del citato art. 37/6, nel prevedere espressamente le ATI miste ("*I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale*") non serve a risolvere il problema dei prestiti interni. Prestiti che, invece, sono normalmente ammessi nelle ATI orizzontali.

Occorre, quindi, un'interpretazione analogica per ammettere l'avvalimento interno per tutte le ipotesi di contratti pubblici di appalti o, per lo meno, per quelli di lavori (laddove venga in rilievo l'attestazione SOA) e per quei servizi, tipo quello dei rifiuti ove, per effetto del DM 406/98, siano previsti degli Albi (tipo quello nazionale dei gestori ambientali) che contemplino categorie e/o classi in maniera analoga a quanto previsto dal regolamento per i costruttori.

Ora se si tiene presente che: (1) l'interpretazione analogica non è ammessa solo per le "*leggi ... che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi*" (e cioè l'interpretazione analogica non è ammessa per norme che sono *pericolose* se applicate "*oltre i casi e i tempi considerati*" in quanto introducono un fattore di disuguaglianza di trattamento non giustificato dal caso specifico per il quale è stato previsto uno *ius singulare*); (2) la normativa sull'avvalimento è "di portata generale" (Cons. St., VI, 11-7-08, n. 3499; Cons. St., V, 21-4-09, n. 2401; Cons. St., V, 19-3-09, n. 1624 ecc.) in quanto privilegia la concorrenza tra le imprese (Cons. St., V, 19-3-09, n. 1624; Cons. St., 19-3-09, n. 1589 per la quale: "*La finalità dell'istituto dell'avvalimento non è affatto quella di arricchire la capacità (tecnica o economica che sia) del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti*"); (3) gli artt. 47/3 e 48/4 della direttiva 18/2004 asseriscono che: "*un raggruppamento di operatori economici ... può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti*", non vi è dubbio che l'avvalimento possa, analogicamente (per il diritto interno) e per previsione espressa (secondo il diritto comunitario, prevalente su quello nazionale), applicarsi a tutti i casi in cui non sia pericolosa una tale applicazione e, quindi, nel caso di specie, "*ammettendo ... la possibilità che lo strumento dell'avvalimento si intrecci con quello*

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

dell'associazione temporanea o del consorzio e ribadendo la sostanziale indifferenza per i rapporti sottostanti tra ausiliante e ausiliato”¹¹.

Semmai, in relazione all'art. 49/4 (per il quale: “il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto”), si pone il seguente problema: una mandante che, in un'ATI verticale, “presti” internalmente dei requisiti alla capogruppo, perde il privilegio di cui all'art. 37/5, secondo periodo, e diventa, almeno per la parte del “prestito”, responsabile solidale con la capogruppo? E che incidenza ha l'istituto dell'avvalimento sulla norma di cui all'art. 37/4 per il quale: “Nel caso di forniture o servizi dell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati?”. Stesse considerazioni possono avanzarsi a proposito dei contratti sotto soglia (artt. 121-125) per i quali si applicano “le disposizioni della parte II, in quanto non derogate dalle norme del titolo [secondo]”. L'avvalimento si applicherà anche a tale ipotesi.

Ad ogni modo l'avvalimento interno è stato ammesso dalla giurisprudenza (v.nsi: **Cons. St., V, 12-11-2009, n. 7054** [ammette l'avvalimento interno per i servizi di progettazione]; **TAR Valle Aosta, 23-1-2009, n. 1** [ammette l'avvalimento interno in tema di lavori]; **TAR Lazio, Roma, I, 12-5-2008, n. 3875** [ammette l'avvalimento infragruppo, anche se poi esclude la “holding che si limita a dichiarare semplicemente nella domanda di partecipazione l'intenzione di avvalersi dei requisiti delle imprese appartenenti al gruppo”]; **Cons. St., IV, 22-7-2008** [ammette l'avvalimento infragruppo e ritiene la “dichiarazione di avvalimento chiaramente implicita nella dichiarazione di possesso del requisito come “gruppo”, se pure non accompagnata dalla documentazione di cui all'art. 49/2 del d.lg. 163/2006”]; **Cons. St., VI, 20-12-2004, n. 8145** [ammette l'avvalimento infragruppo, nel caso di “gestione di servizi socio-sanitari” e afferma: “Ai consorzi con personalità giuridica che partecipano agli appalti di servizi non può applicarsi la disciplina dettata, per gli appalti di lavori

¹¹ **Così di Paola Comio e Luca Leone**, in “Le norme europee”, L'avvalimento, Edilizia e Territorio, n. 20/2009, pag. 8. Nel senso che: “E' certamente da preferire, tenuto conto della normativa comunitaria di riferimento (artt. 47, comma 3, e 48, comma 4, dir. 2004/18/CE: “un raggruppamento di operatori economici [...] può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti”), la tesi che, in ossequio al principio di massima accessibilità al mercato delle commesse pubbliche, ammette la possibilità di avvalimento anche per i soggetti parte di un raggruppamento non costituito, e ciò non solo nei confronti dei soggetti esterni ma anche degli stessi partecipanti al raggruppamento. In questa prospettiva, l'art. 49, comma 7, cod. contr. pubbl. deve perciò essere inteso nel senso che è vietata la partecipazione dell'avvalente e dell'avvalsa alla medesima gara allorchè tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, non certo quando esse facciano capo a un medesimo centro d'interessi”, v.si TAR Lazio, Roma, I, 22-5-2008 n. 4820 (v.si, altresì, TAR Valle d'Aosta, 23-1-2009, n. 1).

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

pubblici, dall'art. 11, l. 109/94, a mente del quale solo i consorzi privi di personalità giuridica possono essere equiparati alle ATI ai fini del cumulo dei requisiti di capacità tecnica economica e finanziaria posseduti singolarmente dai consorziati. La previsione di cui all'art. 11 della l. 109/94 non è espressione di un principio generale, ma vale solo per le gare di lavori pubblici, atteso che nel diritto comunitario vige l'opposto principio, secondo cui il concorrente alla gara di appalto può avvalersi dei requisiti di capacità economico finanziaria di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, e purchè provi che disporrà effettivamente dei mezzi necessari" (art. 47.2, direttiva unificata 18/2004); **nonché: TAR Sardegna, 11-10-2000, n. 984; TAR Lombardia, III, 30-4-2000, n. 1090; CSI, 8-3-2005, n. 88** [che, tutte, ammettono l'avvalimento infragruppo]; **Cons. St., V, 27-3-2001, n. 3188; Cons. St., V, 27-11-2001, n. 1695; Cons. St., VI, 18-2-2003, n. 2183** [che, anche qui ed entro certi limiti, ammettono l'avvalimento interno: v.si **G. Balocco**, in Codice e Regolamento dei contratti pubblici, a cura di **F. Caringella e M. Protto**, D. Dike, 2011, 376-377)]¹².

5.(2.2) Per i servizi sub **3.(1.2)** e **3.(1.2.1)**- genericamente i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria- si possono porre problemi:

* per i "prestiti interni", in relazione alla normativa di cui all'art. 90/7 per il quale: *"Indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario dell'incarico di cui al comma 6, lo stesso deve essere espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali. Deve inoltre essere indicata, sempre nell'offerta, la persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche. Il regolamento definisce le modalità per promuovere la presenza anche di giovani professionisti nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione, concorsi di idee. All'atto dell'affidamento dell'incarico deve essere dimostrata la regolarità contributiva del soggetto affidatario"* (in relazione agli artt. 52-54, 62/3-5, e, soprattutto, 253/5 del regolamento)¹³;

* per i "prestiti esterni", in relazione all'art. 91/3 per il quale: *"In tutti gli affidamenti di cui al presente articolo l'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per le attività relative alle indagini geologiche, geotecniche e sismiche, a sondaggi, rilievi, a misurazioni e picchettazioni, alla predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con l'esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali. Resta comunque impregiudicata la responsabilità del progettista"* (in relazione all'art. 118 del codice).

¹² V.si, comunque, R. Rotigliano, cit., 58 e segg. e par. 4.

¹³ In ordine all'art. 90/7, v.nsi: (1) AVCP, Parere di precontenzioso del 5 maggio 2011, n. 84; (2) TAR Valle d'Aosta, 26-7-2011, n. 50; (3) TAR Sardegna, I, 22-3-2011, n. 306.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

Se è vero che la giurisprudenza ha già consentito l'avvalimento per il requisito relativo al possesso di un determinato *fatturato*, (v.si: relativamente al “*servizio aereo per la prevenzione e l'estinzione degli incendi boschivi*”: Cons. St., V, 19-3-2009, n. 1624 che, sul punto, ha confermato la sent. del TAR Liguria, nonché Cons. St., V, 17-3-09, n. 1589) e se è altrettanto vero che il prestito dell'attestazione SOA implica un prestito di requisiti tecnici di capacità (specie se questa documenta altresì la c.d. capacità progettuale: v.si art. 53/3 del Codice), è pur sempre arduo pensare a “prestiti” di requisiti di carattere intellettuale, qualitativi e di per sé infungibili. D'altra parte se la locuzione “capacità tecniche e professionali” di cui agli artt. 48 della direttiva 18/2004/CE e 54 della direttiva 17/2004/CE includono le capacità professionali ed intellettuali dei progettisti, direttori dei lavori e dei soggetti di cui all'art. 90/1 lett. d), e), f), f-bis) del codice, non vedesi come possa negarsi l'avvalimento in tali ipotesi, interno o esterno che sia. Né pare possibile negare il c.d. *avvalimento di garanzia* in ordine quale si hanno, ad oggi, opinioni e pronunce contrastanti (v.si: **F.Cintioli**, cit., par. 6). Dato il primato del diritto comunitario saranno allora da disapplicarsi le norme di cui agli articoli del codice che si pongano in contrasto con il primo (v.si, per la disapplicazione della normativa di cui agli artt. 186/2 e 191/9 del Codice, TAR Lazio, Roma, III, 2-10-07, n. 9630). Anche qui, come già rilevato in alcuni passaggi del precedente articolo citato in nota (1), l'istituto dell'avvalimento, posto a tutela di una larga e libera concorrenza, pare porsi in contrasto con la normativa di cui agli artt. 90/7 e 91/3 del codice e di altre eventuali che limitino l'organizzazione degli operatori economici in tema di contratti pubblici.

Stesso discorso si può fare a proposito dell'art. 253/30 per gli appalti relativi ai *beni culturali*.

In tal caso l'ultimo periodo del citato articolo 253/30 –per il quale: “*Ai fini della valutazione della sussistenza di detto requisito [e cioè quello della “avvenuta esecuzione, nell'ultimo decennio, di lavori nello specifico settore cui si riferisce l'intervento, individuato in base alla tipologia dell'opera oggetto dell'appalto”], possono essere utilizzati unicamente i lavori effettivamente realizzati dal soggetto esecutore, anche in esecuzione di cottimi e sub affidamenti*”- o va disapplicato ovvero lo si ritiene compatibile con l'avvalimento (il che porta agli stessi risultati pratici)¹⁴.

¹⁴ In tal senso, v.si **L. Bellagamba**, op. cit., pagg. 106-108. In tal senso, v.si altresì TAR Lombardia, Milano, I, 7-4-09, n. 3227 per il quale: “*Trattandosi di una procedura di gara per un appalto ricompreso nell'allegato II B al Codice dei contratti (per il quale l'art. 20 non fa rinvio all'art. 49) va ritenuta, di contro, l'applicabilità in ogni caso dei principi di cui all'art. 27 d.lgs. 163/2006, al lume della disciplina comunitaria sull'avvalimento, istituito in un primo tempo elaborato in via pretoria dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, circoscrivendone inizialmente l'applicazione all'interno o comunque nell'ambito dei gruppi di imprese (cfr. causa C-389/92, *Ballast Nedam Croep I*; 18 dicembre 1997, causa C-5/97 *Ballast Nedam Groep II*) ed in seguito codificato dal legislatore comunitario ed in ultimo generalizzato*

5.(2.3) Non vi è nulla, poi, da aggiungere sui *rifiuti* quali disciplinati dal TU 152/2006. Stesso discorso si può fare a proposito dei servizi di cui all'*Albo nazionale degli autotrasportatori* (istituito con la l. 6-6-1974, n. 298. V.si, da ultimo, il dpr 10-7-2009, n. 123).

5.(3) Per i servizi di cui all'**Allegato II B** al codice non si può che concordare con quanto scritto da **L. Bellagamba** (op. cit., pag. 85). *“Paradossalmente –dice detto Autore- non applicandosi a questi servizi l’art. 49 del codice, il principio di avvalimento si applica nel modo più ampio che prevede e consente il conglomerato giuridico dei c.d. principi fondamentali del Trattato, addirittura oltre la già scarna disciplina prevista dai due articoli della Dir. 2004/18/CE. Tuttavia nulla vieta alla stazione appaltante di auto-vincolarsi, in parte qua (cioè in quanto compatibile con i principi comunitari)”*.

attraverso le direttive 17-18/2004/CE aventi sul punto immediata efficacia precettiva (Tar Puglia, Lecce, sez. II, n. 1674/2007). In forza di tali direttive l’avvalimento costituisce oramai un principio generale che permette al concorrente di provare i requisiti di capacità richiesti avvalendosi di quelli di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi (ed anche qualora le due imprese, avvalente ed avvalsa, siano partecipanti dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese), purchè dimostri alla stazione appaltante di disporre delle risorse necessarie (v. artt. 47 e 48 direttiva 2004/18/CE).

*Neppure può essere posta in dubbio la possibilità che l’avvalimento trovi applicazione anche in mancanza di alcuna indicazione (confermativa o restrittiva) espressamente riportata dal bando, avendo le norme comunitarie, in virtù della loro primazia e portata precettiva, un’efficacia integrativa automatica delle previsioni del bando di gara, anche laddove non vi sia un espresso richiamo, per cui l’assenza di espresse previsioni nella *lex specialis* di gara non costituisce affatto motivo di impedimento, al suo utilizzo, ma al contrario legittima i concorrenti a far uso della facoltà prevista dalla norma nella sua più ampia portata (cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VIII, n. 10271/2007).*

Ciò posto, anche a prescindere dalla più rigorosa disciplina introdotta dal d.lgs. 163/2006 non applicabile nel caso di specie, sulla base della regolamentazione comunitaria e del rispetto dei principi della materia (in specie, imparzialità e trasparenza ex art. 27 d.lgs. 163/2006) l’avvalimento presuppone pur sempre che in sede di gara siano indicati i soggetti ed i requisiti specifici di cui il concorrente si intende avvalere e sia data la prova mediante presentazione di (dichiarazione di) impegno dell’impresa ausiliaria (cfr. Tar Puglia, Bari, sez. I, n. 3314/2006). Se è vero che, tanto per la dichiarazione quanto per la relativa prova, il diritto comunitario, in omaggio al favor participationis e alla massima apertura dei mercati, non richiede formule sacramentali (in particolare non è richiesta la produzione di un contratto tra l’impresa ausiliare e quella ausiliata); non sembra che si possa seriamente dubitare della necessità che una dichiarazione di avvalimento sia comunque presentata in sede di gara e che, nella stessa sede, l’impresa avvalente dimostri alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione del formale impegno dell’impresa ausiliaria.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

Ad ogni modo, proprio a proposito dell'**Allegato II B** al codice, il TAR Lombardia (I, 7-4-2009, n. 3.227) ha asserito:

Trattasi di una procedura di gara per un appalto ricompreso nell'allegato II B al Codice dei contratti (per il quale l'art. 20 non fa rinvio all'art. 49); e, di contro, dell'applicabilità in ogni caso dei principi di cui all'art. 27 d.lgs. 163/2006, al lume della disciplina comunitaria sull'avvalimento, istituito in un primo tempo elaborato in via pretoria dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, circoscrivendone inizialmente l'applicazione all'interno o comunque nell'ambito dei gruppi di imprese (cfr. causa C-389/92, Ballast Nedam Groep I; 18 dicembre 1997, causa C-5/97 Ballast Nedam Groep II) ed in seguito codificato dal legislatore comunitario ed in ultimo generalizzato attraverso le direttive 17-18/2004/CE aventi sul punto immediata efficacia precettiva (Tar Puglia, Lecce, sez. II, n. 1674/2007).

In forza di tali direttive l'avvalimento costituisce oramai un principio generale che permette al concorrente di provare i requisiti di capacità richiesti avvalendosi di quelli di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi (ed anche qualora le due imprese, avvalente ed avvalsa, siano partecipanti dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese), purché dimostri alla stazione appaltante di disporre delle risorse necessarie (v. artt. 47 e 48 direttiva 2004/18/CE).

Neppure può essere posta in dubbio la possibilità che l'avvalimento trovi applicazione anche in mancanza di alcuna indicazione (confermativa o restrittiva) espressamente riportata dal bando, avendo le norme comunitarie, in virtù della loro primazia e portata precettiva, un'efficacia integrativa automatica delle previsioni del bando di gara, anche laddove non vi sia un espresso richiamo, per cui l'assenza di espresse previsioni nella lex specialis di gara non costituisce affatto motivo di impedimento al suo utilizzo, ma al contrario legittima i concorrenti a far uso della facoltà prevista dalla norma nella sua più ampia portata (cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VIII, n. 10271/2007).

Ciò posto, reputa il Collegio che, anche a prescindere dalla più rigorosa disciplina introdotta dal d.lgs. 163/2006 non applicabile nel caso di specie, sulla base già della regolamentazione comunitaria e del rispetto dei principi della materia (in specie, imparzialità e trasparenza ex art. 27 d.lgs. 163/2006) l'avvalimento presupponga pur sempre che in sede di gara siano indicati i soggetti ed i requisiti specifici di cui il concorrente si intende avvalere e sia data la prova mediante presentazione di (dichiarazione di) impegno dell'impresa ausiliaria (cfr. Tar Puglia, Bari, sez. I, n. 3314/2006).

Se è vero che, tanto per la dichiarazione quanto per la relativa prova, il diritto comunitario, in omaggio al favor participationis e alla massima apertura dei mercati,

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

non richiede formule sacramentali (**in particolare non è richiesta la produzione di un contratto tra l'impresa ausiliare e quella ausiliata**); non sembra al Collegio che si possa seriamente dubitare della necessità che una dichiarazione di avvalimento sia comunque

presentata in sede di gara e che, nella stessa sede, l'impresa avvalente dimostri alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione del formale impegno dell'impresa ausiliaria.

5.(4). Stesse considerazioni possono essere sollevate a proposito dei servizi sub 3.(3) di cui agli artt. 16-27 del codice, anche se, a priori, non è facile individuare delle precise ipotesi in cui l'avvalimento può essere fatto valere. Tale istituto, invece, non potrà normalmente essere utilizzato per i contratti citati all'art. 19 (compravendita, locazione, arbitrato, servizi finanziari ecc.), anche se – anche qui- potrebbero presentarsi dei casi in cui l'applicazione di tale istituto non presenta nulla di pericoloso ovvero di irragionevole.

5.(5) L'art. 206 (relativo alle norme applicabili ai c.d. *settori speciali*) al secondo periodo, afferma: “*Della parte II, titolo I...*, si applicano esclusivamente i seguenti articoli”.: segue di questi un lungo elenco, tra i quali non compaiono né art. 49 (sul c.d. “*avvalimento singolo*”), né l'art. 50 (sull’*avvalimento permanente*”). Parrebbe quindi che, alla luce dell'avverbio “*esclusivamente*”, la normativa sull'avvalimento non possa trovare posto a proposito dei contratti pubblici dei lavori, servizi e forniture nei *settori speciali*, né in quelli di rilevanza comunitaria (artt. 206-237), né in quelli sotto soglia (art. 238).

In realtà l'art. 230, al comma 4, afferma: “*Quale che sia il sistema di qualificazione qualitativa prescelto, si applicano gli articoli 43 e 44, nonché gli articoli 49 e 50 con esclusione del comma 1, lett. a)*”. Non solo: l'art. 232, comma 6, ribadisce: “*Se chi chiede la qualificazione intende avvalersi dei requisiti di capacità economica e finanziaria o tecnica e professionale di altri soggetti, il sistema di qualificazione deve essere gestito garantendo il rispetto dell'art. 50 con esclusione del comma 1, lett. a)*.”

L'art. 233, ai commi 1 e 5, ribadisce ulteriormente l'applicabilità dell'istituto dell'avvalimento di cui agli artt. 49 e 50. Quindi non sussiste dubbio che l'istituto si applichi ai settori speciali.

“*Unico elemento di differenziazione –dice D.Galli¹⁵– è costituito dal fatto che, in linea con quanto disposto a livello comunitario nei settori speciali, l'avvalimento <<permanente>> non è condizionato al necessario rapporto di controllo tra impresa ausiliaria e impresa ausiliata*”.

5.(6) Dato, poi, che: (a) “*la concessione di lavori pubblici è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori*” (artt. 1/par. 4 della dir.

¹⁵ In Edilizia e Territorio cit., pag. 29.

2004/18/CE e 3/11 del codice) e (b) alla concessione di servizi gli artt. 49 e 50 debbono essere applicati vuoi in via analogica, vuoi per la prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno, non vi è dubbio circa la piena applicabilità dell'istituto ai due tipi di concessioni (v.si, per la *concessione di lavori*: TAR Lombardia, Brescia, 18-1-2007, n. 87; nonché per la *concessione di servizi*: TAR Emilia-Romagna, I, 16-2-2007, n. 174; TAR Piemonte, II, 22-5-07, n. 2218; TAR Umbria, 31-5-2007, n. 472, nonché, in dottrina: **L. Bellagamba**, op. cit., pagg. 57-66, nonché, infine, per il *project financing*: Cons. St., V, 5-7-07, n. 3814).

5.(7) Per i contratti del capo IV (*Lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi*), l'istituto dell'avvalimento si applica per richiamo espresso contenuto nell'art. 163, commi 3 e 6 (il quale ultimo afferma che: “. . . ai contratti . . . di cui all'art. 162, comma 1, si applicano, in quanto non derogate dalla disciplina ivi dettata, le disposizioni . . . della parte II, titolo I (contratti di rilevanza comunitaria) . . .” e, quindi, gli artt. 49 e 50 contenuti nella Parte II, titolo I). (Ovviamente il capo IV, nel parlare di “lavori” include tutte le norme di cui agli artt. 161-180 e, quindi, anche quelle sui vari livelli di progettazione nonché quelle sul collaudo [art. 178]).

5.(8) Vediamo, ora, alcuni casi spurii.

* Nel caso di *appalto integrato* di cui agli artt. 19/1-ter della l. 109/94 (articolo in vigore per effetto dell'art. 255, comma 1-quinquies e 256, comma 1 [riferito alla legge 11-2-1994, n. 109]) e 53/3 del codice (per il quale: “Quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, . . ., gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, **ovvero avvalersi di progettisti qualificati**, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione”, non si deve ritenere che si tratti dell'avvalimento di cui agli artt. 49 e 50. Il verbo “avvalersi” in questo caso non veicola le stesse norme del sostantivo “avvalimento” o del verbo “avvalersi” di cui agli articoli in ultimo citati.

Da qui l'illegittimità di quei bandi, a parere di chi scrive, che, relativi ad appalti integrati, esigono in capo alle imprese di costruzione le prove documentali di cui al comma 2 dell'art. 49 (in tale senso **L. Bellagamba**, op. cit., pag. 116 per il quale: “*Il raggruppamento dell'appaltatore di lavori con un'associazione di progettisti non configura un'ipotesi di avvalimento*”, citando a conforto e in nota 141, pag. 116, la sent. del **TAR Sicilia, Catania, I, 2-10-2006, n. 1544**)¹⁶.

* Nel caso di contratti menzionati dall'art. 32 (appalti applicati da *privati*), sebbene gli artt. 49 e 50 non siano richiamati, si può ragionevolmente ritenere che l'avvalimento sia applicabile.

¹⁶ V.si, comunque, TAR Lazio Roma, III quater, 24-11-2008 n. 10.565, nonché TAR Piemonte, I, 3190/2009, poi annullata dal Cons. St., V, 9511/2009 (Il Consiglio di Stato ha accolto la tesi contraria a quella sostenuta nel testo del presente articolo).

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

(La questione assume particolare rilevanza nelle ipotesi della c.d. *esecuzione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria a scomputo* di cui agli artt. 32/1 lett. g) e 122/8)¹⁷.

* Nel caso di subappalto, da alcuni autori viene ammesso che il subappaltatore possa utilizzare lo strumento dell'avvalimento. Asserisce **L. Bellagamba** (op. cit., pag. 80): “... anche il subappaltatore può ricorrere all'avvalimento dei requisiti, al fine di qualificarsi ad eseguire le proprie prestazioni d'appalto. Anzi, nulla toglie che si possa tra l'altro configurare una sorta di avvalimento interno improprio in cui l'appaltatore principale (che non ricorre all'avvalimento) presta la sua qualificazione proprio al subappaltatore (l'avvalimento interno è improprio, in quanto il subappaltatore non è mandante di RTI”).

* Altro problema che può porsi è quello dell'*associazione per cooptazione* (art. 92/5 del regolamento). Qualora l'impresa cooptata si configuri come impresa ausiliaria, vale ancora il limite del 20%? Anche qui si pongono gli stessi problemi che si pongono a proposito del subappalto. Sembrerebbe che tale limite non possa più operare (v.si, comunque, a proposito della *cooptazione* **Cons. St., V, 5187, 16-9-2011**).

* Viene poi escluso l'avvalimento di un'impresa di un Paese extra UE che non abbia firmato l'accordo sugli appalti pubblici, allegato (n. 4) all'accordo che istituisce la WTO (Cons. St., n. 23-2-2012, 969).

* Non viene infine ammesso il c.d. *avvalimento a cascata* (caso di un “concorrente che si avvale del requisito posseduto dall'impresa ausiliaria che, a sua volta, se lo è fatto “prestare da un'altra impresa” (**R. Rotigliano**, cit., 61 e TAR Lazio, Roma, III, 2-3-2012, n. 2169).

* Circa la distinzione tra *avvalimento frazionato e parziale*, **R. Rotigliano**, (cit. 63), così si esprime:

Occorre distinguere l'avvalimento frazionato da quello parziale. Col primo, ci si intende riferire al caso di un concorrente che ricorre a più di un avvalimento al fine di dimostrare il possesso di uno specifico requisito. Col secondo, al caso in cui il concorrente possieda parte del requisito e lo sommi con quello posseduto dall'ausiliaria.

¹⁷ Tengasi conto che, a sensi dell'art. 45 del d.l. 6-12-201, n. 201 convertito nella l. 22-12-201, n. 214, è stato disposto quanto segue:

1. All'articolo 16 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, dopo il comma 2 è inserito il seguente:

“2-bis. Nell'ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati nonché degli interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico generale, l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria di cui al comm 7, di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, è a carico del titolare del permesso di costruire e non trova applicazione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

In fondo, il secondo è una species del primo, nel quale l'impresa, diversa dall'ausiliaria, che contribuisce alla formazione del requisito, è il concorrente stesso. Proprio per ciò, le poche pronunce che si sono occupate dell'avvalimento parziale sono giunte alla conclusione che esso è vietato, proprio perché, più in generale, è vietato - sia pure nel solo ambito degli appalti pubblici (v. art. 49, comma 6) - quello frazionato. Difatti, il Consiglio di Stato afferma che «la finalità dell'avvalimento non è perciò "quella di arricchire la capacità (tecnica o economica che sia) del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti" (Cons. Stato: Sez. V, 17 marzo 2009, n. 1589; Sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742), se e in quanto da questi integralmente e autonomamente posseduti (cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2010, n. 1054), [...] Non può essere accolta, infatti, una interpretazione per cui il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti varrebbe soltanto nel caso dell'avvalimento di più imprese ausiliarie (ai sensi della seconda parte del comma) e non anche in quello di una sola impresa ausiliaria (di cui alla prima parte), essendo evidente che il legislatore si è occupato di vietare espressamente l'utilizzo frazionato per la fattispecie in cui tale utilizzo è in concreto ipotizzabile, proprio in ragione della pluralità delle imprese ausiliarie, e non per quella in cui ci si avvalga di una sola impresa ausiliaria, non essendo altrimenti giustificato un divieto posto soltanto per un caso e non per l'altro; ciò è confermato dalla intervenuta abrogazione del comma 7 del medesimo art. 49, ai scusi del d.lgs. n. 152 del 2008, in cui era anche previsto "che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura percentuale indicata nel bando stesso", nonché dall'osservazione che la somma delle classifiche risulta espressamente prevista soltanto per i consorzi stabili (art. 36, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006)» (Sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3565; in termini, T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 18 aprile 2012, n. 708). La tesi pretoria non sembra totalmente condivisibile. Ab imis, perché appare arduo argomentare a contrario dalla abrogazione del comma 7, nella parte in cui prevedeva la facoltà, per l'Amministrazione, di pretendere il possesso in capo al concorrente di una percentuale minima del requisito. Sembra, infatti, che l'abrogazione vada letta in", senso diametralmente opposto: nella direzione, cioè, di vietare, attraverso la previsione di una percentuale di possesso del requisito in capo al concorrente, la possibilità di partecipare anche a chi ne sia completamente sprovvisto (non già, invece, di vietare la partecipazione a chi in parte lo possiede). Ma, più in generale, perché l'applicazione del principio affermato dal Consiglio di Stato conduce ad una conseguenza che sembra inaccettabile (innanzi tutto, per il principio di concorrenza del quale l'avvalimento è espressione). La conseguenza, infatti, è quella di vietare la partecipazione a chi abbia in parte il requisito e di consentirla, invece, a chi ne sia completamente sprovvisto! Naturalmente, il problema non si pone quando l'impresa ausiliaria mette a disposizione per intero il requisito richiesto. In quel caso, il parziale possesso del requisito da parte del concorrente è influente e non viene "speso" ai fini della gara. Il problema, invece,

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

si pone quando l'ausiliaria "presti" una parte che, sommata a quella del concorrente, consente di raggiungere la quantità (i.e.: la classifica) richiesta dal bando. Sennonché, non si vede perché due imprese, che pure ben potrebbero partecipare in a.t.i. nel rispetto dei requisiti minimi di cui all'art. 92 D.P.R. n. 207/2010, non possano fare in modo che l'una presti all'altra quello che le manca in termini di classifica SOA. Dove sta il più, si potrebbe dire, sta il meno.

Può tuttavia convenirsi sul fatto che tali critiche siano non tanto alla giurisprudenza in commento, quanto, piuttosto, alla (a questo punto, forse, irragionevole) previsione normativa che ancora fa divieto di ricorrere all'avvalimento frazionato. Sicché, si inseriscono nel solco della nota (C(2008)0108) con la quale la Commissione aveva a suo tempo segnalato l'incongruenza di tale limitazione".

Quanto al rispetto dei principi comunitari, sfugge la ragione per la quale il nostro legislatore ha ritenuto di dovere confermare il divieto di avvalimento frazionato per gli appalti pubblici e lo ha, invece, soppresso per gli appalti di forniture e servizi. La parità di trattamento, la ragionevolezza della misura di legge, avrebbero dovuto indurre a praticare in ogni caso un trattamento uniforme, e certamente a non diversificarlo in base ad un elemento — l'oggetto dell'appalto — rispetto al quale sono estranee le ragioni (pro o contro) l'avvalimento.

* Per l'*avvalimento di garanzia*, si richiama la giurisprudenza (Cons. St., IV, 1-8-2012, 4406; TAR Campania, Napoli, I, 4-4-2012, n. 1589; Cons. St., V, 5-11-2012, 5595) e l'indirizzo di AVCP (det. 1-8-2012, n. 2).

5.(9) Alcune sentenze di TAR asseriscono, poi, che: *“La dichiarazione di avvalimento deve essere resa, per motivi di par condicio, in sede di partecipazione alla gara e deve essere corredata da apposita documentazione attestante il possesso dei requisiti da parte dell'impresa ausiliaria e l'obbligo, nei confronti del concorrente, di fornire i requisiti e le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, elementi, questi ultimi, che non possono essere oggetto di integrazione successiva all'offerta”* (es.: **TAR Emilia Romagna, Bologna, I, 14-2-2008, n. 219**). Trattasi di decisioni molto opinabili vuoi perché vengono a restringere l'applicazione di un istituto di carattere generale, vuoi ancora perché se l'art. 37/8 del Codice ammette che: *“In caso di procedure ristrette o negoziate, l'operatore economico invitato individualmente ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti”*, non vedesi —almeno per tali ipotesi— la non possibilità di utilizzare l'avvalimento sino alla fase dell'offerta. Infatti l'istituto dell'avvalimento è utilizzabile anche nel caso in cui non sia previsto nel bando di gara (Cons. St., IV, 20-11-2008, n. 5.742).

5.(10) Per il problema della *“prova”* (artt. 49/2 e 88/1 del regolamento), si richiamano alcune pronunce: (1) **Cons. St., V, 1054/2010** (relativamente al contratto di avvalimento che è stato ritenuto *«comprensivo di tutto ciò che rientra nella categoria OG12, compresi i macchinari»*); (2) **TAR Lazio, II-ter, 442/2012** (il contratto di avvalimento

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

deve contemplare la dichiarazione di cui all'art. 49/2 lett. a) del codice [conformi: **TAR Piemonte, I, 837/2009; TAR Valle d'Aosta, 1/2009**]; (3) **Cons. St., V, 571/2011** (il contratto di avvalimento deve contemplare un <<impegno chiaro e senza riserve>> di porre a disposizione, a sensi dell'art. 49/2, lett. d), del codice, le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto); (4) **TAR Lombardia, Milano, I, 728/2012** (l'impegno da parte dell'impresa ausiliaria di porre a disposizione le risorse oggetto dell'avvalimento deve essere assunto anche nei confronti della stazione appaltante: [conforme: **TAR Lazio, Roma, III, 5477/2008**]; (5) **TAR Lazio, Roma, II-ter, 3637/2008** (il contratto di avvalimento <<. . . può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo>> [conforme: **TAR Emilia-Romagna, 4653/2008; Cons. St., VI, 101/2012; Cons. St., IV, 3886/2008**]): l'art. 88 del regolamento è probabilmente da "disapplicare" o perché si discosta dalla norma primaria del codice o per contrasto con il diritto comunitario (in tal senso, seppur in termini dubitativi, **F.Cintioli**, cit., 1440); (6) **C.si, 670/2008** (è sufficiente la prova della disponibilità "in futuro" delle risorse offerte dall'impresa ausiliaria: non è, cioè, necessario che i mezzi siano già disponibili all'epoca dell'offerta [conforme: **Cons. St., 7376/2005**]); (7) **TAR Friuli-Venezia Giulia, 575/2008** (va escluso l'avvalimento laddove il contratto di avvalimento riporti in calce il "timbro-firma" al posto della dovuta sottoscrizione); (8) **TAR Valle d'Aosta, 1/2009** (non sarebbe sufficiente una "mera dichiarazione di avvalimento": [conforme: **Cons. St., V, 743/2009; Cons. St., VI, 641/2010; AVCP, parere precontenzioso 10-3-2011, n. 39**. V.nsi, altresì: **TAR Toscana, I, 1110/2011. TAR Sicilia, Palermo, III, 2174/201; TAR Campania, Napoli, I, 1589/2012; TAR Lazio, I, 3875/2008**])¹⁸.

Sempre in punto "prova", l'art. 81/1 del regolamento (per il quale: "*Per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento*").

5. Per i contratti di forniture, apparentemente, non dovrebbero sorgere problemi più complicati di quelli che possono sorgere a proposito dei contratti pubblici di *lavori e di servizi*.

In realtà, e si tiene conto che l'**Allegato II A** al regolamento, sotto la voce "*Categorie di opere specializzate*", si parla molto spesso di "fornitura" (Cat. OS3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 17, 19, 27, 28, 29, 30, 31), e se, ancora, si tengono presenti le norme di cui agli artt. 170 del regolamento in relazione all'art. 107, comma 2, lett. f), g), m), o) e p) del medesimo

¹⁸ La giurisprudenza sopra citata è stata ripresa da **O.Cutuajar e A.Massari**, Codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza. Annotato con il Regolamento e la Prassi, Maggioli Editore, 2012, 464 e segg..

testo normativo, è da prevedere l'incompatibilità tra l'istituto dell'avvalimento e alcune norme nazionali (sulle ATI e sul subappalto ad esempio) anche a proposito dei contratti di forniture. Tali anomalie vengono ad enfatizzarsi allorquando si debba tener conto delle citate categorie specializzate e se si ammette che il subappaltatore possa, a propria volta, avvalersi di imprese ausiliarie.

6. Vale la pena, poi, fare cenno al “*contratto di rete*”. L'art. 4-ter, quater e quinquies del dl 5/2009, convertito nella l. 122/2010, definisce tale contratto come segue:

4-ter. *Con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa. Il contratto può anche prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso. Ai fini degli adempimenti pubblicitari di cui al comma 4-quater, il contratto deve essere redatto, per atto pubblico o per scrittura privata autenticata e deve indicare:*

- a) il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale di ogni partecipante per originaria sottoscrizione del contratto o per adesione successiva;*
- b) l'indicazione degli obiettivi strategici di innovazione e di innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti e le modalità concordate tra gli stessi per misurare l'avanzamento verso tali obiettivi;*
- c) la definizione di un programma di rete, che contenga l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante, le modalità di realizzazione dello scopo comune e, qualora sia prevista l'istituzione di un fondo patrimoniale comune, la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare al fondo nonché le regole di gestione del fondo medesimo; se consentito dal programma, l'esecuzione del conferimento può avvenire anche mediante apporto di un patrimonio destinato costituito ai sensi dell'articolo 2447-bis, primo comma, lettera a), del codice civile. Al fondo patrimoniale comune costituito ai sensi della presente lettera si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 2614 e 2613 del codice civile;*
- d) la durata del contratto, le modalità di adesione di altri imprenditori e, se pattuite, le cause facoltative di recesso anticipato e le condizioni per l'esercizio del relativo diritto, ferma restando in ogni caso l'applicazione delle regole generali di legge in materia di scioglimento totale o parziale dei contratti plurilaterali con comunione di scopo;*
- e) se il contratto ne prevede l'istituzione, il nome, la ditta, la ragione o la denominazione soggetto come mandatario comune nonché le regole relative alla sua*

eventuale sostituzione durante la vigenza del contratto. Salvo che sia diversamente disposto nel contratto., l'organo comune agisce in rappresentanza degli imprenditori, anche individuali, partecipanti al contratto, nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni, nelle procedure inerenti ad interventi di garanzia per l'accesso al credito e in quelle inerenti allo sviluppo dei-sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di innovazione previsti dall'ordinamento nonché all'utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti e marchi di qualità o di cui sia adeguatamente garantita la genuinità della provenienza;

f) *le regole per l'assunzione delle decisioni dei partecipanti su ogni materia o aspetto di interesse comune che non rientri, quando è stato istituito un organo comune, nei poteri di gestione conferiti a tale organo, nonché, se il contratto prevede la modificabilità a maggioranza del programma dirette, le regole relative alle modalità di assunzione delle decisioni di modifica del programma medesimo.*

4-ter. 1. *Le disposizioni di attuazione della lettera e) del comma 4-ter per le procedure attinenti alle pubbliche amministrazioni sono adottate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con il Ministro dello sviluppo economico.*

4-ter. 2. *Nelle forme previste dal comma 4-ter. 1 si procede alla ricognizione di interventi agevolativi previsti dalle vigenti disposizioni applicabili alle imprese aderenti al contratto di rete, interessate dalle procedure di cui al comma **4-ter, lettera e)**, secondo periodo. Restano ferme le competenze regionali per le procedure di rispettivo interesse.*

4-quater. *Il contratto di rete è soggetto a iscrizione nella sezione del registro delle imprese presso cui è iscritto ciascun partecipante e l'efficacia del contratto inizia a decorrere da quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte a carico di tutti coloro che ne sono stati sottoscrittori originari.*

4-quinquies. *Alle reti delle imprese di cui al presente articolo si applicano le disposizioni dell'articolo 1, comma 368, lettere h), e) e à) della legge 23 dicembre 2005, n. 266 e successive modificazioni, previa autorizzazione rilasciata con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze di concerto con il Ministero dello sviluppo economico, da adottare entro sei mesi dalla relativa richiesta.*

Siccome trattasi di un contratto che si avvicina a quello di consorzio, potrebbero porsi dei problemi qualora i *concorrenti* alle gare disciplinate dal d.lg. 163/2006 si avvalessero di tale contratto al posto di quelli dei consorzi disciplinati dagli artt. 34-37 del codice. Di riflesso si potrebbero porre problemi per l'avvalimento, sia *esterno*, che *interno*¹⁹.

¹⁹ Per tale contratto, v.si **E.M. Tripputi**, Il contratto di rete (in “Nuove Leggi Civili Commentate”, 1/2011, 55 e segg.).

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SERVIZI E FORNITURE: AVVALIMENTO

7. Circa la natura del contratto di avvalimento, le opinioni sono diverse. Si parla di contratto innominato, di contratto di mandato, di promessa del fatto del terzo a sensi dell'art. 1381 cc, di contratto a favore di terzi a sensi degli artt. 1411 e segg. cc, di contratto di *prestito di requisiti* caratterizzato da una duplicità di cause e a contenuto variabile.

F.Cintioli, ad esempio, asserisce: *“Il contenuto variabile discende (recte: è condizionato) dal tipo di requisito posto a gara su scelta della stazione appaltante: (i) se si tratta di un bene materiale (che si collega ad una componente materiale della prestazione), avremo che il contenuto variabile potrà consistere in un affitto di azienda o di ramo di azienda od in un subappalto, secondo le preferenze espresse dalle parti; (ii) se si tratta di un bene immateriale (e generico: ad esempio la soglia di fatturato o di capitale sociale, stando agli esempi fatti in precedenza e tratti dalla giurisprudenza), esiste una difficoltà di configurare il rapporto come un affitto di azienda o come un subappalto. Il contratto, però, non può mancare e non può limitarsi alla menzione del prestito dei requisiti, ma potrà avere in questo secondo caso un contenuto variabile di portata più ampia e quindi più generica: ad esempio, la cessione del know how, o di una messa a disposizione di propri uffici e/o maestranze”*, per poi concludere che: *“Il contratto di avvalimento è basato su una duplicità di cause. La prima è una causa costante che coincide col prestito dei requisiti. La seconda è invece una causa variabile, che corrisponderà al tipo contrattuale che, di volta in volta, si accomunerà al tipo contrattuale che, di volta in volta, si accomunerà al prestito dei requisiti. L'una e l'altra influenzeranno la disciplina della fattispecie, in armonia con le indicazioni impartite dal legislatore”*. In sostanza *“Esso assume contenuti e soprattutto forme giuridiche di volta in volta diverse. Si è già ricordata questa sua attitudine ad esser camaleonte: subappalto o affitto di azienda o di ramo di azienda o consorzio o franchising o cessione di diritti di know how o contratto di garanzia”* (op. cit., 1450, 1452 e 1447).

7.1. Ancora, sembra doversi aderire alla tesi per la quale l'impresa ausiliaria è, in qualche modo, “parte” nei confronti della stazione appaltante (**TAR Lombardia, Milano, I, 728/2012; TAR Lazio, Roma, III, 5477/2008; Cons. St., VI, 2956/2010**) e assume, nei confronti di questa, la responsabilità *“...in relazione alle prestazioni oggetto del contratto”*. E, per “contratto” –e secondo un principio di ragionevolezza- non deve intendersi il “contratto di appalto”, bensì il “contratto di avvalimento”. Quindi deve pervenirsi alla tesi della responsabilità limitata a ciò che viene contemplato come oggetto in avvalimento²⁰.

²⁰ In tal senso, anche **F.Cintioli**, cit., 1442 e segg.

LE VENDITE FALLIMENTARI 'COMPETITIVE' TRA AUTONOMIA CONTRATTUALE E PROCESSO - PARTE I -

L'Autrice ricostruisce alcuni profili delle vendite fallimentari c.d. 'competitive' al fine di verificare in quali ipotesi la disciplina privatistica possa trovare applicazione anche al di fuori dell'ambito del libero mercato ed in un contesto peculiare quale la procedura concorsuale fallimentare.

di **CRISTINA SARACINO**

1. Premessa

La riforma della legge fallimentare ha rinnovato le vesti della fase di liquidazione dell'attivo fallimentare, rendendo inattuali i modelli interpretativi che dall'entrata in vigore della legge fallimentare si sono andati consolidando.

Nel sistema previgente le vendite fallimentari erano parificate alle vendite effettuate in sede di espropriazione forzata: l'ombra del processo involgeva ogni atto e non vi era alcuno spazio per un concreto operare dell'autonomia contrattuale. Infatti, la legge fallimentare del 1942 mirava ad assicurare una disciplina in grado di fornire, in una situazione di *deconfiture* dell'impresa, una tutela esecutiva dei creditori in una forma che assicurasse nel maggior grado la *par condicio*. L'opzione di fondo seguita dal legislatore della riforma è stata invece quella di perseguire, anche nel corso del fallimento, per quanto possibile, la sopravvivenza dei valori organizzativi residui dell'impresa insolvente.

Il contesto nel quale è maturato il processo riformatore ha visto l'interiorizzazione della profonda trasformazione intervenuta nella gestione dell'economia e dell'attività economica, che, attraverso il nuovo diritto societario e della crisi d'impresa, com'è stato scritto, marcia e vuole marciare dietro la bandiera dell'autonomia privata. La fase di liquidazione risulta quindi, a seguito della riforma, tendenzialmente 'affrancata' dalle rigide forme dell'esecuzione forzata regolate dal codice di procedura civile e punta alla conservazione, anziché alla dispersione, dei valori insiti nell'impresa, in vista di una maggior tutela degli interessi generali coinvolti e specificamente della miglior tutela dei creditori, attraverso la valorizzazione degli organismi produttivi e dei patrimoni.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

Si tratta di una tendenza che trova radici e ramificazioni anche in Europa, laddove numerosi sono i modelli proposti per mantenere e risanare le imprese decotte. Sicuramente risultano privilegiate - anche in Italia - le soluzioni stragiudiziali o 'concordate' della crisi, che lasciano all'autonomia negoziale delle parti il riassetto dei propri rapporti, ma, come oggi si ritiene, anche da una procedura a stampo liquidatorio si possono raggiungere quegli obiettivi di salvaguardia e risanamento dei valori aziendali che fungono da priorità sui tavoli dei legislatori oggi alle prese con un sistema economico in un momento di grande impasse.

L'art. 107 l. fall. ha introdotto una sorta di doppio binario: da un lato i negozi di trasferimento da compiersi dal curatore nel rispetto delle procedure competitive, dall'altro, quale retaggio del previgente sistema, così come reso ancora possibile espressamente dal secondo comma, dal giudice delegato "secondo le disposizioni *del codice di procedura in quanto compatibili*". Si tratta di due opzioni che prescindono dalla natura del bene oggetto di alienazione (che, a differenza del passato, non orienta la tipologia di vendita): la scelta spetta al curatore, che, nell'ottica di una gestione 'manageriale' dell'insolvenza, dovrà già darne atto nel programma di liquidazione, da redigersi in termini strettissimi dalla dichiarazione di fallimento.

Alla luce delle caratteristiche di dinamicità, flessibilità, rapidità che la modalità 'competitiva' offre, si è riconosciuto che oggi effettuare le vendite in sede fallimentare con le modalità dettate dal codice di procedura civile costituisce sì un'opzione legittima ma di grado subordinato, che non trova quasi più riscontro nella prassi, risultando molto meno 'allettante' in termini di tempi, costi e realizzo. Questo secondo tipo di vendite, che viene effettuato da parte del giudice delegato e non del curatore, nelle forme dell'esecuzione forzata, si ritiene un retaggio del previgente sistema¹: non si condivide infatti l'opinione di chi afferma che tali modalità costituiscano procedure competitive *juris et de jure*².

¹ L'intento del legislatore, così come espresso nella relazione di accompagnamento, era infatti quello di superare le "farraginose e poco efficienti norme sulle vendite modellate sul sistema delle esecuzioni coattive individuali". Nel senso che le nuove regole che governano la fase attuativa della liquidazione dell'attivo fallimentare facciano trasparire l'intento del legislatore di segnare un'evidente soluzione di continuità con il sistema precedente, si veda C. MIRAGLIA, *Le vendite fallimentari: aspetti sostanziali*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, III, Padova, 2009, 362.

² Utilizza questa definizione L. MANDRIOLI, *sub art. 107*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2011, 1253. Si rileva come si sia anche affermato che la possibilità di scelta del curatore di affidare la vendita al giudice delegato secondo le regole codicistiche non potrebbe che rimarcare la coattività delle vendite concorsuali. E' di questo avviso A. PALUCHOWSKY, *sub art. 105*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 1001.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

Va tenuto inoltre presente che, benché ancor oggi sia possibile fare riferimento alle regole del processo esecutivo, la portata del rimando si è sensibilmente ridotta, dovendo essere oggetto di espressa opzione da parte del curatore all'interno del programma³: gli atti traslativi compiuti all'interno della fase di liquidazione dell'attivo, così come recentemente novellati dal legislatore, risultano oramai quasi del tutto disancorati dalle forme di conversione dei beni in danaro contemplate nell'ambito del processo esecutivo.

Come si è anticipato, si sono infatti previsti schemi procedurali più flessibili che puntano il dito a due obiettivi: *in primis*, la deformalizzazione del procedimento, e, in secondo luogo, l'ampliamento delle forme di pubblicità, in conformità alla notevole gamma di mezzi oggi disponibili, anche di carattere informatico e telematico.

La Relazione illustrativa indica quali principi ispiratori della riforma contenuta nel d.lgs. 5/2006 “*l'accelerazione*” delle procedure, la “*semplificazione degli adempimenti*” connessi alle stesse e la “*de-giurisdizionalizzazione della procedura concorsuale*”.

Un ruolo centrale viene assunto nel rinnovato contesto dalle ‘procedure competitive’, nuovo modello decisionale di selezione dell'aggiudicatario, che costituisce un nuovo parametro per l'individuazione della attuale natura delle vendite in sede fallimentare.

Se infatti, nel sistema previgente erano le modalità e gli effetti della vendita in sede giudiziaria a rappresentare l'unico - e necessario, per il rinvio espresso contenuto

³ Si segnala che mentre il d.lgs. 5/2006 aveva cancellato del tutto il rimando alle norme del processo esecutivo, il decreto correttivo ha parzialmente ripristinato tale collegamento, tuttavia limitato alle ipotesi in cui il curatore preveda, nel programma di liquidazione, che le vendite di beni mobili, immobili e mobili registrati siano effettuate secondo le previsioni del codice di procedura civile in quanto compatibili. Oggi l'art. 105 l. fall. statuisce espressamente, ai primi due commi, che: “*Le vendite e gli altri atti di liquidazione posti in essere in esecuzione del programma di liquidazione sono effettuati dal curatore tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate, salvo il caso di beni di modesto valore, da parte di operatori esperti, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati. Il curatore può prevedere nel programma di liquidazione che le vendite dei beni mobili, immobili e mobili registrati vengano effettuate dal giudice delegato secondo le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili*”.

D'altro canto - si rileva in S. AMBROSINI - G. CAVALLI - A. JORIO, *Il fallimento*, Padova, 2009, 640 - già all'indomani della riforma organica il disposto dell'art. 107, 1° comma, si rivelava così ampio che, anche prima del 1° gennaio 2008, non si dubitava della circostanza che il curatore avesse la possibilità di richiamare le regole del codice di procedura civile.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

nella legge fallimentare - modello sulla cui base attribuire carattere coatto ai trasferimenti durante la fase di liquidazione dell'attivo, si è dell'avviso che, oggi, alla luce del dettato legislativo riformato, e visti anche gli obiettivi espressamente perseguiti nei differenti micromondi che appartengono sempre al macrosistema delle procedure concorsuali (il riferimento è alle procedure concordatarie e agli istituti per la soluzione negoziale della crisi d'impresa), non possa più ritenersi attuale il modello che, come si è dato atto, ha dominato per più di un cinquantennio.

E' stata poi soppressa, sebbene a seguito di un frenetico e confuso *iter* legislativo⁴, la distinzione fra norme relative a vendite di beni mobili ed immobili, che esprimeva una implicita ma evidente prevalenza⁵ di queste ultime.

Oggi l'art. 105 l. fall. apre al curatore un ventaglio ampio di modalità liquidatorie. Il trasferimento può infatti avere ad oggetto: a) singoli beni; b) l'intero complesso aziendale; c) uno o più rami di azienda; d) beni o rapporti giuridici individuabili in blocco; e) attività e passività riferibili a b), c) d); f) i soli attivi inerenti a b), c), d); g) crediti aziendali⁶.

La lettera dell'art. 105 l. fall. è stata epurata da qualunque riferimento alle vendite in sede giudiziaria, che sono richiamate oggi, ma con un ruolo 'di subordinate', dall'art. 107 l. fall., norma che disciplina le modalità delle vendite fallimentari.

Ciononostante, una parte della dottrina, anche nell'ambito della rinnovata fase di liquidazione dell'attivo, ritiene permanente la natura esecutiva - coattiva in capo alle vendite fallimentari, essenzialmente perché queste ultime prescindono dalla volontà, ovvero dal consenso del debitore, non hanno, quindi, carattere negoziale di diritto privato e sono finalizzate al soddisfacimento dei creditori ammessi al passivo, attraverso la distribuzione del ricavato della vendita stessa⁷.

⁴ Nella versione della legge del 2006 erano state conservate le precedenti divisioni in sezioni e rubriche, pur essendo mutato il contenuto delle disposizioni (per aspre critiche sul punto si veda C. FERRI, *La liquidazione dell'attivo fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 2, 96); con il correttivo del 2007 il secondo comma dell'art. 7, d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, prima dell'art. 105 ha inserito le parole "*Sezione II Della vendita dei beni*". Per una ricostruzione delle modifiche intervenute si veda L. IANNICELLI, *Le vendite fallimentari: aspetti processuali*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. Buonocore - A. Bassi, III, Padova, 2009, 379 ss..

⁵ Esprimendo una visione ottocentesca dell'oggetto dell'esecuzione forzata, anche concorsuale. Così G. TARZIA, *Esecuzione forzata e fallimento*, Milano, 1994, 647.

⁶ C. MIRAGLIA, *Le vendite fallimentari: aspetti sostanziali, cit.*, 348.

⁷ E' di questo avviso M. MONTELEONE, *cit.*, 964; nello stesso senso P. LICCARDO - G. FEDERICO, *Art. 108. Poteri del giudice delegato*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Torino - Bologna, 2007, 1805, i quali, ponendo l'accento sui poteri in capo al giudice delegato, sostengono che: "*Ad una lettura disincantata delle disposizioni appare del resto evidente come il paradigma della vendita esecutiva permanga tuttora sullo sfondo come archetipo di riferimento del legislatore della riforma: milita a favore*

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

Dall'altra, si è messo in evidenza che le varie forme di alienazione contemplate negli articoli 105 e ss. l. fall. dimostrano che non possono riscontrarsi i caratteri delle vendite coattive, non solo poiché non vengono compiute dal giudice delegato, ma anche poiché le stesse vengono effettuate dal curatore. Si sarebbe di fronte ad una serie di alienazioni nelle forme del diritto privato e in sostanza di contratti di alienazione, avverso i quali possono farsi valere i rimedi consentiti contro quei contratti⁸. Sempre a favore della natura privatistica delle vendite in sede fallimentare è stato inoltre acutamente rilevato che il fallimento, quando è dichiarato a seguito di domanda del debitore (art. 6, l. fall.), è del tutto simile alla procedura di liquidazione volontaria delle società⁹.

Come si sosteneva già per le vendite di immobili a trattativa privata del vecchio regime¹⁰, con la riforma si è forse aperta una *nuova prospettiva* per gli atti di liquidazione dell'attivo fallimentare, ovvero quella relativa ad un'alienazione negoziata, sì preceduta da un atto di natura squisitamente processuale (il programma di liquidazione, autorizzazione del comitato dei creditori e visto del giudice delegato), ma

di detta ricostruzione il mantenimento del potere autorizzatorio del giudice delegato, che si esprime non solo nella necessaria approvazione del programma di liquidazione, condizione di passaggio alla fase liquidatoria, ma deve ritenersi immanente all'intera fase, come testimoniato dall'articolazione di un potere sospensivo esteso e penetrante, riflesso altresì nel limitato potere sospensivo del curatore”.

⁸ G. U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit., 430. Nello stesso senso, si veda A. DONVITO, *Le vendite immobiliari nel fallimento*, in *Giur. it.*, 2007, 3, 777, il quale sostiene che non rilevi per attribuire carattere coattivo o meno alla vendita ex art. 107 l. fall. l'inserimento sistematico della vendita nel processo fallimentare “*perché avviene comunque fuori dal processo e le modalità di vendita e di trasferimento della proprietà ne sono la dimostrazione*”.

⁹ M. SANDULLI, *Esecuzione forzata e terzi*, in in *Riv. Es. Forz.*, 2005, 15 ss. Si segnala, come, anteriormente alla riforma, i sostenitori della natura di trasferimento coattivo delle vendite fallimentari ed dell'applicabilità alla stessa disciplina della vendita forzata, operavano comunque un *distinguo* per le vendite in sede di amministrazione straordinaria e liquidazione coatta amministrativa, affermando che: “*(...) il carattere negoziale delle vendite non dipende dalla libertà di forma del soggetto che le attua, ma dalle caratteristiche del procedimento in cui si realizzano e dall'esercizio dei poteri autorizzativi ed impositivi del giudice, talché, se esse avvengono in un procedimento che non ha natura esecutiva, si può escludere la natura di trasferimento coattivo. Pertanto le vendite nell'amministrazione straordinaria (e nella liquidazione coatta amministrativa) non sono coattive né vendite forzate, non perché il ricavato non possa anche essere destinato ai creditori, ma semplicemente poiché i loro effetti si producono all'interno di un procedimento di cui si esclude la natura giurisdizionale esecutiva*”. Così C. FERRI, *La nullità delle vendite concorsuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 2, 432.

¹⁰ G. BONDONI, *La vendita degli immobili nel fallimento a trattativa o licitazione privata secondo una nuova prospettiva*, in *Dir. fall.*, 1982, 6, 805.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

poi effettuata attraverso un atto contrattuale di disposizione del bene (immobile, mobile, azienda), la cui vita, nelle sue fasi fisiologiche e patologiche, è regolata dalle norme di diritto comune? Su questo dubbio, come si è dato atto, la dottrina è divisa.

Sicuramente il progetto del legislatore punta oggi alla massimizzazione del valore dei beni alienati non attraverso una pura e semplice assimilazione della vendita fallimentare a quella prevista dal codice di procedura civile in termini di espropriazione, ma sulla base di impalcature che rendano possibile, grazie a meccanismi di competizione, una trasparente e oculata attività di mercato¹¹. Del resto, come si è acutamente osservato, dal punto di vista dell'indagine storica le modalità di vendita in materia fallimentare in genere non sono frutto di opzioni di dogmatica giuridica, ma hanno sempre riguardo a ragioni di convenienza ed efficienza¹².

Sarebbe troppo semplicistico, superata la barriera delle vendite giudiziarie, tuffarsi a capofitto in un'interpretazione che riconduca in maniera *tranchant* gli atti di alienazione che oggi vengono compiuti in sede fallimentare a semplici vendite tra privati¹³.

Sicuramente l'autonomia privata inizia a farsi strada oggi anche in un contesto nel quale, in passato, le era precluso quasi del tutto qualsiasi accesso.

L'estrema procedimentalizzazione delle vendite, la rigidità delle forme e degli effetti, il ruolo cardine del giudice delegato, il decreto di trasferimento quale unico mezzo idoneo per il trasferimento della proprietà, erano tutti elementi che rendevano molto difficile ipotizzare la presenza di una qualche autonomia negoziale da parte degli attori in gioco.

Oggi l'ottica è rovesciata: il curatore è chiamato in primo luogo a sondare in prima persona il mercato per verificare le occasioni di collocazione dei beni, e, più

¹¹ La Relazione Illustrativa al d.lgs. 5/2006 afferma che *“anche in questo caso, così come in tutta la fase della liquidazione dell'attivo, deve trovare applicazione ogni forma e ogni mezzo che finisca per raggiungere il duplice obiettivo del massimo realizzo e della massima conservazione possibile dei nuclei ancora produttivi. Sotto questo secondo aspetto, si giustifica la previsione secondo cui, ai fini della vendita di aziende o di suoi rami in esercizio la scelta dell'acquirente deve essere effettuata tenendo conto non solo dell'ammontare, in sé, del prezzo offerto, ma anche delle garanzie di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli di occupazione”*.

¹² E. BRUSCHETTA, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, Torino, 2009, 1230.

¹³ Sebbene già in passato non si fosse mancato di sottolineare che: *“l'amministrazione fallimentare rende talvolta la vendita del curatore molto più vicina a quella volontaria e consente talune forme che la vendita forzata non conosce”*, così S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, 366.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

spesso, dei complessi produttivi, attraverso una vera e propria campagna di informazione, sorretta da stime di esperti. Dopo aver individuato la propria controparte contrattuale, viene utilizzato lo strumento privatistico del contratto di compravendita per suggellare il sinallagma raggiunto.

Le interpretazioni date in passato, circa gli effetti, il regime di responsabilità, le garanzie, i doveri informativi, se non sono da ritenere del tutto superati, risultano quantomeno da ‘adeguare’, non solo con riferimento alle nuove modalità di vendita, ma in relazione ai nuovi obiettivi in virtù dei quali va garantita tutela alle istanze anche di nuove categorie soggettive.

Com'è noto, le procedure concorsuali operano sul piano della conservazione o della realizzazione della garanzia patrimoniale che presidia la responsabilità per le obbligazioni. Il loro scopo è quello di salvaguardare o realizzare il soddisfacimento dei creditori, assicurandone in via di principio la parità di trattamento. La concorsualità vale a qualificare la tutela dei diritti in esse erogata ed a differenziarla da quella ordinaria.

Laddove però si abbandoni l'idea di una procedura esecutiva collettiva a favore dei creditori per far invece emergere dall'insieme dei molteplici interessi che devono essere protetti quello della salvaguardia dei valori dell'impresa, e in particolare l'interesse dei dipendenti, le regole di riferimento non possono che mutare.

2. Le modalità di vendita dei beni: le *procedure competitive*

L'art. 107 l. fall. disciplina oggi in maniera unitaria le modalità delle vendite e degli altri atti di liquidazione dei beni posti in essere in esecuzione del programma di liquidazione, così rivoluzionando il momento attuativo della fase di liquidazione fallimentare, legato in passato al modello dell'espropriazione forzata, ed affidato oggi alle capacità gestorie del curatore¹⁴.

¹⁴ “Art. 107 *Modalità delle vendite. - 1. Le vendite e gli altri atti di liquidazione posti in essere in esecuzione del programma di liquidazione sono effettuati dal curatore tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate, salvo il caso dei beni di modesto valore, da parte di operatori esperti, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati. 2. Il curatore può prevedere nel programma di liquidazione che le vendite dei beni mobili, immobili, e mobili registrati vengano effettuate dal giudice delegato secondo le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili. 3. Per i beni immobili e gli altri beni iscritti nei pubblici registri, prima del compimento delle operazioni di vendita, è data notizia mediante notificazione da parte del curatore, a ciascuno dei creditori ipotecari o comunque muniti di privilegio. 4. Il curatore può sospendere la vendita ove pervenga offerta irrevocabile d'acquisto migliorativa per un importo non inferiore al dieci per cento del prezzo offerto. 5. Degli esiti delle procedure, il curatore informa il giudice delegato ed il comitato dei creditori, depositando in cancelleria la relativa documentazione. 6. Se alla data di dichiarazione di fallimento sono pendenti procedure esecutive, il curatore può subentrarvi; in tale caso si applicano le*

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

La disposizione di cui all'art. 107 l. fall. ha un ampio respiro, assurgendo a norma generale, a sorta di minimo comune denominatore caratterizzante tutte le vendite effettuate nell'ambito del processo di liquidazione^{15 16}.

Soppresso ogni vincolo derivante dalla natura del bene oggetto di alienazione, e fermo l'onere di comunicazione ai creditori privilegiati di cui al terzo comma dell'art. 107 l. fall., al curatore viene unicamente imposto di effettuare le vendite e gli altri atti di liquidazione *“tramite procedure competitive”, “anche avvalendosi di soggetti specializzati”, “sulla base di stime (...) effettuate da operatori esperti”, “assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati”*.

Una formulazione così palesemente generica non lascia molti dubbi sulla circostanza che il legislatore abbia voluto assicurare al curatore massima autonomia, in relazione sia alle modalità di valorizzazione dei beni, sia alle modalità di collocamento degli stessi sul mercato, riservando a quest'ultimo anche la delicata scelta delle tecniche da adottare nella fase 'precontrattuale', prodromica alla stipulazione del contratto.

Quanto alla dizione utilizzata dal legislatore, si è desunto che con tale termine ci si riferisca all'assunzione di un modello decisionale di selezione dell'aggiudicatario, che assume a suo connotato intrinseco l'apertura alla competizione tra gli offerenti¹⁷.

disposizioni del codice di procedura civile; altrimenti su istanza del curatore il giudice dell'esecuzione dichiara l'improcedibilità dell'esecuzione, salvi i casi di deroga di cui all'articolo 51. 7. Con regolamento del Ministro della giustizia da adottare ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono stabiliti requisiti di onorabilità e professionalità dei soggetti specializzati e degli operatori esperti dei quali il curatore può avvalersi ai sensi del primo comma, nonché i mezzi di pubblicità e trasparenza delle operazioni di vendita”.

¹⁵ Così A. PALUCHOWSKY, *Programma di liquidazione e vendite competitive*, relazione tenuta al convegno *“Il nuovo diritto concorsuale”*, tenutosi a Roma, 20-22 aprile 2009.

¹⁶ La norma trova un parallelo nell'art. 62, d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (c.d. Prodi *bis*) in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, che, nell'ipotesi di risanamento, prevede tecniche negoziali per l'alienazione dei beni. Nella disposizione indicata si fa poi riferimento a stime preventive da parte di esperti, nonché a forme *“adeguate alla natura dei beni e finalizzate al migliore realizzo”*; le vendite devono poi essere conformi alle previsioni del programma del commissario e ai criteri generali stabiliti dall'autorità ministeriale. Sul tema si veda E. MARINUCCI, in AA.VV., *La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Torino, 2000, 294 ss.. Si segnala inoltre che al di fuori della normativa concorsuale, un'esperienza di procedure competitive si è realizzata con la legislazione degli ultimi anni sulla dismissione del patrimonio immobiliare dello Stato e degli pubblici previdenziali. Sull'argomento si veda R. COLAGRANDE, *La dismissione del patrimonio immobiliare degli enti previdenziali pubblici*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2002, 2-3, 242 ss..

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

Che il concetto di procedure competitive non appaia di facile decodificazione risulta un'opinione diffusa tra gli interpreti, che, dopo l'entrata in vigore della disposizione, hanno cercato di ovviare alla vaghezza del termine utilizzato dal legislatore ed all'assenza di formule sacramentali, individuando alcuni indefettibili requisiti base del procedimento¹⁸.

Il primo onere testualmente imposto dall'art. 107 l. fall. è infatti quello relativo alla stima dei beni da parte di esperti¹⁹: è un documento di estrema importanza per la collocazione sul mercato del bene, poiché il valore in essa determinato diventa infatti, nella generalità dei casi, il prezzo di partenza per la successiva 'gara'. Nelle risultanze della stima possono anche rinvenirsi eventuali alternative alla vendita (quale, ad esempio, la rottamazione del bene); in ogni caso può sicuramente costituire uno strumento idoneo ad assicurare il controllo sull'operato del curatore²⁰.

¹⁷ Così P. LICCARDO - G. FEDERICO, *Le modalità competitive della liquidazione concorsuale*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Torino - Bologna, 2007, 543.

¹⁸ C. MIRAGLIA, *Le vendite fallimentari: aspetti sostanziali*, cit., 364.

¹⁹ Non vi sono modelli tipici di relazione di stima, così come invece avviene per l'espropriazione forzata attraverso il richiamo all'art. 173, disp. att. c.p.c.. Si segnala che nelle *Istruzioni ai curatori per la liquidazione dei beni del fallito*, documento redatto dalla Sezione Fallimentare del Tribunale di Milano, 3 febbraio 2007, in *Giur. comm.*, 2008, II, 726, si precisa che la stima deve essere effettuata da soggetti specializzati e con relazioni dettagliate e documentate che devono prevedere: "a) l'identificazione del bene, comprensiva dei confini e dei dati catastali; b) una sommaria descrizione del bene; c) lo stato di possesso del bene, con l'indicazione, se occupato da terzi, del titolo in base al quale è occupato, con particolare riferimento all'esistenza di contratti registrati in data antecedente al pignoramento; d) l'esistenza di formalità, vincoli o oneri, anche di natura condominiale, gravanti sul bene, che resteranno a carico dell'acquirente, ivi compresi i vincoli derivanti da contratti incidenti sulla attitudine edificatoria dello stesso o i vincoli connessi con il suo carattere storico-artistico; e) l'esistenza di formalità, vincolo o oneri, anche di natura condominiale, che saranno cancellati e che comunque risulteranno non opponibili all'acquirente; f) la verifica della regolarità edilizia e urbanistica del bene, nonché l'esistenza della dichiarazione di agibilità dello stesso". La legge consente una deroga all'obbligatorietà della stima dei beni nel caso i quest'ultimi siano di modesto valore, tali per cui i costi di perizia assorbirebbero in tutto o gran parte il netto ricavo dei beni medesimi. Cfr. L. MANDRIOLI, *Commento sub art. 107*, cit., 1253. In attesa del decreto previsto dall'art. 107, ultimo comma, l. fall., si ritiene che le stime debbano essere effettuate da consulenti iscritti negli appositi albi tenuti presso ciascun tribunale, individuati a seconda del luogo in cui si trovano i beni da stimare. V. M. MONTANARO, *sub art. 107*, in C. CAVALLINI, *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, 1003.

²⁰ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2007, 242.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

La natura ed il valore del bene, il tempo a disposizione, la proporzionalità tra costi e ricavi, lo stato del mercato, sono tutti elementi che influiscono sulla scelta della concreta modalità attraverso cui dare avvio alla procedura competitiva di liquidazione.

L'opzione del curatore per quella che, per la natura di competitività che deve connaturare il procedimento, non può che essere una 'gara' nell'accezione estesa del termine, è stata ricondotta a tre modelli (*a*) vendite a trattativa privata; *b*) vendite a procedure competitive semplificate; *c*) vendite a procedure competitive rigide)²¹; si tratta in ogni caso di indicazioni di massima, in quanto il curatore è libero, ad esempio, ove lo ritenga maggiormente opportuno, sia di effettuare la raccolta di offerte cauzionate in misura uguale o superiore al prezzo base stabilito nella perizia dall'esperto, e successivamente scegliere il contraente in base a colui che ha fatto l'offerta più alta; sia, diversamente, di invitare coloro che hanno presentato le offerte cauzionate ad una seconda fase, di fronte ad esso o davanti al giudice delegato, nella quale effettuare una vera e propria gara sulla base di offerte minime in aumento.

Non risultando in alcun modo tipizzate²², le modalità di vendita risultano caratterizzate da un'estrema flessibilità, purché, è ovvio, vengano rispettati i (pochi ma essenziali) parametri fissati dall'art. 107 l. fall: è il curatore infatti che deve disporre tempi e forme per consentire la presentazione delle offerte, per le eventuali fasi successive e i criteri sulla cui base individuare il soggetto aggiudicatario del bene²³.

Oltre ad essere preceduta dalla predisposizione della stima del bene, la 'competizione' tra i potenziali interessati deve, infatti, essere stimolata attraverso "adeguate forme di pubblicità". Ciò significa che il curatore ha l'obbligo di individuare e adottare i canali informativi che, in relazione a ciascuna tipologia di vendita, con tutte le peculiarità che la fattispecie concreta reca con sé, appaiano maggiormente appropriati. Dunque si tratterà di dare pubblicità commerciale all'operazione, attraverso i mezzi di stampa locali e nazionali, tramite siti *internet* specializzati e con qualunque altro strumento in grado di garantire un'effettiva pubblicità.

L'oggetto della vendita e le sue caratteristiche dovranno essere analiticamente descritti negli annunci *lato sensu* pubblicitari, e, quanto alla diffusione, il mezzo prescelto dovrà assicurare una pubblicità locale (comunale, provinciale, regionale) e, ove necessario, anche nazionale, sino a forme sempre più penetranti a seconda del maggior valore dell'oggetto della cessione (quotidiani nazionali, riviste specializzate nel particolare mercato di riferimento o inviti personalizzati e diretti a rappresentanti delle

²¹ Ricostruiscono così P. LICCARDO - G. FEDERICO, *Le modalità competitive della liquidazione concorsuale*, cit., 544.

²² Non solo non vengono previsti modelli di relazione di stima, ma neppure modelli tipici di pubblicità legale, come invece avviene, per l'esecuzione forzata, attraverso l'art. 490 c.p.c..

²³ Per completezza espositiva si ricorda che il curatore, a norma dell'art. 104 *ter*, terzo comma, l. fall., può essere autorizzato ad affidare ad altri professionisti alcune incombenze dell'intera fase interessata alla vendita competitiva.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

categorie del settore merceologico o a utenti abituali acquirenti di beni in sede fallimentare).

La pubblicità informativa dovrà dunque risultare tanto più estesa quanto più alto e indifferenziato risulterà il numero dei potenziali interessati.

Prendendo ispirazione dagli insegnamenti del *marketing*, il curatore infatti deve cercare di raggiungere i potenziali interessati con mezzi mirati, ma evitando inutili contatti, che rendono più costosa la pubblicità senza dare risultati concreti²⁴.

La capacità informativa - per completezza, chiarezza e analiticità di contenuto - della pubblicità predisposta, e l' idoneità della stessa a raggiungere una vasta gamma di potenziali acquirenti, sono i due principali elementi attraverso i quali valutare l' adeguatezza delle forme di pubblicità effettuate²⁵. Il giudizio non verte sulla specifica tecnica prescelta, ma dove focalizzarsi sull' adeguatezza delle formalità pubblicitarie e sulla trasparenza del sistema di raccolta delle offerte, sotto il particolare profilo dell' assenza di elementi che potrebbero turbare il corretto svolgersi della procedura²⁶.

Si tratta di una valutazione che si innesta in un contesto in cui non vi possono essere certezze assolute circa la maggiore proficuità di una tecnica, piuttosto che un' altra: sono infatti molteplici i fattori (mercato, territorio, bene, tempistiche) che, interagendo gli uni con gli altri, influenzano in modo rilevante le dinamiche delle vendite fallimentari. La ' redditività ' di ogni singola operazione di liquidazione, è, in ogni caso, in parte correlata alla funzionalità del sistema prescelto, nonché all' attenzione, alla cura ed al controllo del curatore nel gestire tale attività.

Migliore realizzo dei beni e trasparenza delle operazioni sono, come si è più volte messo in evidenza, i precisi scopi della procedura indicati dal legislatore: com' è stato osservato, l' andamento della volontà di quest' ultimo appare in questo contesto " *più ondivaga che mai, oscillando tra il mito dell' assenza di vincoli all' iniziativa manageriale del curatore, vista come filiazione dell' autonomia privata, e la paura di tale libertà senza efficienti controlli*"²⁷.

²⁴ E' di questa opinione S. D' AMORA, *Il realizzo delle attività fallimentari*, relazione tenuta al convegno in Milano, 10 giugno 2006.

²⁵ Com' è stato rilevato " *Poiché la procedura competitiva deve consentire la partecipazione del maggior numero di persone interessate possibile e la massima informazione, con adeguate forme di pubblicità, il giudice può chiaramente chiedere di integrare le forme di pubblicità o le modalità concrete di svolgimento della raccolta delle offerte e della gara, qualora ritenga che le stesse non siano adeguate ai fini che la legge impone alla procedura competitiva*". Così A. PALUCHOWSKY, *Programma di liquidazione e vendite competitive*, op. cit..

²⁶ Sulla necessità che la raccolta delle offerte venga compiuta con formalità che assicurino l' anonimato e la non preventiva conoscenza, da parte dei soggetti partecipanti, dell' esistenza di altri interessati all' acquisto del medesimo bene, si vedano P. PAJARDI - A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 604.

²⁷ P. PAJARDI - A. PALUCHOWSKY, op. cit., 603.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

La procedura competitiva gestita dal curatore si conclude con la determinazione del prezzo di acquisto: a questo punto l'*iter* - il cui naturale esito è la stipulazione dell'atto di compravendita tra il curatore ed il soggetto individuato nell'ambito della procedura²⁸ - può sospendersi solo per un duplice ordine di motivi: da parte del curatore, qualora gli pervenga un'offerta migliorativa di almeno il 10% rispetto al prezzo offerto, provvedendo, se lo ritiene, a una nuova gara informale (art. 107, terzo comma, l. fall.); da parte del giudice delegato, ma solo su istanza del fallito, del comitato dei creditori, o di altri interessati, laddove il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto, tenuto conto delle condizioni di mercato (art. 108, primo comma, l. fall.).

Premesso che qualunque bene ricompreso nell'attivo fallimentare può essere trasferito dal curatore con le modalità di cui si è trattereggiata la disciplina, in assenza di un espresso richiamo della disciplina codicistica o di altra regolamentazione, si procederà a verificare, attraverso alcune lenti di osservazione, e partendo dalle prime fasi dell'*iter* di trasferimento dei beni ricompresi nell'attivo fallimentare, se anche sul terreno sul quale queste vendite vengono effettuate la disciplina codicistica dei contratti e delle obbligazioni, così come oggi arata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, possa ritenersi operante.

3. Le fasi preliminari della procedura competitiva: la qualificazione degli atti prenegoziati, i doveri informativi ed il rispetto del principio della buona fede nelle trattative

Il procedimento *competitivo* di vendita può essere scisso in tre momenti: una prima fase in cui il curatore "va alla ricerca" del potenziale acquirente e "getta l'amo", auspicando che l'esca venga considerata appetibile; una seconda nella quale il curatore prende atto delle offerte ricevute e porta alla competizione gli interessati; l'epilogo della procedura, rappresentato dall'individuazione del futuro acquirente e dalla stipulazione del relativo contratto di vendita²⁹.

A parte il generico disposto dell'art. 107 l. fall., nessuna ulteriore disposizione regola i differenti momenti della procedura competitiva, si occupa di indicare i parametri attraverso cui valutare la diligenza degli attori delle vicende contrattuali e di

²⁸ La prassi ha messo in evidenza come possa accadere, soprattutto nel caso di vendita di rilevanti complessi aziendali, al termine della procedura competitiva, che chi si rende aggiudicatario si riservi la nomina del reale soggetto acquirente al momento della stipula dell'atto di vendita.

²⁹ Il deposito in cancelleria della documentazione all'esito della procedura (v. art. 107, quarto comma l. fall.) segna la fine della procedura competitiva, e presuppone il successivo perfezionamento della vendita attraverso la stipulazione del contratto.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

precisare i doveri informativi posti a carico delle parti, e in particolare quelli gravanti sul ‘venditore’, ovvero la curatela fallimentare.

In via generale il legislatore ha indicato il canone dell’adeguatezza per la pubblicità e, ancor più genericamente, ha richiamato la “*massima informazione*” degli interessati, senza specificare quali siano le finestre informative che il curatore deve assicurare ai potenziali interessati al bene oggetto di vendita.

La dottrina ha cercato di attribuire un significato preciso alle formule dell’art. 107 l. fall., mettendo in evidenza come il curatore debba rispettare i principi della trasparenza³⁰ e delle pari opportunità³¹, e come sia necessario che metta a disposizione i documenti rilevanti per la vendita e renda le informazioni circa le modalità di visita ed esame del bene³²; dall’altra mutuando dalla disciplina dell’esecuzione forzata, così come integrata dalle leggi n. 80/05, n. 263/05; n. 52/06, per quel che concerne i beni che sono indirizzati ad una massa indifferenziata di soggetti³³.

³⁰ Nel senso che l’onere di trasparenza sia stato imposto onde consentire al comitato dei creditori e agli altri legittimati gli opportuni controlli, unitamente al giudice delegato al fine di utilizzare i poteri dettati dall’art. 108 l. fall., si veda L. IANNICELLI, *Le vendite fallimentari: aspetti processuali*, cit., 402-403. Sostiene che il grado di trasparenza del processo di collocazione dei beni fallimentari sul mercato non sia legato solo al tipo e alla tempestività delle forme pubblicitarie prescelte ma che sia direttamente proporzionale alla natura e all’ampiezza delle notizie che attraverso la pubblicità sono veicolate, C. MIRAGLIA, *Le vendite fallimentari: aspetti sostanziali*, cit., 366.

³¹ E’ stato evidenziato come questi obiettivi (trasparenza e pari opportunità) possano essere raggiunti attraverso la costruzione di un sistema telematico, o di programmi di gestione delle gare che conservi in memoria tutte le offerte pervenute e i successivi rilanci. Espone la prassi del Tribunale di Milano e approfondisce questi aspetti, A. PALUCHOWSKY, *Programma di liquidazione e vendite competitive*, cit., 24.

³² A. DONVITO, *Le vendite immobiliari nel fallimento*, cit., 781. L’Autore sottolinea come si tratti di principi strettamente collegati ed interdipendenti in quanto è la trasparenza che garantisce la corretta competizione, informando il pubblico dell’asta e delle condizioni per parteciparvi, rilevando altresì che: “*Si tratta di principi di ordine pubblico affermati da anni dalla giurisprudenza comunitaria in tema di concessioni pubbliche: è la trasparenza che consente agli interessati di decidere se presentare o meno una proposta ed il controllo sulla regolarità dello svolgimento della gara*”.

³³ Così L. MANDRIOLI, *Commento sub art. 107*, cit., 1253, il quale rileva: “*Non a caso tale disciplina è stata espressamente richiamata dall’art. 107, co. 2, introdotto dal d. correttivo. Si tratta di una disciplina caratterizzata in primo luogo, per una rinnovata attenzione al contenuto delle perizie di stima per i beni immobili (art. 173 bis att. c.p.c.), che richiedono, oltre che l’individuazione e la descrizione del bene, dati relativi allo stato di possesso e al titolo di possesso di terzi, l’individuazione di oneri gravanti sulla cosa e di vincoli attinenti all’attitudine edificatoria ovvero al carattere storico-artistico, nonché l’indicazione delle formalità iscritte sul bene e delle informazioni inerenti alla sua commerciabilità*”.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

Al fine di poter parametrare e delimitare l'ampiezza del dovere informativo del curatore nei confronti dei potenziali soggetti acquirenti, e poter così individuare altresì il relativo regime di responsabilità, è necessario chiarire un aspetto che costituisce il presupposto di questo discorso, ovvero quello della configurabilità di questa fase - "prodromica altamente specializzata e manageriale"³⁴ - come *precontrattuale*.

Si tratta di stabilire quale rilevanza assumano i singoli momenti costitutivi della procedura competitiva e se, accostata quest'ultima all'ordinaria fase precontrattuale, risultino applicabili i principi regolanti le trattative che precedono la futura (e ancora eventuale) stipulazione del contratto.

3.1 La qualificazione degli atti preparatori del contratto. La trattativa contrattuale, com'è noto, è la fase nella quale ciascuna parte manifesta i propri interessi, nella ricerca di un punto di temperamento tra gli opposti intendimenti, sino alla eventuale definizione di un accordo. Quest'ultima viene integrata da un complesso dibattito tra le parti, impegnate a scambiarsi informazioni e progetti inerenti al futuro contratto³⁵.

La ricerca del consenso della controparte può avvenire con modalità differenti: l'avvio della fase delle trattative nella maggioranza delle ipotesi è messo in atto attraverso un *invito a trattare*, una dichiarazione di essere disposti a negoziare un certo affare, che spesso si manifesta attraverso una comunicazione rivolta al pubblico a mezzo di giornali, manifesti, *etc.*³⁶. L'attività volta a predisporre il regolamento contrattuale può sicuramente poi trarre impulso da una precisa e puntuale proposta di contratto; si tratta, com'è stato precisato, di comportamenti estremamente eterogenei,

³⁴ P. PAJARDI - A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 603.

³⁵ Si è distinto tra *trattative in senso proprio*, durante le quali le parti si scambiano i relativi punti di vista sul contenuto del negozio, sino a quando una di esse formula una proposta, e la c.d. *formazione progressiva del contratto*, che si verificherebbe invece quando le parti procedono allo scambio di una serie di proposte e controproposte, fino a raggiungere gradatamente l'accordo sui vari punti del contenuto contrattuale. In questo senso G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, IV, Torino, 1980, 49. Critica questa schematizzazione R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja - G. Branca, Bologna - Roma, 1970, 81, rilevando come: "trascura di considerare, e può apparire allora il frutto di un equivoco di fondo, che altresì nel caso delle trattative in senso stretto le parti (...) apprestano materiale per la costruzione del futuro contratto. E per converso la proposta, in senso proprio intesa e per quanto possa essere seguita da una controproposta (invece che dalla accettazione), costituisce qualcosa di diverso dalla trattativa. Mentre in pratica l'una fase (quella della proposta) e l'altra (quella delle trattative) si possono intrecciare insieme". Sul tema si veda altresì A. DI MAJO, *Vincoli unilaterali e bilaterali nella formazione del contratto*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 2003, 537 ss.; nonché E. ROPPO, voce *Contratto. II) Formazione del contratto*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1988, 4 ss..

³⁶ Per questa definizione R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., 80.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

che possono concretizzarsi in discorsi rivolti a persona determinata, ovvero in messaggi e/o immagini trasmesse anche al pubblico, attraverso i *mass media*³⁷.

E' raro che due controparti riescano a trovare immediatamente un assetto dell'affare che mirano a concludere in maniera soddisfacente per entrambe. Si assiste nella prassi, quindi, a una serie più o meno complessa di proposte e controproposte che, tramutandosi in documenti che ne riflettono il percorso, a seconda dei casi, possono avere una qualche natura concettualmente autonoma ed una propria valenza giuridica o, invece, sono da ritenersi unicamente mero "strumento" al servizio del futuro contratto³⁸.

Nella procedura competitiva in sede fallimentare l'accordo tra curatore e aggiudicatario sicuramente si forma per gradi e punti successivi; non risulta però univoca l'identificazione degli atti compiuti in questa fase.

Nelle vendite fallimentari l'avvio del procedimento di selezione del contraente ha inizio con la pubblicazione/diffusione da parte del curatore della richiesta di manifestazioni di interessi, accompagnata dalla griglia di condizioni minime di contratto, contenenti le clausole inderogabili che il contratto definitivo dovrà contenere³⁹.

Un'ipotesi ricostruttiva potrebbe partire dal presupposto che il soggetto interessato al bene posto in vendita dalla curatela fallimentare, per il sol fatto che la negoziazione avviene con una particolare controparte e all'interno di un determinato processo, accetti *de plano* le condizioni minime sostanzialmente *imposte* dalla procedura fallimentare, come se le stesse integrassero il risultato di una trattativa "implicita". Sulla base del contenuto già fissato, la trattativa proseguirebbe per alcuni aspetti di tipo quantitativo, ma, unicamente, come si darà atto nel prosieguo della trattazione, solo in senso migliorativo per la curatela fallimentare.

Ad esempio, laddove venissero richieste manifestazioni di interesse all'acquisto del complesso aziendale della società fallita indicando il prezzo *minimo* di euro un milione, ed il numero *minimo* di dipendenti da assumere in dieci, il potenziale acquirente potrebbe offrire il pagamento della somma di un milione e cento euro e il mantenimento di un numero di lavoratori pari a undici, essendo consapevole che un'offerta in termini quantitativi inferiore non verrebbe in alcun modo presa in considerazione⁴⁰.

³⁷ Così A. FINESSI, *Offerta e accettazione*, in *Manuale del nuovo contratto*, diretto da P. G. Monateri - E. DelPrato - M. R. Marella - A. Somma - C. Costantini, Bologna, 2007, 48.

³⁸ In questi termini G. GIGLIOTTI, *Trattative, minute e buona fede. La responsabilità da condotta sleale*, in *Corr. mer.*, 2008, 3, 299.

³⁹ Più approfonditamente sul contenuto della griglia di condizioni minime e sul carattere imposto delle stesse v. par. 4.

⁴⁰ Se non, eventualmente, ove riproposta in una seconda fase di richiesta di offerte, vista l'assenza di manifestazioni conformi o in senso migliorativo.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

Gli aspetti essenziali del contratto potrebbero risultare quindi già indicati da parte del curatore e saranno oggetto di una trattativa ‘competitiva’, portata avanti non con una sola controparte ma con plurimi soggetti, che risulteranno, a seconda dei casi (e dei momenti della procedura), in numero preciso o, all’opposto, volontariamente indeterminato, e volta al raggiungimento di un accordo quanto più possibile “redditizio” per la procedura fallimentare e per i creditori della stessa. L’eventuale gara al rialzo tra i soggetti che hanno formulato diverse offerte rispetto alla base di partenza, viene utilizzata dalla procedura fallimentare per ottenere un assetto finale dell’accordo il più vantaggioso possibile sotto differenti punti di vista che di volta in volta, a seconda del tipo di bene oggetto di vendita, il curatore terrà in considerazione.

Ciò posto, e tenuto in considerazione che la formazione progressiva dell’accordo comprende sia accordi preparatori qualificabili come contratti (il preliminare e il patto d’opzione⁴¹), che intese parziali che non hanno capacità di produrre effetti giuridici propri ed autonomi rispetto al contratto che verrà stipulato, la categoria che pare appropriata per una possibile configurazione in termini civilistici risulta essere quella della *minuta o puntuazione di contratto*⁴².

Rientrano infatti in tale nozione sia i documenti che contengano intese parziali in ordine al futuro regolamento di interessi (c.d. *puntuazione di clausole*), sia quelli che predispongano con completezza un accordo negoziale in funzione preparatoria del medesimo (c.d. *puntuazione completa di clausole*)⁴³. Si tratta in ogni caso di un documento programmatico che non ha alcun effetto vincolante, anche se le parti hanno annotato i punti di convergenza in un apposito documento⁴⁴.

Le condizioni di contratto allegare dal curatore alla richiesta di manifestazioni di interesse, frutto di una trattativa - nei termini sopra ipotizzati - *implicita* tra le parti, una volta trasfusa nel documento contenente l’offerta del potenziale acquirente ed integrate dallo stesso per i soli aspetti quantitativi, potrebbero costituire il *corpus* di una minuta di

⁴¹ Per un’approfondita ricostruzione della figura dell’opzione si veda A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L’opzione*, in *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di F. Realmonte, Milano, 1996, 59 ss..

⁴² Per una distinzione della minuta dalla lettera di intenti si veda V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, I, Torino, 2006, 192; nonché F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, 237.

⁴³ Così Cass., 16 luglio 2002, n. 10276, in *Mass. Foro it.*, 2002.

⁴⁴ Così F. GALGANO, *Il contratto*, cit., 115, il quale, più avanti, sul punto rileva “(...) se non si raggiunge il successivo accordo sui punti mancanti, non si potrà far ricorso all’art. 2932 c.c., dovendosi ritenere che il contratto preliminare non si era perfezionato oppure, come preferisce esprimersi in questa materia la giurisprudenza, dovendosi constatare di essere in presenza di un contratto con oggetto non determinato né determinabile, come tale nullo” (237).

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

contratto, nei termini sopra delineati, sulla cui base - espletate alcune preliminari necessarie operazioni da parte del curatore⁴⁵ - verrà poi redatto il contratto definitivo di compravendita⁴⁶.

E ciò anche alla luce della funzione essenzialmente storica e probatoria della fase delle trattative attribuita alla minuta, redatta al fine di documentare l'intesa raggiunta (anche attraverso modalità differenti dall'ordinario scambio di opinioni) su alcuni punti⁴⁷.

Una altra ipotesi interpretativa potrebbe spingersi sino a ricollegare il procedimento di formazione del contratto in sede fallimentare al modello di cui al combinato disposto degli articoli 1326 e 1335 c.c.⁴⁸.

Una tale impostazione lascia alquanto perplessi in quanto appare difficilmente superabile il rilievo che nel caso in esame non si tratta di recepire un'accettazione pienamente conforme ad una proposta formulata in maniera completa, senza necessità di un'ulteriore trattativa⁴⁹.

⁴⁵ Si ricorda che il curatore deve, per i beni immobili e gli altri beni iscritti nei pubblici registri prima del completamento delle operazioni di vendita, darne notizia a ciascuno dei creditori ipotecari o comunque muniti di privilegio; deve inoltre informare degli esiti delle procedure competitive il giudice delegato e il comitato dei creditori, depositando in cancelleria la relativa documentazione. Entro dieci giorni dal deposito della documentazione, ai sensi dell'art. 108 l. fall., su istanza del fallito, del comitato dei creditori o di altri interessati, previo parere del comitato dei creditori, il giudice delegato può sospendere le operazioni di vendita qualora ricorrano gravi e giustificati motivi, oppure qualora il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto tenuto conto delle condizioni di mercato. V., *infra*, par. 5.

⁴⁶ Per completezza si segnala che la dottrina, ma solo nell'ipotesi in cui l'assetto di interessi predisposto in via definitiva sia incompleto - ipotesi che non può verificarsi in sede fallimentare - tende a negare un inserimento automatico, per cui il mancato richiamo ad un'intesa precedente esclude che alla stessa debba riconoscersi efficacia vincolante, salvo venga fornita la prova contraria che le parti l'abbiano presupposta. In questo senso R. BRACCIO, *Minuta completa e volontà di obbligarsi*, in *Contratti*, 1998, 116.

⁴⁷ V. A. FINESSI, *Offerta e accettazione*, in *Manuale del nuovo contratto*, cit., 57.

⁴⁸ Il contratto si considera concluso nel momento in cui l'accettazione giunge a chi ha formulato la proposta. Per un'ampia trattazione del tema delle modalità di conclusione degli accordi si rinvia a R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, I, Torino, 2004; nonché a F. REALMONTE, *Accordo delle parti e rapporti giuridici preparatori*, in *Il contratto in generale*, a cura di G. Alpa - U. Breccia - A. Lisserre, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, 2, Torino, 2000, 55 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto Civile, Il Contratto*, 3, Milano, 2000; E. ROPPO, voce *Contratto. II) Formazione del contratto*, cit.. V., per una recente ed approfondita ricognizione della dottrina e della giurisprudenza in tema di proposta contrattuale, A. FINESSI, *Offerta e accettazione*, cit., 62 ss..

⁴⁹ "Allorché una parte rivolga all'altra un'offerta precisa e particolareggiata di conclusione di un determinato contratto, completa di tutti gli elementi essenziali, deve ravvisarsi una vera e

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

Un approccio di tipo induttivo non permette di cogliere appieno le peculiarità della fattispecie in esame, da cui, invece, si ritiene occorra muovere per cercare di comprendere con quali modalità le parti addiventano alla conclusione del contratto che in via definitiva regolerà i rapporti tra di esse.

Come si è sopra rilevato, una fase minimale di trattative, seppur limitata nei termini di cui sopra si è detto, ed eventualmente proseguita in una fase di gara tra i potenziali acquirenti, viene sempre esperita dal curatore e dalle sue controparti. Nell'ottica di 'migliorare' quanto più possibile le condizioni della vendita, la ricerca 'competitiva' dell'acquirente, può essere enfatizzata dal curatore e spinta verso obiettivi di realizzo sempre maggiori, tali per cui, in ipotesi, questo potrà ritenere di rifiutare proposte, seppur collimanti con le condizioni in prima fase manifestate.

I contatti tra curatore e terzi, nelle forme tratteggiate, sono finalizzati a precisare l'ambito ed il contenuto del contratto di cui si propone la stipulazione, ma non assumono, per le loro caratteristiche intrinseche, alcuna efficacia vincolante, se non, eventualmente, nell'ottica di valutare un profilo di responsabilità in caso di recesso ingiustificato dalle trattative da parte dell'aggiudicatario.

La conseguenza naturale che viene fatta discendere dall'incontro delle rispettive proposta e accettazione non può dunque verificarsi nel caso di specie, risultando tale effetto incompatibile con le regole e le particolari finalità del procedimento nel quale la vendita fallimentare va ad innestarsi.

Le istanze e le esigenze delle parti nel contesto fallimentare non rendono infatti possibile l'applicabilità di un meccanismo formativo attraverso cui la conclusione del contratto, come avviene in sede civilistica (sulla base della c.d. *mirror image rule*⁵⁰), risulti l'immediato effetto dell'incontro tra la proposta della curatela fallimentare e un'accettazione ad essa conforme.

E ciò, sia che il curatore scelga una delle proposte tra le molteplici a lui inviate, sia che all'invito del curatore faccia seguito una sola offerta conforme: anche nell'ipotesi di scuola di un'unica risposta alle sollecitazioni del curatore contenente adesione completa alle condizioni dallo stesso poste, il contratto di vendita non potrà in alcun modo considerarsi già concluso.

Gli esiti a cui condurrebbe una ricostruzione che individuasse una proposta contrattuale negli atti prenegoziali predisposti dal curatore (avviso di richiesta di manifestazioni di interesse all'acquisto del bene e condizioni minime di contratto), e un'accettazione nell'offerta inviata al curatore dai diversi potenziali acquirenti, e le

propria proposta contrattuale e non una semplice dichiarazione generica di responsabilità, cosicché l'altra parte può esprimere la sua accettazione con il semplice consenso senza bisogno di ulteriori trattative", così Cass., 24 maggio 2001, n. 7094, in *Mass. Giur. it.*, 2001; conforme Cass., 5 agosto 1987, n. 6741, in *Mass. Giur. it.*, 1987.

⁵⁰ Ricorda la formula anglosassone G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 405.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

discrasie che ne deriverebbero in relazione alle finalità che il legislatore della riforma ha voluto perseguire con l'introduzione di questa nuova modalità di vendita in sede fallimentare, non permettono in alcun modo di argomentare in questi termini.

E' opportuno ancora mettere in evidenza come con riferimento al contesto molto vicino a quello fallimentare, ovvero quello delle vendite all'incanto (nel quale ci si rivolge ad un contraente indeterminato, fissando un criterio per la sua determinazione ovvero l'offerta migliore: in caso di vendita il prezzo più alto, in caso di appalto, invece, il prezzo più basso) siano state date differenti letture della circostanza che anche in tale procedimento gli elementi del contratto fissati nel bando sono suscettibili di mutare durante la gara che può aprirsi tra gli interessati⁵¹. Da una parte si è sostenuto che ciascuno dei partecipanti, in quanto offre un prezzo maggiore, assume necessariamente il ruolo di offerente, e lo stesso bando che tende a provocare una o più offerte altrui, si trasforma in un invito ad offrire⁵²; dall'altra che il fenomeno delle accettazioni man mano superate da offerte più favorevoli si spiegherebbe con il fatto che si assisterebbe alla conclusione di un contratto sotto la condizione sospensiva o risolutiva costituita dalla mancanza di una successiva offerta prevalente⁵³.

⁵¹ Va segnalato che, per quel che concerne l'offerta di acquisto da parte del terzo nella vendita forzata (all'interno del quale, lo si ricorda, veniva e viene tuttora ricondotta la vendita effettuata in sede fallimentare), la dottrina e la giurisprudenza nel regime *ante* riforma si sono lungamente interrogati sulla natura giuridica di questo atto di autonomia privata che va ad inserirsi all'interno di un procedimento giurisdizionale. Il problema - profondamente attuale - era infatti comprendere come nell'espropriazione forzata potessero intersecarsi reciprocamente diritto e processo. Per la ricostruzione del dibattito si rinvia a A. BONSIGNORI, *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione. Artt. 2919-2929*, in *Il Codice Civile Commentato*, Commentario diretto da P. Schlesinger, Milano, 1988, 14-21, che sottolinea come i tentativi di qualificazione "furono molteplici, e, a mio avviso, tutti infruttuosi, mentre a parere d'altri risultarono quasi incomprensibili".

⁵² F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu - F. Messineo, XXI, Milano, 1968, 324 ss..

⁵³ N. DISTASO, *I contratti in genere*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1980, 300 ss.; nonché, in precedenza, A. CICU, *L'offerta al pubblico*, Sassari, 1902, 87. Sostiene così, con riferimento alle diverse tesi esposte, R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., 199: "Si deve invece ritenere che nella fattispecie la proposta è consegnata in modo tale da combinarsi solo con l'accettazione dell'oblato che sia più favorevole di ogni altra; quel che costituisce in ipotesi il criterio di preferenza tra i diversi, possibili aspiranti ad una sola prestazione. Ne consegue, che allo stato modo in cui nelle altre ipotesi fin qui esaminate tutte le dichiarazioni di accettare che non vengono accolte (per la pratica impossibilità di farvi fronte) cadono di fronte a quella dei

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

Se queste teorie possono, sebbene divergenti quanto alle relative conclusioni, ben attagliarsi alle vendite all'incanto, regolate, in ogni loro singolo passaggio ed effetto, da un ampio *corpus* di norme contenuto nel codice di procedura civile, così non è per le vendite competitive, la cui disciplina è affidata oggi ad un'unica disposizione, l'art. 107 l. fall.. Ed in assenza di un dettato legislativo espresso, le prassi poste in essere dai curatori fallimentari sono, e possono legittimamente essere, le più disparate.

Si segnala proprio come recentemente si assista alla pubblicazione⁵⁴ di richieste di manifestazione di interesse che contengono clausole di questo tenore: *“La presenta comunicazione costituisce soltanto un invito a manifestare interesse e non comporta vincolo/obbligo alcuno per la Curatela e/o il Fallimento, né costituisce invito ad offrire né offerta al pubblico ex art. 1336 c.c., né sollecitazione del pubblico risparmio ex art. 94 e ss. del d. lgs. n. 58/1998”*.

Una tale precisazione, come è immaginabile, non è presente in tutte le richieste di manifestazioni di interesse a cui si dà pubblica diffusione: vi è qualche tribunale fallimentare illuminato⁵⁵, che comprende la necessità, anche per ragioni di uniformità, per gli operatori di avere una guida su questo campo, ma, ovviamente, si tratta di interventi di natura eccezionale, e, comunque, a rilevanza territoriale limitata.

Questo appare un ulteriore elemento di estrema importanza nel tentativo di collocare sistematicamente gli atti compiuti durante la procedura competitiva dalle parti.

Si segnala inoltre che la giurisprudenza di legittimità, sebbene con riferimento al regime delle vendite non ancora novellato - e quindi con conclusioni di non grande decisività per il presente discorso, ma tuttavia significative seppur non riferite alle modalità di vendite competitive - ha affermato che alla vendita fallimentare di beni mobili, *“ancorché utilizzi forme simili a quelle privatistiche tipiche dell'autonomia privata”* - il riferimento era qui alla vendita ad offerte private contemplata dal previgente art. 106 l. fall. - *“è esclusa l'applicabilità, con riferimento al decreto che dispone la vendita, delle norme codicistiche sulla formazione del contratto (art. 1326 c.c. e 1336 c.c. in tema di offerta al pubblico)”*⁵⁶.

Ciò che, alla luce dei rilievi effettuati, può forse ragionevolmente concludersi è che, indipendentemente dalle concrete e specifiche qualificazioni, sulla cui necessità può forse prescindersi, non pare possa esserci dubbio che durante tutta la fase della procedura competitiva ci si trovi di fronte ad atti preparatori del vincolo futuro che si instaurerà tra le parti e non si possa in alcun modo immaginare che possa ritenersi

contraenti che sono soddisfatti, così mutatis mutandis avviene qui nei riguardi delle accettazioni precedenti, che risultano successivamente migliorate”

⁵⁴ Oltre che su siti internet specifici per le vendite fallimentari, anche su siti destinati alla ricerca giuridica, come ad esempio www.ilcaso.it.

⁵⁵ Come, ad esempio, quella del Tribunale di Milano che, con l'entrata in vigore della riforma, ha elaborato documenti contenenti indicazioni per gli operatori.

⁵⁶ Così Cass., 23 settembre 2003, n. 14103, *cit.*.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

operante un meccanismo che renda immediato il perfezionamento del contratto, che si avrà soltanto con la formale stipulazione del definitivo.

L'adesione del terzo non può costituire in alcun modo accettazione di una proposta produttiva di effetti traslativi.

La devoluzione al curatore delle operazioni di vendita implica che non è più configurabile una vera e propria aggiudicazione nell'accezione propria delle procedure esecutive e l'effetto traslativo non è più riconducibile ad un provvedimento autoritativo del giudice (come avveniva in precedenza e come avviene tuttora nell'espropriazione forzata): l'aggiudicazione al miglior offerente costituisce adesso un mero atto di individuazione dell'acquirente, e come tale preliminare e preparatorio al successivo contratto di vendita alla cui stipula va ricondotto ogni effetto traslativo⁵⁷.

3.2 Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale. Se dunque, gli atti che precedono la stipulazione del contratto definitivo in sede fallimentare possono ritenersi costituenti, seppur in un'anomala accezione, *trattative*, preme mettere a fuoco i doveri che incombono sui soggetti partecipanti a tale peculiare fase precontrattuale, posto che, anche sotto questo profilo, è del tutto assente nella legge fallimentare una regolamentazione *ad hoc*.

La norma - nella quale la dottrina ravvisa la "leva" che può condurre ad una generalizzata moralizzazione di tutta l'attività contrattuale⁵⁸ - è rappresentata dall'art. 1337 c.c., in virtù del quale le parti, nello svolgimento delle trattative e nella conclusione del contratto, debbono comportarsi secondo buona fede⁵⁹.

⁵⁷ V. in questo senso P. LICCARDO - G. FEDERICO, *Le modalità competitive della liquidazione concorsuale*, cit., 545.

⁵⁸ Così M. AMBROSOLI, *Recesso dalle trattative in caso di offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Contratti*, 1999, 3, 311.

⁵⁹ "Buona fede altro non significa, in queste nome, se non correttezza e lealtà", così F. GALGANO, *Il contratto*, cit., 559. L'Autore rileva come tale principio consenta di identificare altri divieti e altri obblighi oltre a quelli previsti dalla legge, realizzando "la *chiusura*" del sistema legislativo, ossia offre criteri per colmare le lacune che questo può rivelare nella varietà e molteplicità delle situazioni della vita economica e sociale". Sul tema della buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto si rinvia, tra i molti scritti, a G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008; nonché ID., *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, I, Padova, 2009, 731 ss.; V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, cit., 244; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Il contratto in generale*, a cura di G. Alpa - U. Breccia - A. Liserre, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, 2, Torino, 2000, 266; A. M. MUSY, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Dig. Disc. Priv.*, XVII, Torino, 1998, 405 ss; G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, Torino, 1996; G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuali e contratti standard*, in *Il Codice Civile Commentato*,

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

Sia nell'ipotesi che si giunga alla formazione del contratto, sia nell'ipotesi che le trattative si interrompano senza un'utile conclusione, può accadere che nel corso di esse una delle parti si comporti *in modo sleale* e, badando solo al proprio interesse ed al proprio profitto, assuma iniziative scorrette che danneggiano ingiustamente l'altra parte⁶⁰.

L'estrema sinteticità del dato normativo, costituito dagli articoli 1337 e 1338 c.c., ha obbligato gli interpreti⁶¹, in particolare la giurisprudenza⁶², a ricostruire il contenuto degli obblighi precontrattuali e a interrogarsi altresì sulla natura stessa della responsabilità correlata alla violazione di questi ultimi.

Una prima lettura restrittiva ha lasciato progressivamente spazio a un'interpretazione che oggi riconosce come l'ambito di rilevanza della regola posta dall'art. 1337 c.c. vada ben oltre l'ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative, ed assuma il valore di una clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, ma sicuramente implica il dovere delle parti di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi, o anche solo reticenti, e

Commentario diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993; F. BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale*. I) *Diritto civile*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 2 ss.; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990; V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1988, 1267 ss.; P. RESCIGNO, voce *Obbligazione (diritto privato: nozioni generali)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, 152. Per una panoramica del diritto europeo si rinvia a J. CARTWRIGHT - M. HESSELINK, *Precontractual liability in European private law*, Cambridge, 2011; per ampi riferimenti ad autori stranieri si veda G. AFFERNI, *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*, in *Danno e Resp.*, 2009, 5, 469 ss.. In giurisprudenza v. Cass., 18 febbraio 1986, n. 960, in *Mass. Foro it.*, 1986: "(...) *La buona fede, intesa in senso etico, come requisito della condotta, costituisce uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui delle parti abbia agito con il proposito doloso di recare pregiudizio all'altra, ma anche se il comportamento da esse tenuto non sia stato, comunque, improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale, che integrano, appunto, il contenuto della buona fede*", nonché Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corr. giur.*, 1994, 566.

⁶⁰ Così E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, 95.

⁶¹ Oltre agli Autori già citati in nota 46 si veda anche P. G. MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, 1998.

⁶² La giurisprudenza ha per molto tempo ridotto i casi di scorrettezze precontrattuali rilevanti al recesso ingiustificato dalla trattativa in corso; tra le molte, v. Cass., 11 settembre 1989, n. 3922, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, 8-9. Per una lettura comparatistica del fenomeno si veda E. A. KRAMER, *Il recesso dalle trattative: uno schizzo comparatistico*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 4, 246 ss..

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto⁶³.

Se è vero infatti che le parti sono libere di valutare la propria convenienza al perfezionamento di un accordo, è altrettanto vero che l'esercizio di tale facoltà è soggetto al controllo sulle modalità concrete con cui è posto in essere, per mezzo della regola predisposta dal legislatore a tutela dell'affidamento reciprocamente riposto nel buon esito delle trattative⁶⁴.

Inoltre non va sottaciuto come non manchino in ogni caso mezzi per assicurare alle parti maggiori garanzie di protezione anche in fase di trattative: la giurisprudenza è infatti giunta a ritenere che la puntuazione contrattuale⁶⁵ (come anche la lettera di intenti e di *patronage*⁶⁶) sia fonte di un dovere specifico di buona fede, ed innalzi la soglia dei doveri di correttezza e buona fede in capo ai soggetti coinvolti nella trattativa⁶⁷.

⁶³ Si veda, tra le molte, Trib. Genova, 22 marzo 2007, in *Banca Dati Leggi D'Italia*, che richiamandosi a Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, afferma: “*La violazione degli obblighi di una adeguata informazione al cliente costituisce un'ipotesi di responsabilità contrattuale (così intesa in quanto consegue alla violazione di specifici obblighi di legge o contrattuali) che può essere fatta risalire anche alla norma di cui all'art. 1337 c.c., che impone, alla stregua di una clausola generale, di astenersi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti ed implica il dovere di trattare in modo leale, nonché di fornire alla controparte ogni elemento rilevante ai fini della stipulazione del contratto, che la stessa parte conosca o debba conoscere con l'ordinaria diligenza. La violazione di tale regola di comportamento assume rilievo non solo nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ma anche quando il contratto posto in essere sia valido, e tuttavia pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto (1440 c.c.)*”.

⁶⁴ In questo senso, Cass., 23 febbraio 2005, n. 3746, in *Danno e Resp.*, 2006, I, 46, che ricorda come l'obbligo *ex art. 1337 c.c.* sia stabilito poiché con l'instaurarsi di trattative sorge tra le parti un rapporto di affidamento che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela e che se durante tale fase una delle parti viola il dovere di comportarsi secondo correttezza, attraverso condotte che non salvaguardano l'affidamento dell'altra, risponde per responsabilità precontrattuale.

⁶⁵ Cass., 4 agosto 1990, n. 7871, in *Mass. Foro it.*, 1990.

⁶⁶ Cass., 27 settembre 1995, n. 10235, in *Giur. it.*, 1996, I, 737; App. Milano, 13 novembre 1992, in *Banca borsa*, 1994, II, 40.

⁶⁷ E' interessante segnalare quanto rileva A. MUSY, *La fase precontrattuale*, in *Le acquisizioni societarie*, opera diretta da M. Irrera, Torino - Bologna, 2011, 43-44, con riferimento al procedimento per l'acquisizione di partecipazioni, in relazione al quale la prassi internazionale ha messo in evidenza che lo strumento elaborato per definire gli obblighi di informazione del venditore è la *check list*, attraverso la quale è il compratore in pratica a determinare i limiti degli obblighi di informazione in capo al venditore. L'Autore evidenzia come elencando le *representations* e *warranties* che una parte deve fornire all'altra si faciliti un eventuale giudizio in merito a fattispecie di *misrepresentation* e *non-disclosure*. Sul tema, in particolare, v. S.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

Quanto all'ampiezza del dovere di comunicazione, è stato messo in evidenza come le informazioni rivestano sempre un preciso valore: costituiscono un costo per chi deve fornirle sia per la loro materiale diffusione, sia per gli affari persi a seguito della conoscenza da parte dei potenziali contraenti, e risultano un vantaggio per chi le riceve sia per poter compiere scelte ottimali, sia per evitare scambi diseconomici⁶⁸.

Dunque, chi dispone di notizie rilevanti ai fini della formazione del contratto, deve farle conseguire all'altra parte⁶⁹. Esulano, invece dal dovere di informazione tutti i fatti e le circostanze utili a valutare unicamente la convenienza economica dell'affare, la quale rientra nel normale gioco della contrattazione e ciascuno ha l'onere di valutarla personalmente⁷⁰.

Nell'ambito dei contratti di compravendita generalmente il venditore ha interesse a diffondere ciò che possa concorrere a convincere il potenziale acquirente, ma a nascondere, invece, tutti quegli elementi che potrebbero influire negativamente sul prezzo o che potrebbero in futuro, nel caso in cui l'operazione non venga conclusa, essere utilizzate dall'acquirente. Dall'altra quest'ultimo ha interesse ad ottenere quante più informazioni utili per valutare la convenienza dell'affare⁷¹. Ovviamente non si potrà prescindere dal generale dovere del venditore di informare il compratore delle eventuali cause di invalidità e di inefficacia del contratto.

La violazione degli obblighi informativi gravanti sulle parti non interviene soltanto nel caso in cui una parte ometta di rendere alcune informazioni, ma anche quando al momento della conclusione del contratto una delle parti sia stata indotta

TERSILLA, *La due diligence per l'acquisizione di un pacchetto azionario di controllo di una società non quotata in borsa: obblighi di informazione e responsabilità dei soggetti coinvolti*, in *Dir. comm. internaz.*, 2002, 4, 969 ss.

⁶⁸ Così V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. Disc. Priv.*, 1993, IX, 423.

⁶⁹ Com'è stato sottolineato: "Esatto è che non esiste da noi un obbligo di dire sempre la verità; ma inesatto che questo obbligo esista solo quando sia imposto in modo specifico (sia pur indirettamente) dalle leggi". Così W. BIGIAMI, *Dolo e "sorpresa" nell'imputazione dei pagamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 90.

⁷⁰ Così C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 163.

⁷¹ E' evidente che il livello più o meno ampio di informazioni è un elemento che si riflette in modo determinante sul rischio assunto dal contraente: maggiore è il numero di informazioni disponibili e maggiore sarà la tranquillità dell'operatore nel finalizzare una determinata transazione. Per questi rilievi e per una approfondita trattazione della *due diligence*, processo investigativo che viene svolto dalla parte acquirente attraverso i documenti messi a disposizione nella *data room* predisposta dalla parte venditrice per analizzare lo stato, i rischi e le potenzialità del bene (di solito un'azienda, o rami di essa, ma spesso anche beni immobili) si veda L. BRAGOLI, *La due diligence legale e i suoi riflessi contrattuali*, in *Le acquisizioni societarie*, cit., 61 ss..

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

dolosamente in errore (anche non essenziale⁷²), cadendo in una rappresentazione non veritiera della realtà.

Si ricade poi nell'ipotesi della *reticenza sleale* quando non si è comunicato alla controparte una certa informazione che invece sarebbe stato doveroso rivelare⁷³: il dolo risiede qui nel non avere comunicato intenzionalmente una informazione di cui si era in possesso e che è rilevante al fine della determinazione contrattuale.

In questi casi, com'è stato osservato, al fine di selezionare in modo opportuno le informazioni che devono essere date da quelle che possono essere omesse, deve essere presa in considerazione la colpa della parte ignorante: un criterio utile potrebbe essere individuato nella disponibilità dell'informazione per entrambe le parti, giungendo così a concludere che avere omesso di rivelare un'informazione che controparte avrebbe potuto acquisire utilizzando l'ordinaria diligenza non costituisce dolo omissivo⁷⁴.

Al fine di comprendere se la curatela fallimentare possa essere chiamata a rispondere dei danni subiti dall'acquirente per effetto di un'omissione informativa o di false informazioni che gli siano state fornite, va preliminarmente chiarito quale sia la portata e l'ampiezza del dovere informativo in capo al curatore.

Occorre muovere dal presupposto che un'esatta descrizione del bene è messa normalmente a disposizione dei potenziali acquirenti attraverso la stima redatta da un esperto⁷⁵, a cui sopra si è fatto cenno: essa, con riferimento a un bene immobile,

⁷² E' pacifico in dottrina che quando l'errore è stato indotto dalla condotta intenzionalmente lesiva di controparte il requisito dell'essenzialità dell'errore non sia necessario e che il dolo conduca all'annullabilità del contratto anche quando ha causato un errore sui motivi. Per tutti si rinvia a R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 571. E' dibattuta invece la questione se la vittima del dolo possa ottenere tutela anche se in colpa e se oltre all'annullamento, nonostante l'errore non scusabile, possa richiedere anche il risarcimento del danno. In senso affermativo F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 67; non ritiene che in presenza di colpa della vittima possa concedersi il rimedio dell'annullabilità F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 2004, 321.

⁷³ Così G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 121.

⁷⁴ In questo senso G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, cit., 175. "E' chiaro infatti" - sostiene E. ROPPO, *Il contratto*, cit., 178 - "che se la controparte avrebbe potuto acquisire autonomamente l'informazione con l'utilizzo della normale diligenza, non si dovrebbe ritenere che la parte informata è stata sleale per avere omesso di rivelare questa informazione a controparte". Sul tema v. anche G. VILLA, *Errore riconosciuto, annullamento del contratto ed incentivi alla ricerca di informazioni*, in *Quadrimestre*, 1988, 286 ss.

⁷⁵ E' stato rilevato come l'esperto non sia un ausiliario del giudice e che l'incarico di effettuare la stima gli viene conferito dal curatore sulla base di un rapporto privatistico, riconducibile al contratto d'opera intellettuale, se l'esperto è una persona fisica (art. 2230 c.c.) o a quello d'appalto, se l'esperto è un'impresa (art. 1655 c.c.). Così A. DONVITO, *Le vendite immobiliari nel fallimento*, cit., 782.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

dovrebbe quantomeno contenere l'identificazione dello stesso, comprensiva dei confini e dei dati catastali, lo stato di possesso, con l'indicazione, se occupato da terzi, del titolo; l'esistenza di formalità, vincoli o oneri, anche di natura condominiale, ivi compresi vincoli incidenti sull'attitudine edificatoria o vincoli connessi con il carattere storico artistico del bene; la certificazione della regolarità edilizia e urbanistica, nonché la dichiarazione di agibilità dello stesso; in generale l'indicazione delle caratteristiche ambientali e di ogni profilo rilevante sotto l'aspetto urbanistico, amministrativo e legislativo del bene.

Con riferimento invece all'ipotesi di vendita di un complesso aziendale, l'indagine del perito dovrà, ad esempio, essere estesa anche ad altri aspetti: l'esistenza e le condizioni di impianti, macchinari, automezzi, licenze, segni distintivi, marchi registrati o di fatto, autorizzazioni e certificazioni, necessarie all'esercizio dell'attività; l'indicazione dei crediti e dei debiti dell'azienda, così come risultanti dalle scritture contabili; il rispetto nella predisposizione degli impianti delle normative sulla sicurezza del lavoro e sulla tutela ambientale; l'indicazione dei contratti di *leasing*, e, più in generale, dei contratti pendenti, con particolare riferimento ai rapporti di lavoro.

L'obiettivo che attraverso tale documento si mira a raggiungere è quello di poter offrire agli interessati all'acquisto del bene o del complesso aziendale un quadro quanto più possibile completo.

Va rilevato però come spesso gli esperti incaricati abbiano ben poco tempo a disposizione per effettuare la stima, e che conseguentemente la stessa possa risultare carente sotto alcuni profili. La rapidità con cui la procedura fallimentare punta a porre in essere le operazioni di liquidazione è legata all'obiettivo della massimizzazione del profitto: la miglior vendita di un complesso aziendale, ad esempio, postula che non si sia perso, se non in minima parte, il valore dell'avviamento, e ciò si realizza solo ove la vendita si perfezioni in tempi molto rapidi, e magari dopo essere stata preceduta da un breve periodo di esercizio provvisorio che garantisce la continuità dell'attività.

Dal punto di vista delle informazioni offerte, va inoltre dato atto che frequentemente viene predisposta una *data room*, in versione anche digitale (su supporto di tipo informatico o consultabile tramite accesso via *internet*), costituita dalla curatela fallimentare e contenente tutta la documentazione posseduta rilevante concernente i beni oggetto di alienazione.

E' chiaro che, di fronte a questa pluriforme messa a disposizione di informazioni da parte della procedura, ci si ponga il delicato problema di imporre un obbligo di riservatezza ai potenziali interessati che hanno la possibilità, attraverso la stima e i documenti contenuti nella *data room*, di venire a conoscenza di informazioni a contenuto altamente riservato.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

Così come avviene anche in altri settori del mondo economico⁷⁶, il curatore fallimentare ha la possibilità di diminuire i rischi dell'uso scorretto delle informazioni offerte durante le trattative facendo sottoscrivere al potenziale acquirente un accordo di riservatezza, che preveda in primo luogo il non utilizzo delle informazioni di cui si è avuta la possibilità di prendere visione, se non, ovviamente, nei limiti in cui questo sia necessario per formulare la propria proposta. La prassi ha messo in evidenza come vengano con frequenza fatti sottoscrivere questi accordi di riservatezza atti a regolare in maniera analitica il trattamento delle informazioni ritenute *riservate*, sebbene con riferimento quasi in via esclusiva ai casi di complessi aziendali rilevanti, e nell'ipotesi in cui oggetto di futura acquisizione vi sia anche un *know-how* di un certo spessore e valore. Si prevede infatti che l'assunzione delle medesime sia sottoposta al rigoroso rispetto della normativa italiana dettata in tema di dati sensibili e che l'interessato sia tenuto ad adottare tutte le ragionevoli misure finalizzate a mantenere segrete le informazioni (compresa l'assenza di divulgazione a terzi o di pubblicazione di alcun documento): queste infatti dovranno essere utilizzate unicamente allo scopo di valutare l'opportunità di formulare un'offerta per l'acquisizione dell'azienda, o di altro bene, e, in ogni caso, senza arrecare danno alla procedura o a terzi. Solitamente si stabilisce altresì che nel caso in cui la trattativa o la procedura di vendita vengano interrotte, o nell'ipotesi in cui l'interessato non risulti aggiudicatario della gara, quest'ultimo sia tenuto alla restituzione o alla rimozione (da qualunque tipo di supporto, cartaceo, audio, video o informatico) di tutti i documenti in suo possesso.

Ad esempio, può immaginarsi che venga data ai potenziali acquirenti la possibilità di visionare le antiche e segrete ricette di una rinomata società produttrice di un determinato prodotto alimentare dolciario, la quale ha una collocazione apicale in quel settore del mercato dovuta al fatto che solo un particolare *mix* di ingredienti, non noto, rende i propri prodotti differenti dagli altri (e, evidentemente, più buoni). E' ovvio che l'utilizzo di tali conoscenze da parte di chi non risulterà nel caso, aggiudicatario del complesso aziendale di tale società, non può essere permesso e la curatela fallimentare ha il pieno diritto di tutelare tali importanti informazioni. Non può infatti in alcun modo risultare contemplabile un'attribuzione di vantaggi di tipo informativo a qualcuno degli interessati, a maggior ragione ad un potenziale concorrente.

Ne deriva che, se tutta questa impalcatura a contenuto informativo viene correttamente predisposta dalla curatela fallimentare, dovrebbe risultare rispettato il principio per cui nella fase antecedente alla conclusione di un contratto le parti devono avere la facoltà di verificare la propria convenienza alla stipulazione e di richiedere tutto

⁷⁶ Come, ad esempio, nel settore delle operazioni di acquisizioni di azioni e/o quote rappresentative del capitale di una società. Sul punto, per una trattazione recente, si veda A. MUSY, *La fase precontrattuale*, in *Le acquisizioni societarie*, cit., 19 ss..

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

quanto ritengano opportuno in relazione al contenuto delle reciproche, future obbligazioni⁷⁷.

Ciò posto, le ipotesi di responsabilità precontrattuale imputabili al curatore appaiono unicamente riconducibili a una dolosa, o gravemente colposa, assenza di comunicazione ai potenziali interessati di circostanze, determinanti il proprio consenso, tali per cui, ove gli stessi fossero stati adeguatamente informati non avrebbero contrattato con la procedura fallimentare o lo avrebbero in ogni caso fatto a condizioni diverse. Si immagini il caso della grave presenza di un inquinamento ambientale sui terreni facenti parte di un rilevante complesso aziendale, che il perito non abbia, ad esempio per mancanza di tempo, rilevato, e di cui il curatore fosse invece venuto a conoscenza in precedenza attraverso colloqui con il legale rappresentante della società. Nessun assennato potenziale acquirente formulerebbe un'offerta una volta messo a conoscenza di una così grave circostanza, dalle ancora più gravi conseguenze dal punto di vista penale ed economico.

Sul punto si segnala che nell'unico precedente giurisprudenziale reperito, che si riferisce alla presenza di vizi redibitori di un bene mobile alienato nelle modalità *ante* riforma - che non appare di alcun rilievo chiarificatore, ma anzi, si ritiene inapplicabile alle vendite competitive di cui al presente lavoro -, si è affermato che qualora, a fondamento della domanda di risarcimento dei danni, il compratore abbia fatto valere l'erronea descrizione dei beni in sede di inventario, con l'attribuzione di caratteristiche tecniche non possedute e senza il rilevamento di difetto di funzionamento, non risulterebbe configurabile la garanzia prevista dall'art. 1490 c.c., ma solo una responsabilità attinente alla custodia dei beni inventariati e alla vendita degli stessi nell'ambito della procedura concorsuale, e dunque un'obbligazione risarcitoria che, in quanto correlata al compimento di atti tipici rientranti nelle attribuzioni del curatore, non è posta a carico di quest'ultimo come persona fisica, ma a carico del fallimento⁷⁸.

Tralasciando per un momento il profilo dell'inserimento di clausole di esonero delle garanzie presenti nei contratti di vendita stipulati dal fallimento, di cui si discorrerà oltre, apparirebbe incoerente un sistema che permettesse al curatore di andare esente da responsabilità laddove intenzionalmente abbia ommesso di informare i potenziali acquirenti su circostanze rilevanti allo stesso note ed abbia agli stessi così cagionato un danno.

Com'è noto, la violazione del dovere di informazione per reticenza, nell'ipotesi in cui segua il contratto, conduce all'azione di annullamento dello stesso per dolo omissivo⁷⁹. In ogni caso si è inoltre sancito, sebbene in contesti del tutto differenti da

⁷⁷ Lo ribadisce, recentemente, anche Trib. Potenza, 29 aprile 2009, in *Banca Dati Leggi d'Italia*.

⁷⁸ In questi termini Cass., 10 dicembre 2008, n. 28984, in *Fall.*, 2009, 8, 1001.

⁷⁹ "Il dolo omissivo dovrà considerarsi causa di annullamento del contratto ogni qualvolta, date le circostanze, si deve ritenere che il contraente avesse l'obbligo di informare l'altra parte". F.

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

quello in esame, che l'omessa informazione possa assumere rilievo, e fondare un'azione di risarcimento della controparte, anche indipendentemente dall'annullamento del contratto⁸⁰.

Si ritiene di poter concludere che violi il dovere del rispetto del principio di buona fede nelle trattative il curatore che ometta consapevolmente di rendere informazioni circa il bene oggetto di compravendita tali da influire in maniera determinante sul consenso della controparte, e che, per tale ragione, possano essere legittimamente formulate nei suoi confronti l'azione di responsabilità precontrattuale e la richiesta di risarcimento del danno subito⁸¹. Oltre, ovviamente, alla richiesta di annullamento del contratto di vendita, quando la violazione sia stata intenzionale e determinante del consenso (dolo determinante *ex art.* 1439 c.c.), o quando la violazione abbia causato un errore essenziale e riconoscibile (art. 1428 c.c.).

Per quanto invece concerne l'ipotesi di rottura delle trattative, occorre chiedersi quali sarebbero le conseguenze del mancato rispetto alla propria proposta da parte del soggetto individuato al termine della procedura competitiva, nel caso in cui quest'ultimo decida di non stipulare il contratto definitivo.

GALGANO, *Il contratto*, cit., 328, precisa come il merito di questa argomentazione sia di G. VISINTINI, in *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit..

⁸⁰ Una casistica numerosa in materia di dovere di informazione riguarda la responsabilità di enti pubblici nei confronti dei privati: v. C. Stato, 10 settembre 2008, n. 4309, in *Foro Amm. C. Stato*, 2008, 2446; Cass., 26 maggio 2006, n. 12629, in *Foro it.*, 2008, I, 256. V., in altri contesti, Cass. 19 settembre 2006, n. 20260, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2108 (caso in cui una moglie nel chiedere ad un istituto di credito un mutuo aveva taciuto il fatto che il marito era stato dichiarato fallito; la banca nel caso di specie ha chiesto il solo risarcimento del danno *ex art.* 2043 c.c.); Cass., 8 settembre 1999, n. 9523, in *Mass. Foro it.*, 1999 (fattispecie di compravendita di quote sociali; il compratore ha richiesto il risarcimento *ex art.* 1440 c.c.); Cass., 11 ottobre 1994, n. 8295, in *Foro it.*, 1995, I, 1903 (sostiene che l'inosservanza del dovere di buona fede è concretata anche dal mero silenzio solo quando “*la parte sia consapevole della rilevanza che la circostanza taciuta possa avere sulle determinazioni dell'altro contraente, e non possa essere altrimenti da questi accertata con la normale diligenza*”); Cass., 10 luglio 1984, n. 4029, in *Giust. civ.*, 1985, I, 84 (si è occupata del caso in cui il committente abbia ommesso di informare l'appaltatore su circostanze che avrebbero reso più onerosa la sua prestazione).

⁸¹ E' di questo avviso L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, cit., 248. Sul tema della quantificazione del danno nella responsabilità precontrattuale per violazione di un obbligo di informazione, si rinvia, per una approfondita ricostruzione recente, a G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale per violazione di un obbligo di informazione*, in *Danno e Resp.*, 2010, 11, all. 1, 27. Per quanto concerne invece il dibattito sulla natura contrattuale o *extracontrattuale* della responsabilità precontrattuale v. G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuali e contratti standard*, cit..

DIRITTO FALLIMENTARE

VENDITE FALLIMENTARI

Sul punto in passato si era affermato che in questa ipotesi dovessero scattare “non già le conseguenze di cui all’art. 1337 cod. civ. in tema di responsabilità contrattuale, ma quelle previste in materia di procedura espropriativa dall’art. 587 cod. proc. civ., in combinato disposto con l’art. 177 disp. att. cod. proc. civ. (perdita della cauzione e, ove il prezzo derivante dal nuovo incanto sia inferiore, obbligo di pagare la differenza). Il ricorso a tale forma di autotutela resta legittimo in ogni caso, presumendosi l’imputabilità dell’inadempimento a carico dell’aggiudicatario, salva la prova contraria su quest’ultimo incombente”⁸².

Tale precedente, come nel caso dell’omessa informazione, si riferisce alla disciplina previgente.

Oggi non si ravvisano motivi tali per cui, anche in sede fallimentare, non debbano applicarsi i rimedi previsti nel caso di recesso senza giusta causa dalle trattative dal potenziale acquirente del bene messo in vendita dalla curatela fallimentare.

Va dato atto che spesso, sul punto, in via di autotutela, i curatori ineriscano nell’avviso relativo alla vendita del bene clausole siffatte: “La cauzione” - generalmente pari al 10% del prezzo offerto, da offrire a mezzo di assegno circolare - “verrà imputata in conto prezzo a favore dell’acquirente ovvero restituita in caso di mancata aggiudicazione ovvero ancora trattenuta a titolo di penale in caso di rifiuto a sottoscrivere il contratto di acquisto”.

In assenza di tali o analoghe previsioni, già rese note sin dall’inizio del procedimento, ai potenziali acquirenti, si ritiene che la procedura fallimentare abbia titolo per convenire in giudizio l’aggiudicatario che si sia rifiutato ingiustificatamente di concludere il contratto, non solo laddove il fallimento avesse già sopportato spese e costi in vista della futura stipulazione con quel determinato soggetto, ma soprattutto quando subisca un danno *da occasione perduta*⁸³, ad esempio non riuscendo più a vendere il bene al prezzo di acquisto che, nell’eventuale gara svolta, gli altri offerenti erano giunti a proporre.

⁸² Cass., 6 settembre 2006, n. 19142, in *Fall.*, 2007, 1, 157; conf. Cass., 17 settembre 2002, n. 13583, in *Fall.*, 2003, 43. Condividono P. PAJARDI - A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., nota 47, 602.

⁸³ Cass., 13 ottobre 2005, n. 19883, in *Mass. Foro it.*, 2005; nonché Cass., 15 novembre 2004, n. 7449, in *Riv. giur. edilizia*, 2005, I, 839.

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DELLE GRANDI IMPRESE INSOLVENTI: IL PROGRAMMA

Nell'articolo vengono esaminate in dettaglio le varie operazioni che il commissario straordinario deve osservare nella redazione del programma. Inoltre gli autori affrontano le problematiche connesse alla realizzazione del programma stesso nelle varie fasi in cui si sviluppa, anche con riferimento ai gruppi di imprese, nelle diverse procedure riguardanti le società in amministrazione straordinaria (Legge Prodi - bis e Leggi Marzano e Marzano - bis).

di **CARLO PESSINA E ANDREA PESSINA**

1. Il programma del d. lgs. 270/1999 (Legge Prodi bis)

Il programma, nell'ambito dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, riveste un ruolo centrale perchè dalla sua realizzabilità dipende l'esito della procedura; non solo, ma il programma individua anche quale sarà l'indirizzo della procedura medesima, e cioè, alternativamente, quello della ristrutturazione dell'impresa o quello della cessione dei complessi aziendali.

Il programma deve essere predisposto dal commissario straordinario e presentato perentoriamente al Ministero dell'industria (ora delle attività produttive) entro sessanta giorni dal decreto di apertura della procedura. La natura perentoria del termine si desume dallo stesso art. 54 del d. lgs., il quale prevede che il suddetto termine può essere prorogato dal Ministero una sola volta (oltretutto per non più di ulteriori sessanta giorni) e solo se la definizione del programma risulta di particolare complessità.

Conseguenza della mancata presentazione del programma entro il termine originario o prorogato costituisce causa di revoca del commissario.

Stante l'importanza centrale attribuita al programma, la legge (art. 55 del d. lgs.) impone che lo stesso debba essere redatto:

- a) sotto la vigilanza del Ministero dell'industria e in conformità degli indirizzi di politica industriale adottati dal medesimo;
- b) in modo da salvaguardare l'unità operativa dei complessi aziendali;
- c) tenuto conto degli interessi dei creditori.

Con il disposto dell'art. 50-bis del decreto, vengono regolamentate specificatamente le conseguenze, quanto ai debiti dell'impresa acquirente, della vendita dell'azienda o del ramo d'azienda intervenuta nell'anno anteriore la dichiarazione di

DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

insolvenza. Precisamente la disposizione normativa di cui sopra stabilisce che, nel caso in cui per l'impresa cedente l'intera azienda o un ramo d'azienda che costituisca l'attività prevalente dell'impresa cessionaria, sia intervenuta, tanto per la cedente che per la cessionaria, seppure in tempi diversi, purchè entro un anno dalla cessione, la dichiarazione dello stato di insolvenza, con conseguente apertura, per entrambe, della procedura di amministrazione straordinaria, l'impresa cedente risponde in solido con quella acquirente dei debiti da quest'ultima prodotti dalla data di cessione sino alla data della dichiarazione di insolvenza.

E' questo un ulteriore obbligo che viene posto a carico dell'alienante, oltre a quello già stabilito dal comma 1) dell'art. 2560, in solido con l'acquirente, con la conseguenza che il creditore di quest'ultimo per effetto di un credito sorto nel periodo tra la cessione dell'azienda e la dichiarazione dell'insolvenza, potrà agire nei confronti sia dell'acquirente che del cedente per il recupero del proprio credito, senza che il cedente possa imporre al creditore l'obbligo di escutere preventivamente il patrimonio del cessionario.

Pertanto la redazione del programma non è rimessa alla assoluta discrezionalità del commissario, ma deve avvenire tenendo in considerazione gli obiettivi suddetti, per il perseguimento dei quali è assegnata al Ministero funzione di vigilanza. Nel rispetto dei suddetti obiettivi, il programma deve essere redatto secondo uno degli indirizzi alternativi indicati nell'art. 27, avendo riguardo al risultato finale della procedura, cioè il recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali. Tale risultato può quindi essere realizzato, in via alternativa:

- a) tramite la cessione dei complessi aziendali;
 - b) tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa.
- b-bis) per le società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali anche tramite la cessione di complessi di beni e contratti (quindi anche nel caso in cui i complessi di beni e contratti non costituiscano un'azienda o un ramo d'azienda).

Il programma di cessione dei complessi aziendali e quello di cessioni dei complessi di beni e contratti devono realizzarsi nell'arco di un anno nell'ambito della prosecuzione dell'esercizio dell'impresa; quello di ristrutturazione deve realizzarsi entro due anni, avendo riguardo al ripristino dell'equilibrio sia economico che finanziario dell'impresa.

Tuttavia la realizzazione del programma di cessione dei complessi aziendali di cui alla lettera a) dell'art. 27 (e, per espressa previsione normativa, solo per questi, non anche per quelli di cui alle lettere b) e b-bis) del medesimo art. 17) può essere prorogata per un periodo non superiore a tre mesi se alla scadenza originaria la cessione non è ancora avvenuta, in tutto o in parte, ma risultano in corso trattative di imminente definizione (art. 66 del Decreto Legislativo).

In tale caso il commissario può chiedere al tribunale la proroga suddetta, previa acquisizione del parere del comitato di sorveglianza e con l'autorizzazione del

DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

Ministero dell'industria. La proroga può essere concessa una sola volta ed è disposta dal tribunale con decreto.

Prima di analizzare più specificamente il contenuto del programma nelle forme alternative previste dalla legge, con riferimento all'esecuzione è importante sottolineare che la stessa è autorizzata con decreto dal Ministero entro trenta giorni dalla sua presentazione e previo consulto del comitato di sorveglianza.

Qualora il Ministero non si pronunci entro novanta giorni dalla presentazione, l'autorizzazione si presume – iuris et de iure – formalmente concessa (silenzio-assenso); il commissario quindi non può intraprendere il programma se non vi è la preventiva autorizzazione ministeriale; anzi il Ministero può chiedere al commissario chiarimenti, modifiche o integrazioni del programma, in considerazione ovviamente degli obiettivi sopra illustrati imposti dalla legge al programma stesso. In tale caso il termine di novanta giorni entro cui il Ministero deve esprimersi con decreto è sospeso e il commissario deve provvedere a fornire tutti i chiarimenti e le informazioni entro trenta giorni dalla richiesta, a pena di revoca dell'incarico. Val la pena notare che il termine sopradetto è “sospeso” (e non quindi “interrotto”), per cui nei predetti 90 giorni vanno calcolati i giorni già trascorsi prima della richiesta di spiegazioni. Da notare anche che ulteriori richieste ministeriali non producono effetti sospensivi.

Si è detto che il programma ha durata di uno o due anni, a seconda dell'indirizzo individuato; stante il disposto normativo (art. 57, quarto comma) i suddetti termini di durata decorrono dalla data dell'autorizzazione ministeriale.

Una volta intervenuta l'autorizzazione, il commissario straordinario, entro tre giorni, trasmette copia del programma al tribunale. E' importante sottolineare come la legge, in tale fase, imponga al commissario di segnalare al tribunale se il programma contenga eventuali notizie o previsioni specifiche che, se divulgate prima della scadenza, potrebbero pregiudicarne l'attuazione. Va rilevato come le dette notizie o previsioni debbano essere specifiche, non meramente generiche, e come tali individuate dal commissario.

Dopo di ch  il giudice delegato, senza obbligo di osservanza di termini, dispone il deposito in cancelleria del programma, con esclusione delle parti per le quali il commissario ha segnalato le esigenze di riservatezza, come sopra detto.

Il programma pu  essere visionato dall'imprenditore insolvente, dai creditori e da ogni altro interessato (in buona sostanza pressoch  da chiunque), e dello stesso pu  essere estratta copia; nel caso in cui il programma fosse stato stralciato di eventuali parti riservate, di ci  deve essere data indicazione nella copia depositata.

Per quanto attiene all'esecuzione del programma il commissario ha evidentemente tutti i poteri per dare corso ed effettuare le operazioni necessarie per il suo svolgimento e per il raggiungimento degli obiettivi contenuti in esso; tuttavia, anche nel corso dell'esecuzione del programma permane l'attivit  di vigilanza del Ministero il

DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

quale, ai sensi dell'art. 42 del decreto, deve preventivamente autorizzare, sentito il comitato di sorveglianza:

- a) gli atti di alienazione e di affitto di aziende e di rami di aziende;
- b) gli atti di alienazione e di locazione di beni immobili e di costituzione di diritti reali sui medesimi;
- c) gli atti di alienazione di beni mobili in blocco;
- d) gli atti costitutivi di pegno;
- e) le transazioni, se di valore indeterminato o superiore ad € 206.582,76.

Durante l'esecuzione del programma, al commissario sono imposti doveri di informativa consistenti nell'obbligo di presentare al Ministro dell'industria, ogni tre mesi, una relazione sia sull'esercizio dell'impresa che, appunto, sull'esecuzione del programma.

Il commissario deve poi presentare anche la relazione finale, nei dieci giorni successivi alla scadenza del programma. L'importanza di questa relazione è fondamentale, in quanto, per espressa disposizione della legge (art. 61), il Commissario deve analiticamente illustrare gli esiti e quindi i risultati raggiunti nell'esecuzione del programma, specificando se sono stati o meno conseguiti gli obiettivi del medesimo secondo uno dei due indirizzi di legge (cessione dei complessi aziendali o ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa).

Non è lasciata quindi alcuna autonomia valutativa al commissario in ordine ai risultati conseguiti, posto che allo stesso viene richiesta una dettagliata ed analitica (non sommaria) esposizione dell'esecuzione del programma e, soprattutto, la specificazione se sono stati raggiunti o meno, senza mezzi termini, gli obiettivi alternativi suddetti.

L'importanza attribuita alla relazione finale e alle obbligatorie informative che essa deve contenere vanno ovviamente considerate nell'ottica dei loro effetti concreti: solo infatti a seguito dei pareri espressi dal commissario, dipenderà il futuro dell'azienda: ritorno in bonis o fallimento.

Le relazioni, sia quelle trimestrali che quella finale, sono sottoposte al parere del comitato di sorveglianza, il quale dovrà esprimere il proprio giudizio in ordine alle affermazioni riferite dal commissario.

Una volta acquisito il parere, qualunque esso sia, il commissario deve entro tre giorni depositare la relazione e copia del parere presso la cancelleria del tribunale, ove qualunque interessato può prendere visione dei due atti ed estrarne copia. Inoltre il Commissario, entro dieci giorni dal deposito in cancelleria, deve trasmettere copia, sia di ogni relazione periodica che di quella finale, a tutti i creditori a mezzo posta elettronica certificata. In caso di mancata indicazione, da parte del creditore, del proprio indirizzo di posta elettronica certificata, la trasmissione delle relazioni suddette si effettua mediante il deposito nella cancelleria del Tribunale.

Mentre non sussistono dubbi circa la analiticità e dettagliatezza della relazione finale, un'osservazione può avanzarsi in ordine a quelle periodiche nel caso in cui il

DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

deposito del programma sia stato stralciato dalle parti riservate, come sopradetto. In tali casi appare pacifico che il commissario debba specificare, nelle relazioni, gli eventuali esiti riferibili alle parti riservate del programma, ma che di essi debba farsi stralcio nella copia depositata: in caso contrario si annullerebbe l'effetto di riservatezza richiesto dalla legge alle cosiddette parti riservate, che verrebbero invece in tal modo rese palesi dalla copia integrale della relazione.

Continuando l'analisi delle disposizioni riguardanti l'esecuzione del programma, molto importante è la previsione dell'art. 60 del d. lgs. 270, ove viene espressamente detto che il commissario straordinario può chiedere al Ministero dell'industria, indicandone le ragioni, la modifica del programma autorizzato o, addirittura, la sua sostituzione con un altro che adotti l'indirizzo alternativo previsto dall'art. 27.

Pertanto il programma originario non solo può essere modificato nell'ambito dello stesso indirizzo previsto (cessione complessi aziendali o ristrutturazione dell'impresa), ma può anche essere sostituito con un altro avente l'indirizzo alternativo rispetto a quello originariamente proposto.

La modificazione o la sostituzione del programma è soggetta agli stessi obblighi autorizzativi e di pubblicità previsti per il programma originario dagli artt. 57, comma 1, 58, comma 1, e 59 del d. lgs. 270.

La possibilità di modificare o sostituire il programma è soggetta tuttavia a taluni limiti temporali, che trovano ragione nel fatto che, per espressa disposizione della legge, il termine di durata del programma, anche se modificato o sostituito, è sempre quello di uno o due anni previsto dall'art. 27 e si computa a decorrere dalla data di autorizzazione del programma originario.

Stabilito quindi che la durata del programma non può mai eccedere i suddetti periodi, la legge si premura di precisare che:

- l'autorizzazione ministeriale di modifica o di sostituzione del programma è inefficace se interviene dopo la scadenza del termine del primo programma autorizzato. In tale caso, infatti, quest'ultimo deve considerarsi concluso, nel bene o nel male, alla sua scadenza naturale, per cui ogni ipotesi di successiva modifica o di sostituzione si porrebbe in contrasto con la normativa stessa;

- l'autorizzazione è altresì inefficace se interviene dopo il decorso di un anno dalla data di autorizzazione del primo programma, nell'ipotesi di sostituzione di un programma di ristrutturazione (la cui durata è di due anni) con uno di cessione dei complessi aziendali o dei complessi di beni e contratti da parte delle società operanti nel settore dei servizi pubblici (la cui durata è di un solo anno). Ove pertanto tale autorizzazione pervenga dopo il primo anno, essa sarà priva di effetto e quindi il commissario dovrà continuare l'esecuzione dell'originario programma di ristrutturazione oppure, se ritiene che la procedura non possa utilmente essere proseguita, dovrà richiedere al tribunale la conversione della stessa in fallimento (art. 69 D. Lgs. 270).

DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

La legge, da ultimo, disciplina la sorte delle azioni revocatorie in corso nell'ipotesi di sostituzione del programma. Come già detto, nella procedura di amministrazione straordinaria di cui al d. lgs. 270, le azioni revocatorie previste dalla legge fallimentare sono esperibili solo nell'ambito di un programma di cessione di complessi aziendali, la cui durata è di un anno. Dal ch  il legislatore (art. 60, comma 4) si premura di precisare che, nell'ipotesi di sostituzione di un programma di cessione dei complessi aziendali in uno di ristrutturazione (nell'ambito del quale le azioni revocatorie non sono esperibili), le eventuali azioni gi  proposte dal commissario straordinario sono sospese sino a quando   in corso l'esecuzione del programma sostitutivo. La sospensione diventer  definitiva qualora il nuovo programma di ristrutturazione abbia esito positivo, mentre cesser  nel caso in cui la procedura si converta in fallimento; in tale caso le azioni revocatorie proposte e successivamente sospese riprenderanno il loro iter.

Vediamo ora quale deve essere il contenuto del programma, che la legge individua all'art. 56.

Preliminarmente si ricorda che il programma, qualunque sia l'indirizzo prescelto,   redatto in modo da salvaguardare l'unit  operativa dei complessi aziendali, tenuto conto degli interessi dei creditori (art. 55).

Il contenuto di tale norma pone in evidenza i differenti obiettivi della procedura di amministrazione straordinaria rispetto a quelli delle ordinarie procedure concorsuali. In queste ultime il risultato da conseguire   la migliore soddisfazione economica dei creditori, che spesso conduce a quella rapida disgregazione aziendale, che si verifica nella maggior parte dei casi con la vendita separata dei cespiti patrimoniali.

Nell'amministrazione straordinaria, invece, l'obiettivo principale   la salvaguardia della realt  produttiva in funzionamento (concetto ben espresso nel programma CIRIO), della quale si cerca di preservare la piena operativit . Non solo, ma tale obiettivo deve essere perseguito tenuto conto degli interessi dei creditori. Il che certamente indica, come si legge nel programma CIRIO, che *ferma restando la prevalenza dell'interesse collettivo di salvaguardia di una grande impresa insolvente, lo strumento che viene scelto per conseguire tale obiettivo non pu  prescindere dall'interesse dei creditori, la cui rilevanza appare attenuata ma giammai scompare dall'orizzonte dell'impianto legislativo.*

Nella relazione dei commissari giudiziali della procedura CIRIO si legge: *appare evidente che nel bilanciamento dei vari interessi che si confrontano e si scontrano in ogni ipotesi di insolvenza, qui l'interesse dei creditori si colloca su un piano decisamente subordinato dinanzi alla preminente esigenza di salvaguardare la continuit  dell'attivit  imprenditoriale, tutelando l'efficienza del patrimonio produttivo ed il mantenimento dell'occupazione. Tale esigenza di salvaguardia soddisfa - secondo la legge - un interesse pubblico superiore rispetto all'interesse, pur sempre privato, dei creditori.*

DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

Si è anche detto che il programma, nel rispetto dei principi sopra illustrati, può avere due indirizzi alternativi: la cessione dei complessi aziendali e la ristrutturazione economico – finanziaria dell'impresa.

La norma (art. 56) prevede dapprima alcune parti comuni di entrambi i tipi di programma, dopodiché stabilisce gli elementi ulteriori specifici di ognuno dei due tipi.

I contenuti che entrambi i programmi devono contenere sono i seguenti:

- a) Le attività imprenditoriali destinate alla prosecuzione e quelle da dismettere.

Il commissario straordinario ha la gestione dell'impresa e l'amministrazione dei beni della stessa, per cui dovrà individuare, nell'ambito del programma predisposto, quali siano le attività che dovranno essere destinate alla prosecuzione dell'impresa e quali invece dovranno essere destinate alla dismissione attraverso la vendita. E' ovvio che ben diverso sarà il criterio di valutazione di tale aspetto in presenza di programma di cessione dei complessi aziendali rispetto a quello di ristrutturazione.

Nel primo caso, infatti, le attività aziendali, contribuendo a formare, insieme con altri beni, i complessi o rami aziendali, non potranno che essere destinati alla dismissione nell'arco di tempo di esecuzione del programma. Nel secondo caso, invece, la dismissione di determinate attività patrimoniali è funzionale al raggiungimento dell'obiettivo della ristrutturazione previsto dal programma, per cui verosimilmente parecchie attività saranno mantenute nell'ambito del complesso aziendale.

- b) Il piano per l'eventuale liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.

Sotto questo profilo il commissario deve innanzitutto individuare quali siano i beni non necessariamente funzionali all'esercizio dell'attività aziendale e deve predisporre, nell'ambito del programma, il piano per la loro eventuale liquidazione.

Anche qui occorre considerare come diverse debbano essere le indicazioni del commissario in presenza di un programma di cessione di beni aziendali, posto che il detto piano rientra in genere in un più ampio piano di vendita dell'intero complesso, rispetto a quelle di un programma di ristrutturazione ove invece i singoli beni aziendali possono essere ritenuti più o meno funzionali per l'esercizio dell'impresa.

- c) Le previsioni economiche e finanziarie connesse alla prosecuzione dell'esercizio dell'impresa.

Questi elementi potranno essere opportunamente individuati attraverso la predisposizione di un budget economico dell'impresa relativo al periodo di durata del programma e alla redazione di un rendiconto finanziario relativo allo stesso periodo, elaborato secondo i comuni principi contabili.

DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

c/bis) I costi generali e specifici complessivamente stimati per l'attuazione della procedura, con esclusione del compenso dei commissari e del comitato di sorveglianza.

Le informazioni qui richieste sono connesse, ovviamente, a quelle già richieste con la precedente lettera c) di cui sopra, con l'integrazione della individuazione dei costi, sia generali che specifici, che il commissario deve stimare per l'attuazione, della procedura nel suo complesso, con l'esclusione dei costi riguardanti il compenso del Commissario e dei componenti del comitato di sorveglianza.

- d) I modi della copertura del fabbisogno finanziario, con specificazione dei finanziamenti o delle altre agevolazioni pubbliche di cui è prevista l'utilizzazione.

Ovviamente la norma si riferisce al fabbisogno finanziario necessario per la prosecuzione dell'impresa sino al completamento del programma e richiede che il commissario debba precisare con quali fonti trovino copertura i fabbisogni finanziari suddetti, specificando se siano previsti il ricorso e l'utilizzazione di finanziamenti o agevolazioni pubbliche.

Ai contenuti sopra illustrati, che devono considerarsi comuni a ciascun tipo di programma, la norma (art. 56) ne impone altri, differenziati a seconda del tipo di programma predisposto.

Se è adottato l'indirizzo della cessione dei complessi aziendali, il programma deve altresì indicare le modalità della cessione dei complessi, segnalando le offerte pervenute o acquisite nonché le previsioni in ordine alla soddisfazione dei creditori.

Per quanto riguarda le modalità della cessione è chiaro che il commissario dovrà indicare prezzo, condizioni e modalità di pagamento, suffragate queste ultime da idonee garanzie in caso di dilazioni di pagamento.

Inoltre, posto che dall'apertura della procedura alla presentazione del programma è trascorso del tempo (non oltre sessanta giorni eventualmente prorogati a centoventi), il commissario deve segnalare nel programma stesso se, in tale arco di tempo, ha ricevuto o acquisito offerte di acquisto per taluno dei complessi aziendali, evidentemente illustrandone le condizioni; da ciò si deduce che il commissario, nelle more tra l'apertura della procedura e la presentazione del programma, può attivarsi, su autorizzazione del Ministero delle attività produttive, ad effettuare pubblico invito per a richiedere, con pubblici inviti, manifestazioni di interesse all'acquisizione di determinate attività (rectius: complessi aziendali).

Ciò evidentemente può determinare una accelerazione dei tempi di cessione dei complessi aziendali, consentendo di avviare la procedura di dismissione avendo già individuato una prima rosa di potenziali acquirenti (così come è stato fatto, a suo tempo, dai commissari della procedura CIRIO).

Infine il commissario dovrà segnalare nel programma le previsioni circa il pagamento dei creditori. A tale proposito dovrà opportunamente confrontare

DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

L'ammontare degli incassi previsti dalla dismissione dei complessi aziendali costituenti l'attivo patrimoniale della società con l'ammontare del passivo accertato. Se invece è adottato l'indirizzo della ristrutturazione dell'impresa, il programma deve indicare, oltre alle informazioni obbligatorie sopra illustrate:

- a) le eventuali previsioni di ricapitalizzazione dell'impresa e di mutamento degli assetti imprenditoriali;
- b) i tempi e le modalità di soddisfazione dei creditori, anche sulla base di piani di modifica convenzionale delle scadenze dei debiti o di definizione mediante concordato.

Con riferimento al punto a) il commissario deve avere individuato, nell'ambito del piano, la necessità o meno di attingere risorse finanziarie fresche dal mercato o da nuovi investitori e, in caso positivo, dovranno essere opportunamente illustrati le fonti della ricapitalizzazione e l'entità della stessa, nonché i mutamenti degli assetti imprenditoriali conseguenti, quali: il cambiamento delle quote di partecipazione al capitale, a seguito dell'intervento, ad esempio, di investitori istituzionali; eventuali patti di sindacato o modificazioni di quelli in essere a seguito del cambiamento della compagine sociale.

Circa gli elementi richiesti al punto b) il commissario dovrà dare atto, sia sulla base di precorse intese con i creditori sociali sia di opportune previsioni economico – finanziarie conseguenti alla prosecuzione dell'impresa, dei tempi e delle modalità con cui avverrà il pagamento dei creditori.

Nell'ambito di questa attività preliminare, il commissario dovrà acquisire o meno la disponibilità dei creditori di modificare i termini di pagamento o, addirittura, di addivenire ad un concordato secondo le previsioni stabilite dalla legge stessa.

Con riferimento poi alle operazioni di cessione dei complessi aziendali o dei complessi di beni e ai contratti previsti rispettivamente dall'art. 27, comma 2, lettera a) e b-bis), viene espressamente stabilito (art. 56, comma 3-bis) che le medesime non configurano trasferimento di azienda, di ramo o di parti dell'azienda agli effetti previsti dall'art. 2112 del Codice Civile.

Questa disposizione va coordinata con quella prevista dall'art. 63, commi 2 e 4, le quali stabiliscono rispettivamente che i livelli occupazionali che l'acquirente dell'azienda deve impegnarsi a mantenere (almeno per un biennio) sono quelli convenuti nell'atto della vendita e che nel medesimo può essere convenuto il trasferimento solo parziale dei lavoratori nonché le eventuali modifiche delle condizioni di lavoro.

Dal coordinamento delle disposizioni normative si evince in modo inequivoco che per l'acquirente dell'azienda o di rami o parti di essa non sussiste la responsabilità né gli fanno carico gli obblighi di mantenimento dei diritti di tutti i lavoratori appartenenti all'azienda previsti dal citato art. 2112 Codice Civile, ma solo quelli relativi ai lavoratori specificatamente indicati nell'atto di vendita.

DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

La ratio della norma è intuitiva: rientra infatti nella normalità l'esigenza per l'acquirente di adeguare i livelli occupazionali alle proprie effettive esigenze e quindi di subordinare ad esse il limite numerico di trasferibilità dei dipendenti.

La vendita dei beni dell'impresa deve avvenire, da parte del commissario, con forme adeguate alla natura dei beni stessi e finalizzata al conseguimento del migliore realizzo, cioè al raggiungimento del prezzo più elevato. La mancanza di una elencazione espressa circa le modalità di vendita esclude l'obbligo per il commissario del ricorso alle forme di vendita coatta previste dalla Legge Fallimentare.

Per quanto riguarda poi la vendita di beni immobili e di aziende di valore superiore a £ 100.000.000 (ora € 51.645,68) la stessa dovrà avvenire previo espletamento di idonee forme di pubblicità.

La Legge (art. 62, comma 3) stabilisce infine che il valore dei beni oggetto della cessione è determinato da uno o più esperti nominati dal commissario. Se la vendita riguarda aziende in esercizio *la valutazione deve tenere conto della redditività, anche se negativa dell'azienda stessa all'epoca della stima e nel biennio successivo*. Viene quindi individuato nel cosiddetto metodo reddituale il criterio che i periti dovranno utilizzare nella valutazione del patrimonio da attribuire all'azienda da trasferire e viene indicato anche l'arco temporale per il quale deve tenersi conto dei flussi reddituali attesi (due anni). Gli esperti dovranno quindi effettuare innanzi tutto una previsione economica per i due anni successivi alla vendita, finalizzata alla determinazione del reddito prospettico da utilizzare per la valutazione dell'azienda con l'applicazione del sopra detto metodo reddituale come definito dalla disciplina aziendalistica.

Per quanto riguarda la scelta dell'acquirente, di esclusiva individuazione del commissario straordinario, la stessa deve avvenire tenendo conto dei seguenti elementi, da valutarsi in modo omogeneo e complessivo:

- dell'ammontare del prezzo offerto, considerando, ovviamente, anche i tempi e le adeguate garanzie di pagamento;
- dell'affidabilità dell'offerente con riferimento al piano di prosecuzione delle attività di impresa presentato dal medesimo, avendo riguardo anche alle garanzie di mantenimento dei livelli occupazionali.

Il commissario, riguardo questi elementi, dovrà quindi esaminare il piano predisposto dall'acquirente circa la prosecuzione dell'attività dell'impresa cedenda, anche, ma direi soprattutto, considerando con particolare attenzione la affidabilità del cessionario relativamente al mantenimento dei lavoratori il cui trasferimento sia previsto nell'atto di vendita.

Sempre con riferimento alla vendita delle aziende, viene espressamente prevista (art. 63, comma 5) l'esclusione della responsabilità dell'acquirente per i debiti, anteriori alla data del trasferimento, relativi all'azienda ceduta, il tutto salvo diversa e contraria pattuizione convenuta tra i commissari e l'acquirente convenuta nell'atto di vendita.

DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

Questa disposizione deroga alla previsione di cui all'art. 2560, comma 2, del Codice Civile in forza della quale l'acquirente di un'azienda commerciale risponde dei debiti, risultanti dai libri contabili obbligatori, relativi all'azienda ceduta anteriori al trasferimento. E' ovvio quindi che, se non fosse stata espressamente codificata la deroga suddetta, l'acquirente dell'azienda appartenente ad un'impresa in procedura di amministrazione straordinaria verrebbe a trovarsi nella scomoda situazione di rispondere anch'egli, seppure insieme con il venditore, dei debiti anteriori al trasferimento facenti capo all'azienda ceduta: questo, ovviamente, avrebbe intralciato notevolmente la possibilità di concludere la vendita stessa.

2. Il programma delle leggi Marzano e Marzano-bis

Come è noto il D.L. 23 dicembre 2003, n. 347 (comunemente detto decreto Parmalat in quanto emanato a seguito del crack del gruppo parmense), convertito dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39 (Legge Marzano), disciplina la particolare procedura di amministrazione straordinaria delle imprese in crisi di più rilevanti dimensioni, essendo rivolto alle imprese che abbiano, congiuntamente, qualificati requisiti dimensionali e di indebitamento.

Successivamente il Governo ha emanato il Decreto Legge 3 maggio 2004, n. 119, convertito successivamente dalla legge 5 luglio 2004, n. 166, recante disposizioni correttive ed integrative del D.L. 347/2003.

Inoltre il Governo, con il Decreto Legge 29 novembre 2004, n. 281 (cosiddetto decreto VOLARE, in quanto emanato in seguito all'insolvenza della compagnia aerea avente tale nome), convertito, senza modifiche, con L. 28 gennaio 2005 n. 6, ha ulteriormente modificato il citato D.L. 347/2003 sostituendo l'art. 1 che disciplina i requisiti per l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria. Ulteriori modifiche e integrazioni sono state introdotte dal D.L. 28 agosto 2008, n. 134 convertito dalla Legge 27 ottobre 2008, n. 166 (Legge Marzano-bis).

A seguito dell'entrata in vigore del D.L. n. 281, avvenuta lo stesso giorno di pubblicazione (Gazzetta Ufficiale n. 280 del 29 novembre 2004), la particolare procedura di amministrazione straordinaria prevista dalla Legge Marzano è consentita alle imprese che abbiano, singolarmente o come gruppo di imprese, costituito da almeno un anno, entrambi i seguenti requisiti:

- a) lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiore a cinquecento unità da almeno un anno (in precedenza il limite era di mille unità);
- b) debiti, inclusi quelli derivanti da garanzie rilasciate, per un ammontare complessivo non inferiore a trecento milioni di euro (in precedenza: un miliardo).

Sono dunque stati fortemente ridotti i requisiti dimensionali richiesti per accedere alla speciale procedura di amministrazione straordinaria prevista dal D.L. 347,

DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

evidentemente al fine di consentire l'ingresso ad un più vasto numero di imprese, in considerazione dell'obiettivo di evitare procedure concorsuali liquidatorie, mantenendo invece la prosecuzione dell'impresa mediante il suo risanamento economico-finanziario.

Nella stessa ottica viene precisato che, in presenza di insolvenze di gruppo, i nuovi requisiti dimensionali non necessariamente devono essere posseduti da ogni singola impresa del gruppo, ma è sufficiente che sussistano per il gruppo nel suo complesso, purché esistente giuridicamente da almeno un anno.

Ovviamente, poiché la normativa sulle grandi imprese in stato di insolvenza, originariamente regolata dal citato D.L. 347/2003, ha subito le modificazioni e le integrazioni che si sono sopra ricordate, nel prosieguo di questo articolo, ogni qualvolta ci si riferisce al D.L. 347/2003, si intende fare riferimento al testo attualmente vigente per effetto di dette modifiche e integrazioni. Anche nel modello procedurale regolato dalle nuove norme, così come in quella previsto dal d. lgs. 270/99, il programma riveste il ruolo principale, attorno al quale si sviluppa tutta la procedura.

Si è già detto sopra che, nell'ambito delle procedure rientranti nel d. lgs. 270/99, il programma:

- è redatto in modo da salvaguardare l'unità operativa dei complessi aziendali, tenuto conto degli interessi dei creditori;
- nel rispetto dei detti obiettivi, può assumere l'indirizzo della cessione dei complessi aziendali oppure quello della ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa.

Nel Decreto Legge 347/2003 (Legge Marzano) il programma poteva assumere solo l'indirizzo della ristrutturazione già previsto dall'art. 27, comma 2, lettera b), del d. lgs. 270/99, salvo quanto verrà detto nel proseguo. Con il D.L. 134/2008 (Marzano-bis) è stata reintrodotta la possibilità per le imprese di quibus di presentare un programma di cessione dei complessi aziendali così come già era previsto dal D.L. 347/2003 (Prodi-bis).

Limitando la nostra analisi agli aspetti dei D.L. 347 (Legge Marzano) e del D.L. 134/2008 (Legge Marzano-bis) che riguardano il programma, preliminarmente va osservato che il Ministero delle attività produttive, su istanza dell'impresa interessata che si trovi in possesso dei requisiti dimensionali richiesti, provvede con proprio decreto all'ammissione immediata dell'impresa stessa alla procedura di amministrazione straordinaria e alla nomina del commissario straordinario. Questi, entro centottanta giorni dalla nomina, presenta al Ministro il programma di cui all'art. 54 del d. lgs. 270, predisposto secondo uno degli indirizzi previsti dall'art. 27 dello stesso d. lgs., e cioè con l'obiettivo di recuperare l'equilibrio delle attività imprenditoriali tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni oppure tramite la cessione dei complessi aziendali o rami d'azienda.

DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

Se ricorrono particolari motivi, il termine, su richiesta motivata dal commissario, può essere prorogato dal Ministro per non più di ulteriori novanta giorni. Mentre nel d. lgs. 270 la proroga (non superiore a sessanta giorni) può essere concessa solo se *la definizione del programma risulta di particolare complessità*, nel D.L. 347 può essere concessa per motivi anche non esclusivamente attinenti la complessità di predisposizione del programma, quali ad esempio la necessità di acquisire ulteriori elementi o più complete informazioni attinenti la situazione patrimoniale contabile dell'impresa.

Di importante rilievo nel programma è la tutela prevista per i risparmiatori che abbiano investito in obbligazioni, emesse o garantite dall'impresa in amministrazione straordinaria.

In particolare nel programma delle imprese ammesse alla procedura regolata dal D.L. 347 devono essere specificamente, e quindi non in via meramente generica, presi in considerazione gli interessi degli obbligazionisti. E' noto il clamore suscitato dal crack PARMALAT in ordine ai danni causati ai sottoscrittori dei bonds emessi dalla società, per cui è presumibile il legislatore proprio da quella vicenda sia stato spinto ad una particolare attenzione nei riguardi dei portatori di questi titoli, imponendo al commissario straordinario di rivolgere particolare considerazione a tali creditori, anche nell'ipotesi di previsione, nell'ambito del programma, di soddisfare i debiti attraverso un concordato.

Nelle procedure di amministrazione straordinaria regolate dal D.L. 347 il concordato, come è noto, può essere proposto solo dal commissario straordinario (non dall'imprenditore o da un terzo, come invece è nel d. lgs. 270) e solo nel programma stesso (cioè non separatamente da esso).

Tale concordato può prevedere la suddivisione di creditori in classi, con possibilità di costituire autonome classi per i possessori di obbligazioni emesse o garantite dalla società in procedura.

In tale ipotesi, dunque, il commissario dovrà opportunamente prevedere un trattamento particolare a favore della classe costituita dagli obbligazionisti.

Unitamente al programma il commissario straordinario dovrà presentare al Ministro delle attività produttive anche una relazione particolareggiata sulle cause dell'insolvenza, accompagnata dallo stato analitico ed estimativo delle attività e dall'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione.

Al fine di rendere pubbliche le cause dell'insolvenza e il contenuto del programma, la legge prevede che il commissario debba pubblicare, senza ritardo (non c'è quindi un termine perentorio, ma una raccomandazione alla tempestività) un estratto della relazione e del programma in almeno due quotidiani a diffusione nazionale o internazionale, salvo altra modalità ritenuta idonea dal giudice delegato.

DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

Nell'avviso di pubblicazione il commissario dovrà dare comunicazione che l'imprenditore, i creditori e ogni altro interessato hanno facoltà di prendere visione e di estrarne copia della relazione e del programma stessi, eventualmente anche mediante collegamenti a rete informatica accessibile al pubblico secondo modalità stabilite dal giudice delegato, il tutto per facilitare e velocizzare l'accesso ai documenti.

Sia il programma che la relazione sono trasmessi dal commissario al tribunale secondo le disposizioni di cui all'art. 59 del d. lgs. n. 270.

Fino all'autorizzazione del programma, il commissario straordinario può compiere solo gli atti di ordinaria amministrazione o quelli il cui valore unitario sia inferiore ad € 250.000, sempreché si tratti di atti necessari per la salvaguardia della continuità dell'attività aziendale delle imprese del gruppo (ma anche della singola impresa, qualora non si sia in presenza di un gruppo), il commissario deve richiedere al Ministro apposita preventiva autorizzazione; l'autorizzazione deve riguardare ogni singola operazione o categoria di operazioni.

Il comma 4 dell'art. 4 del D.L. 347/2004, come modificato dalla Legge Marzano - bis, prevede che qualora non sia possibile adottare oppure qualora il Ministro non autorizzi nessuna delle due tipologie di programma previsti dalla legge (art. 27, comma 2, lettere a) e b) del D.L. 270/1999), il Tribunale, previa audizione del commissario straordinario, decreta la conversione della procedura di amministrazione straordinaria in fallimento.

Nella sola ipotesi in cui il Ministro non ritenesse soddisfacente il primo programma di ristrutturazione è però previsto dalla legge (art. 4, comma 4-bis), al fine di evitare una immediata apertura della procedura fallimentare, la possibilità di presentare un programma di cessione dei complessi aziendali, in sostituzione di quello di ristrutturazione: verificandosi tale ipotesi, solo nel caso in cui anche tale programma non fosse adottabile o non venisse autorizzato, verrebbe disposta dal tribunale la conversione della procedura in fallimento.

Il nuovo programma di cessione può anche essere presentato dal commissario straordinario al Ministro entro sessanta giorni dalla comunicazione della mancata autorizzazione del programma di ristrutturazione.

E' ovvio che qualora il commissario non ritenesse proponibile un programma di cessione dei complessi aziendali nell'interesse dei creditori, non avrebbe altra strada che richiedere il fallimento dell'impresa. Analoga conclusione dovrà avere la procedura se il nuovo programma non sarà autorizzato dal Ministro: il commissario dovrà adire il tribunale per la dichiarazione di fallimento.

Nelle procedure rientranti nell'ambito applicativo del d. lgs. n. 270, la prosecuzione dell'impresa sulla base del programma di cessione dei complessi aziendali non può avere durata superiore a un anno.

DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

Invece nelle procedure di cui alla Legge Marzano, se il programma di cessione è autorizzato, la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa può avere durata sino a due anni, decorrenti dalla data della autorizzazione.

Non solo, ma il legislatore, resosi conto della difficoltà di eseguire il programma nell'arco di questo periodo, ha opportunamente provveduto ad ampliare detto termine, prevedendo (art. 4, comma 4-ter, del D.L. 347) che, su istanza del commissario e sentito il parere del comitato di sorveglianza, quando il programma, alla sua scadenza naturale, risulti eseguito solo parzialmente, a seguito della particolare complessità delle operazioni attinenti tanto alla ristrutturazione (nel caso di programma di ristrutturazione) quanto alla cessione dei complessi aziendali (nel caso di programma di cessione) e in ragione delle difficoltà connesse alla definizione dei problemi occupazionali, il Ministro possa disporre la proroga del termine di esecuzione per un ulteriore periodo massimo di dodici mesi. Quindi, come si può agevolmente comprendere dalla semplice lettura del testo normativo, tale proroga non è automatica ma può essere autorizzata dal Ministro solo se saranno ravvisabili sia particolari complessità nelle varie operazioni di esecuzione del programma sia particolari difficoltà nella definizione dei problemi riguardanti l'occupazione dei lavoratori.

Si è visto che il programma di cessione dei complessi aziendali può essere presentato dal commissario nel caso in cui il Ministro non autorizzi quello di ristrutturazione.

La legge (art. 4-bis, comma 11-bis) prevede anche un'altra ipotesi nella quale il programma di cessione può essere presentato, e cioè quando il concordato di cui all'art. 4-bis venga respinto.

Come è noto la legge di conversione del D.L. n. 347 ha introdotto una importantissima innovazione, prevedendo nella procedura di amministrazione straordinaria una particolare figura di concordato, quale modo di soddisfazione dei creditori nell'esecuzione del programma.

Senza volerci addentrare ora nell'esame di questo istituto, sul quale ci riserviamo di ritornare più diffusamente in un altro momento, ci preme sottolineare che il concordato è un modo di esecuzione del programma di ristrutturazione, dettagliatamente illustrato nell'ambito dello stesso dal commissario, unico soggetto legittimato a proporlo.

Il concordato stabilisce le modalità di soddisfazione dei creditori, eventualmente suddivisi per classi, con trattamenti differenziati tra le varie classi, nella formazione delle quali dovranno essere considerati specificamente i possessori di obbligazioni. E' approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi; in tal caso il tribunale approva il concordato con sentenza in camera di consiglio.

Se le maggioranze di legge non vengono raggiunte, ecco che si innesta la possibilità di sostituire il programma di ristrutturazione con quello di cessione. In tal

DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

caso, infatti, è previsto che l'attività d'impresa prosegua e che, entro sessanta giorni dalla pubblicazione della sentenza che respinge il concordato, il commissario possa presentare al Ministro un programma di cessione dei complessi aziendali, secondo quanto previsto dall'art. 27, comma 2, lettera a), del D. Lgs. n. 270.

Innanzitutto occorre rilevare che la valutazione circa la predisposizione del nuovo programma spetta esclusivamente al commissario, il quale quindi potrebbe anche non ritenere necessario o utile predisporlo, con l'ovvia conseguenza di dover richiedere al Tribunale la dichiarazione di fallimento.

Nel caso in cui invece il programma di cessione sia predisposto dal commissario (nei termini suddetti) e venga autorizzato dal Ministro, la prosecuzione dell'impresa può avere durata sino a due anni, anziché uno come invece era previsto ordinariamente per tale tipo di programma dal D. Lgs. n. 270.

Il maggior termine decorre dalla data di autorizzazione del programma stesso. Merita ricordare, come si è già detto, che il prolungamento del termine è previsto anche nell'ipotesi di sostituzione del programma di ristrutturazione con quello di cessione quando il primo non venga autorizzato dal Ministro.

Al fine di velocizzare le operazioni di salvataggio e di favorire la continuazione dell'attività da parte della grande impresa insolvente, la Legge Marzano-bis ha introdotto nell'art. 4 del D.L. 347 (Legge Marzano) il comma 4-quater con il quale viene espressamente prevista la possibilità per il commissario, nell'ambito del programma, *di individuare l'acquirente a trattativa privata*, in deroga alle disposizioni dell'art. 62 della Legge Prodi - bis (D.L. 270/99) che imponevano invece il rispetto di determinate procedure adeguate alla natura dei beni oggetto della cessione.

Questa possibilità è però riservata esclusivamente alle imprese, ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria, operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali e l'acquirente scelto dal commissario deve garantire la continuità del servizio nel medio periodo, fermo restando che il commissario stesso deve attenersi al *rispetto dei principi di trasparenza e di non discriminazione*.

Il prezzo della vendita non deve essere inferiore a quello di mercato individuato da una perizia estimativa effettuata da *primaria istituzione finanziaria* scelta con decreto dal Ministro dello sviluppo economico. In tali casi viene espressamente esclusa, con il richiamo all'art. 105 della Legge Fallimentare, la responsabilità dell'acquirente per i debiti dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento della stessa.

3. Il programma nei gruppi di imprese

Un'area di particolare interesse è quella riservata dalla legge alla esecuzione del programma nell'ambito dei gruppi di imprese; sia il d. lgs. n. 270 sia il D.L. 347 contengono infatti specifiche disposizioni con riferimento all'insolvenza dei grandi gruppi.

DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

Esaminiamo dapprima le norme riguardanti la formazione e l'esecuzione del programma nelle procedure di cui al d. lgs. n. 270.

Innanzitutto, una volta ammessa alla procedura, in presenza dei prescritti requisiti, una delle imprese del gruppo, possono essere ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria prevista da questa legge anche le altre imprese appartenenti al gruppo, pur se prive dei requisiti previsti dall'art. 2 (numero dei lavoratori subordinati e ammontare dei debiti) purché siano soggette alle disposizioni sul fallimento (quindi aventi natura "commerciale") e si trovino in stato di insolvenza (ovviamente dichiarato dal Tribunale ai sensi dell'art. 3 del D. Lgs. 270).

La legge indica la prima procedura con il nome di procedura madre, che quindi non è quella della capogruppo, ma quella che per prima è stata aperta nei confronti di una qualsiasi delle imprese del gruppo, come definito dall'art. 80; può trattarsi quindi sia della capogruppo sia di una qualsiasi delle controllate, purché abbia i requisiti dimensionali previsti dall'art. 2 e la possibilità di recupero dell'equilibrio economico prevista dall'art. 27 D. Lgs citato.

Ciò significa che, una volta apertasi la procedura madre per una qualunque delle società di un gruppo, le altre società appartenenti allo stesso gruppo possono essere anch'esse ammesse alla amministrazione straordinaria, ciononostante l'assenza dei requisiti di cui all'art. 2, purché dichiarate insolventi dal tribunale.

Per imprese del gruppo devono intendersi, per espressa disposizione della legge (art. 80):

- 1) le imprese che controllano, direttamente o indirettamente, la società sottoposta alla procedura madre;
- 2) le società controllate, direttamente o indirettamente, dall'impresa sottoposta alla procedura madre o dall'impresa che la controlla;
- 3) le imprese che, per la composizione degli organi amministrativi o sulla base di altri concordanti elementi, risultino soggetta ad una direzione comune a quella dell'impresa sottoposta alla procedura madre.

Il rapporto di controllo sussiste nei casi previsti dall'art. 2359 Codice Civile.

Mentre l'appartenenza al gruppo nei casi sub 1) e 2), è facilmente rilevabile, riguarda l'ipotesi di gruppo prevista sub 3) l'accertamento può essere talvolta più difficoltoso.

Altra condizione richiesta dal d. lgs. n. 270 per l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria delle imprese del gruppo (come sopra definito) è che queste ultime devono presentare concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico e finanziario attraverso la realizzazione di un programma predisposto secondo uno degli indirizzi di cui all'art. 27, oppure deve comunque risultare opportuna la gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo per il raggiungimento degli obiettivi della procedura. Non è questa la sede per individuare quando si verifichino le circostanze richieste, che vanno ovviamente valutate caso per caso, ma merita ricordare che l'accertamento dei presupposti e delle condizioni tutte per l'ammissione alla

DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

procedura dell'impresa del gruppo è effettuato dal tribunale del luogo in cui essa ha la sede principale.

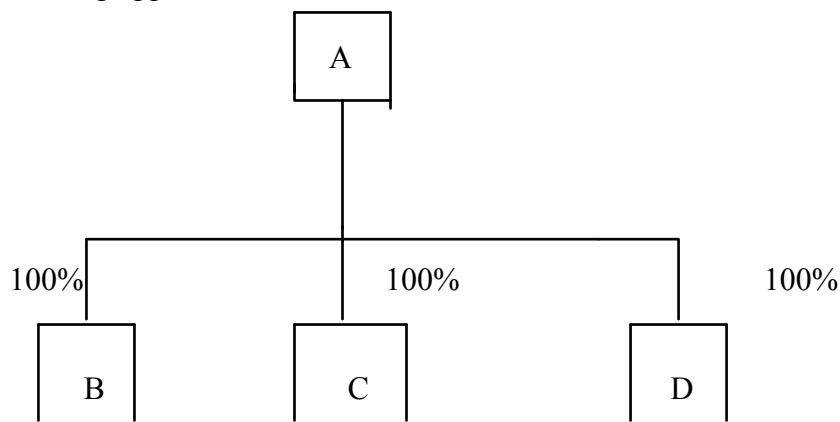
Per quanto riguarda invece l'esistenza dei rapporti di controllo richiesti dalla legge e sopra indicati, sia il tribunale, sia il Ministero, e sia il commissario straordinario, possono, ai fini del relativo accertamento, chiedere alla CONSOB e ad ogni altro pubblico ufficio (ad esempio Registro Imprese, Camera di Commercio, ecc.) tutte le informazioni ritenute necessarie.

Quello che qui preme analizzare è lo svolgimento e l'esecuzione del programma nell'ambito del gruppo, programma che deve essere predisposto in maniera differente a seconda o meno che per l'impresa del gruppo (cui si estende la procedura) sussistano le condizioni indicate nell'art. 27.

Più precisamente:

- a) nel caso in cui la società del gruppo presenti concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico attraverso la cessione dei complessi aziendali oppure attraverso la ristrutturazione dell'impresa, il commissario della procedura madre predispone un autonomo programma riguardante l'impresa del gruppo secondo uno dei noti indirizzi alternativi previsti dall'art. 27;
- b) nel caso in cui l'impresa del gruppo non sia in possesso dei requisiti sopra richiesti, l'accesso alla procedura è ugualmente ammesso purchè trovi ragioni in considerazione della opportunità della gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo (art. 81). In tal caso il commissario della procedura madre non predispone un autonomo programma per le altre società del gruppo interessate, ma predispone un programma integrativo di quello autorizzato per la procedura madre o per altra impresa del gruppo anch'essa ammessa alla procedura (art. 86). Sarà quindi il commissario a decidere quale programma sottoporre a integrazione, nell'ambito di quelli autorizzati per le società appartenenti al gruppo già ammesse alla procedura.

Si ipotizzi un gruppo così formato:



DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

Le società B, C e D sono soggette a direzione comune della capogruppo A.

La prima impresa ad essere ammessa all'amministrazione controllata è la società A: questa sarà la procedura madre.

Successivamente la società B, controllata dalla A, è dichiarata insolvente in assenza delle condizioni richieste dall'art. 27: in tal caso il commissario straordinario della procedura A non potrà che integrare il programma di quest'ultima per consentire a B l'ammissione alla procedura.

Successivamente anche l'impresa C è dichiarata insolvente e se per essa sussistono le condizioni richieste dall'art. 27, il commissario di A (procedura madre) dovrà predisporre un programma autonomo per la sua ammissione alla procedura.

Infine viene dichiarata insolvente l'impresa D e per essa non sussistono le condizioni dettate dall'art. 27: in tal caso, affinché D possa essere ammessa alla procedura di amministrazione controllata, il commissario della procedura madre A potrà predisporre una integrazione del programma di A o alternativamente di quello di C, appartenendo entrambe queste società allo stesso gruppo per le quali è già stato predisposto ed è in corso di esecuzione un autonomo programma di procedura.

E' solo opportuno precisare che se, al momento della dichiarazione di insolvenza di D, il programma della procedura madre A (cioè il primo) fosse già stato eseguito, per l'ammissione di D alla procedura il commissario non avrebbe altra strada che integrare il programma di C, unico ad essere ancora in corso di esecuzione.

Se alla data di dichiarazione dello stato d'insolvenza di D anche il programma di C fosse stato completato ed eseguito, D non potrebbe essere ammessa alla procedura in quanto priva dei requisiti di cui all'art. 27.

Si è detto dunque che le imprese dello stesso gruppo possono essere ammesse all'amministrazione straordinaria anche in assenza delle condizioni richieste dall'art. 27, purchè queste ultime sussistano per la procedura madre e appaia opportuna la gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo.

Non solo, ma per esplicita disposizione di legge (art. 81), l'unitarietà della gestione dell'insolvenza deve essere idonea ad agevolare il raggiungimento degli obiettivi della procedura, in considerazione dei collegamenti di natura economica o produttiva esistenti tra le singole imprese.

Sarà quindi il commissario straordinario che dovrà valutare, per ogni impresa del gruppo, la sussistenza di situazioni di fatto o di altri elementi che rendano opportuna, e quindi utile, la gestione unitaria dell'insolvenza all'interno del

DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

gruppo, tenendo conto dei rapporti economici e produttivi che intercorrono tra le imprese del gruppo stesso e valutando se, in considerazione di questi, la gestione unitaria dell'insolvenza possa consentire un più agevole raggiungimento degli obiettivi della procedura. Ovviamente il commissario dovrà dare atto di ciò nella formulazione del programma.

Si tenga presente che, anche per consentirgli la valutazione sulla opportunità o meno di una gestione globale dell'insolvenza di gruppo, al commissario straordinario della procedura madre è concessa la facoltà di proporre al tribunale il ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza di ciascuna impresa del gruppo. Pertanto, ove il commissario ravveda l'esistenza dei presupposti di insolvenza per una impresa del gruppo e ritenga che, nell'interesse dei creditori, sia più idoneo un programma unitario, non potrà astenersi dal richiedere la dichiarazione di insolvenza anche per altre imprese del gruppo.

Dopo aver illustrato la predisposizione e l'esecuzione del programma nell'ambito delle procedure di cui al d. lgs. n. 270, analizziamo ora gli stessi argomenti nella amministrazione straordinaria regolata dal D.L. n. 347, convertito dalla Legge 18 febbraio 2004, n. 39 (Legge Marzano).

In questa procedura è di grande importanza la facoltà concessa al commissario di richiedere al Ministro l'ammissione alla procedura per le altre imprese del gruppo. In tale caso il commissario dovrà contestualmente presentare anche il ricorso per l'accertamento dello stato di insolvenza, tenendo presente che il tribunale competente a riceverlo non è quello in cui ha sede l'impresa del gruppo della quale si chiede l'ammissione alla procedura, ma quello in cui ha sede l'impresa del gruppo che per prima è stata sottoposta alla procedura di amministrazione controllata: in sostanza il tribunale competente per accertare e dichiarare lo stato di insolvenza, necessario per l'apertura della procedura, è quello della cosiddetta procedura madre (art. 3).

Per effetto delle disposizioni finali previste dall'art. 8 del D.L. n. 347, in base alle quali che: *“per quanto non disposto diversamente si applicano le norme di cui al d. lgs. n. 270, in quanto compatibili”* alle procedure delle imprese del gruppo si applicano le disposizioni dell'art. 80 (definizione e individuazione del gruppo), dell'art. 81 (estensione della procedura alla società del gruppo), dell'art. 83 (informazioni circa i rapporti di gruppo), dell'art. 85 (organi della procedura e imputazione delle spese); non si applica invece l'art. 82, in quanto l'accertamento dei presupposti per l'ammissione alla procedura delle imprese del gruppo è, come detto, di esclusiva competenza del tribunale della procedura madre.

Per quanto riguarda il programma, l'art. 3, comma 3-bis, del D.L. n. 347 stabilisce che *le procedure relative alle imprese del gruppo*

DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

possono attuarsi unitariamente a quella relativa alla capogruppo ovvero in via autonoma.

Conseguentemente, a seguito della permanenza in vigore delle disposizioni contenute nell'art. 81 del d. lgs. n. 270 che non avevano diversamente disposto rispetto al successivo D.L. n. 347 (art. 8 DL n. 347), l'estensione della procedura alle imprese del gruppo è possibile, come già detto, esclusivamente su richiesta e valutazione del commissario, nei casi e ricorrendo i presupposti individuati dall'art. 81 del d. lgs. n. 270.

Quindi, affinché una impresa del "gruppo" possa essere ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria, occorre:

- che detta impresa sia soggetta alla procedura sul fallimento;
- che essa si trovi in stato di insolvenza, accertato dal tribunale della procedura madre e non da quello competente per territorio ove ha sede la società del gruppo (come era invece previsto nel d. lgs. n. 270);
- che l'impresa de quo presenti concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico imprenditoriale attraverso la realizzazione di uno dei programmi (ristrutturazione o cessione) oppure che della sua insolvenza risulti comunque opportuna la gestione nell'ambito del gruppo. In presenza di tali presupposti e una volta apertosi la procedura madre, non necessariamente sono richiesti per l'impresa del gruppo i requisiti dimensionali qualificati, previsti dalla legge (cioè almeno cinque dipendenti e un indebitamento di almeno trecentomilioni di euro).

Nell'ipotesi in cui si verificano le condizioni suddette il commissario straordinario valuterà, quindi, quali società del gruppo ricomprendere nell'area della procedura madre e quindi nel programma della stessa; alternativamente il commissario valuterà per quali imprese del gruppo sia più opportuna la predisposizione di un programma autonomo, secondo uno dei noti indirizzi di legge.

L'ampia discrezionalità lasciata al commissario in ordine alle scelte riguardanti il programma delle società del gruppo è testimoniata dal caso più eclatante di applicazione della legge in argomento, costituito dal programma Parmalat, ove si evince chiaramente che le scelte effettuate sono ispirate esclusivamente dall'obiettivo della migliore tutela della continuità aziendale ove possibile e, in ogni caso, dell'interesse dei creditori e degli investitori.

Qualora il commissario presenti per le società del gruppo un programma autonomo, questo può avere sia l'indirizzo della ristrutturazione sia quello della cessione dei complessi aziendali e dovrà essere presentato entro centottanta giorni dalla data di ammissione alla procedura della società, termine eventualmente prorogabile di non oltre ulteriori novanta giorni su richiesta motivata dal commissario stesso.

DIRITTO FALLIMENTARE

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA: IL PROGRAMMA

Se viene redatto il programma di cessione, si rende applicabile il contenuto dell'art. 4, comma 4-bis, per cui la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa può avere durata non superiore a due anni (anzichè uno), decorrenti dalla data dell'autorizzazione.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

NORMATIVA

Direttiva 2013/50/UE – È stata pubblicata la Direttiva 2013/50/UE, con cui sono modificate:

- la Direttiva 2004/109/CE, “*sull’armonizzazione degli obblighi di trasparenza riguardanti le informazioni sugli emittenti i cui valori mobiliari sono ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato*”, (cd. Direttiva *Transparency*); nonché alcune correlate modalità di applicazione previste dalla successiva Direttiva 2007/14/CE;
- la Direttiva 2003/71/CE, concernente il “*prospetto da pubblicare per l’offerta pubblica o l’ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari*”.

La Direttiva 2013/50/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013 è stata pubblicata su *Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea*, 6 novembre 2013 n. L 294, con entrata in vigore dal ventesimo giorno successivo alla pubblicazione.

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO

Registro delle imprese – Con la *Circolare n. 3663/C* del 22 ottobre 2013, il Ministero per lo Sviluppo economico ha illustrato le principali novità introdotte dal Decreto ministeriale del 18 ottobre 2013 in tema di “*specifiche tecniche per la creazione di programmi informatici finalizzati alla compilazione delle domande e delle denunce da presentare all’ufficio del Registro delle imprese per via telematica o su supporto informatico, con decorrenza dal 1° febbraio 2014*”, sostituendo il previgente D.M. 29 novembre 2011.

Il Decreto del 18 ottobre 2013 e la Circolare del 22 ottobre 2013 sono reperibili sul sito www.sviluppoeconomico.gov.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

IRDCEC

Relazione sulla gestione – L’Istituto di ricerca dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha reso noto il *Documento n. 22*, riguardante l’iscrizione, nella relazione sulla gestione, della posizione finanziaria netta (PFN), uno dei possibili indicatori da presentare in conformità al novellato art. 2428 c.c. La finalità dell’approfondimento svolto è quella di “*rivisitare in maniera sistematica le modalità di calcolo e di interpretazione più diffuse, nonché offrire una presentazione di taluni ratios che possono essere costruiti ricorrendo alla PFN*”.

Il *Documento n. 22*, pubblicato nel mese di ottobre 2013, è consultabile sul sito www.irdcec.it.

Obblighi antiriciclaggio – L’Istituto di ricerca dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha diffuso la *Circolare n. 35/IR*, avente ad oggetto “*le novità della bozza di Quarta Direttiva comunitaria in materia di obblighi antiriciclaggio per i professionisti*”, esaminate al fine di determinarne “*l’eventuale impatto sulle misure già predisposte negli studi professionali in ossequio a quanto disposto dal D.Lgs. n. 231/2007*”.

La *Circolare n. 35/IR* del 31 ottobre 2013 è disponibile sul sito www.irdcec.it.

IVASS

Crisi delle imprese assicurative – L’Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni ha reso noti due documenti concernenti gli organi delle procedure di gestione della crisi di un’impresa assicurativa: le *Linee guida per la nomina del commissario per il compimento di singoli atti e degli organi delle procedure di gestione provvisoria, amministrazione straordinaria, liquidazione coatta amministrativa delle imprese assicurative e riassicurative*” ed il *Codice deontologico per il commissario ed i componenti degli organi delle suddette procedure*.

Entrambi i provvedimenti sono consultabili sul sito www.ivass.it.

GIURISPRUDENZA

Opzione put e divieto di patto leonino – Per il Tribunale di Milano, “*a fronte di patti che consentano ad un socio l’exit a condizioni preconcordate, di modo e di tempo*” – quali sono le opzioni put – al fine di verificarne l’eventuale contrasto con l’art. 2265 c.c. occorre accertare tanto che essi “*siano idonei ad escludere un socio dalla partecipazione alle perdite in modo assoluto e costante*”, quanto che “*detta esclusione costituisca la loro funzione essenziale (la loro «causa»)*”. Qualora, viceversa, essi “*rispondano ad una funzione causale autonomamente meritevole di tutela*”, non è ravvisabile un contrasto con la ratio sottesa al divieto di patto leonino.

La sentenza del Tribunale di Milano del 3 ottobre 2013, n. 12213, è reperibile sul sito www.giurisprudenzadelleimprese.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Responsabilità solidale della società beneficiaria per i debiti della scissa – Il Tribunale di Milano ha precisato che la società beneficiaria risponde in solido – ai sensi degli artt. 2506 *bis*, 3° co., e 2506 *quater*, ult. co., c.c. – con la scissa per i debiti di quest’ultima assegnatila, essendo ad essa parimenti opponibile l’eventuale pegno posto su un bene specificamente attribuitole, trattandosi di un diritto reale di garanzia.

L’ordinanza del Tribunale di Milano del 5 ottobre 2013 è consultabile sul sito www.giurisprudenzadelleimprese.it.

Società a partecipazione pubblica – Il Supremo Collegio ha confermato che *“una società non muta la sua natura di soggetto privato solo perché un ente pubblico ne possiede, in tutto o in parte, il capitale”*, e ciò anche ai fini di una sua eventuale fallibilità, laddove ne ricorrano i presupposti. *“Eventuali norme speciali che siano volte a regolare la costituzione della società, la partecipazione pubblica al suo capitale e la designazione dei suoi organi, non incidono – per la Corte di Cassazione – sul modo in cui essa opera nel mercato né possono comportare il venir meno delle ragioni di tutela dell’affidamento dei terzi contraenti contemplate dalla disciplina privatistica”*. Ration per cui, concludono i Giudici, *“la scelta del legislatore di consentire l’esercizio di determinate attività a società di capitali – e dunque di perseguire l’interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico – comporta anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza”*.

La sentenza della Corte di Cassazione del 27 settembre 2013, n. 22209, è disponibile sul sito www.ilcaso.it.

Convocazione dell’assemblea di s.r.l. – Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute sul procedimento di convocazione dei soci di s.r.l. in assemblea, affermando, come principio di diritto, che *“salvo che l’atto costitutivo della società a responsabilità limitata non contenga una disciplina diversa, deve presumersi che l’assemblea dei soci sia validamente costituita ogni qual volta i relativi avvisi di convocazione siano stati spediti agli aventi diritto almeno otto giorni prima dell’adunanza (o nel diverso termine eventualmente in proposito indicato nell’atto costitutivo)”*, aggiungendo che, tuttavia, *“tale presunzione può essere vinta nel caso in cui il destinatario dimostri che, per causa a lui non imputabile, egli non ha affatto ricevuto l’avviso di convocazione o lo ha ricevuto così tardi da non consentirgli di prendere parte all’adunanza, in base a circostanze di fatto il cui accertamento e la cui valutazione in concreto sono riservati alla cognizione del giudice di merito”*.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 14 ottobre 2013, n. 23218.

Revoca dell’amministratore di società a partecipazione pubblica – La Corte di Cassazione ha statuito che, ai sensi dell’art. 2383, 3° co., c.c., la giusta causa di revoca dell’amministratore deve consistere *“non solo in fatti integranti un significativo ina-*

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

dempimento degli obblighi derivanti dall'incarico ma anche in fatti di carattere oggettivo che minino il pactum fiduciae elidendo l'affidamento riposto al momento della nomina sulle attitudini e capacità dei gestori". Al riguardo, aggiunge la Suprema Corte, non è sufficiente l'accertamento del "venir meno del rapporto fiduciario, perché tale presupposto, che del resto è implicito nella delibera di revoca, è rilevante, ai fini di integrare una giusta causa di revoca del mandato, solo quando i fatti che hanno determinato il venire meno dell'affidamento siano oggettivamente valutabili come fatti idonei a mettere in forse la correttezza e le attitudini gestionali dell'amministratore".

Inoltre, qualora la società sia a partecipazione pubblica maggioritaria, non è ravvisabile alcun obbligo di "fedeltà degli amministratori al socio pubblico, che snaturerebbe completamente la natura privata della società in danno degli interessi della società e della minoranza, oltre che [...] degli stake-holders a cui vantaggio la partecipazione pubblica è prevista".

Corte di Cassazione, 15 ottobre 2013, n. 23381.

Revoca del concordato preventivo – La Suprema Corte ha precisato che gli atti di frode che costituiscono il presupposto per la revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo non si esauriscono in "comportamenti volontari idonei a pregiudicare le aspettative di soddisfacimento del ceto creditorio, ma esigono che la condotta del debitore sia stata volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori", includendo situazioni "accertate dal commissario giudiziale, cioè da lui «scoperte», essendo prima ignorate dagli organi della procedura o dai creditori". Inoltre, prosegue la Corte, "il silenzio del debitore e l'accertamento del commissario giudiziale devono, per configurare il primo come atto di frode, riguardare non qualsiasi operazione, ma le operazioni suscettibili di assumere diverso rilievo, ai fini del soddisfacimento dei creditori, in caso di fallimento e in caso di concordato preventivo".

La sentenza della Corte di Cassazione del 15 ottobre 2013, n. 23387, è reperibile sul sito www.ilcaso.it.

Determinazione del quorum deliberativo in presenza di azioni proprie – La Corte di Cassazione si è espressa su un tema in cui non constano precedenti di legittimità, ovvero il calcolo del quorum deliberativo, per l'assemblea ordinaria in seconda convocazione, in presenza di azioni proprie. La questione – nel caso di specie regolata dall'art. 2357 *ter*, 2° co., c.c. nella versione antecedente le modifiche di cui al D.Lgs. 29 novembre 2010, n. 224 – è risolta dal Supremo Collegio stabilendo che "la maggioranza va calcolata sulle sole azioni rappresentate dai soci partecipanti all'assemblea", escludendo dal computo le azioni proprie della società.

Cassazione, 16 ottobre 2013, n. 23540.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Responsabilità dei sindaci nel dissesto della società – La Suprema Corte ha ribadito che *“l’accertamento del nesso causale è indispensabile per l’affermazione della responsabilità dei sindaci in relazione ai danni subiti dalla società come effetto del loro illegittimo comportamento omissivo”*, dovendosi, di conseguenza, *“accertare che un diverso e più diligente comportamento dei sindaci nell’esercizio dei loro compiti [...] sarebbe stato idoneo ad evitare le disastrose conseguenze degli illeciti compiuti dagli amministratori”*.

Corte di Cassazione, 29 ottobre 2013, n. 24362.

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

Valute estere. Mese di settembre 2013. Quotazioni

L'Agenzia delle entrate ha emanato, con relative tabelle allegate, il Provvedimento recante - ai sensi dell'art. 10, comma 9, del Tuir e agli effetti degli articoli dei Titoli I e II, dello stesso Tuir, che vi fanno riferimento - l'accertamento del cambio delle valute estere per il mese di settembre 2013.

(Agenzia delle entrate, Provvedimento del 10 ott. 2013)

Unità da diporto. Tassa annuale - rimborso

L'Agenzia delle entrate con proprio Provvedimento ha approvato il modello per l'istanza di rimborso della tassa annuale sulle unità da diporto (articolo 16, commi da 2 a 10 e 15-ter, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, e successive modificazioni) e ha definito le modalità di pagamento dei rimborsi.

Le richieste di rimborso, che interessano le barche fino a 20 metri, potranno essere presentate in via telematica a partire dal prossimo 18 novembre

(Agenzia delle entrate, Provvedimento Prot. n.125448/2013 del 28 ott. 2013)

PRASSI

Società in perdita sistematica. Disapplicazione della disciplina. Chiarimento

La risoluzione 68/E 2013 – che fornisce chiarimenti sulla corretta applicazione della disciplina delle società in perdita sistematica (art. 2, commi da 36-decies a 36-duodecies, del dl n. 138/11, convertito con modificazioni dalla legge n. 148/11) – precisa che una società, per restare fuori dalla disciplina applicabile a quelle in perdita fiscale, deve realizzare un utile fiscale positivo, determinato tenendo conto dell'intero ammontare della plusvalenza da cessione di beni strumentali, ancorché la stessa sia tassata in cinque anni

(Agenzia delle entrate, ris. n. 68 del 16 ott. 2013)

Rivalutazione beni immobili. Versamento imposte sostitutive.

La risoluzione 70/2013 dell'agenzia delle entrate contiene delle aperture per chi ha commesso errori nel calcolo del tasso d'interesse e nelle modalità di versamento delle imposte sostitutive sui beni immobili delle imprese. In particolare:

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

Quando l'interesse versato è inferiore al 3 per cento – Non vengono applicate sanzioni a chi, in caso di versamento rateale delle imposte sostitutive, ha calcolato sulla seconda e terza rata il tasso d'interesse legale dell'anno in cui ha effettuato il versamento, invece di quello fisso, stabilito al 3 per cento dall'articolo 15, comma 22, del Dl n. 185/2008.

L'Agenzia, infatti, applicando il principio del legittimo affidamento, riconosce la buona fede dei contribuenti che hanno applicato un diverso tasso d'interesse.

Quando le rate versate sono più di tre – Nessuna sanzione anche per le imprese che hanno versato la quota annuale dell'imposta sostitutiva a rate, facendo erroneamente riferimento all'articolo 20 del Dl n. 241/1997, che regola esclusivamente i pagamenti rateali a titolo di saldo e acconto delle imposte dovute in base alle dichiarazioni.

Come è noto, le imposte sostitutive relative alla rivalutazione di beni immobili potevano essere versate in un'unica soluzione oppure in tre rate annuali (articolo 15, comma 22, Dl n. 185/2008).”

(Agenzia delle entrate, ris. n. 70 del 23 ott. 2013)

Cessione di volumetria edificabile. Trattamento fiscale Imposte dirette e Iva

L'Associazione italiana dottori commercialisti ed esperti contabili – premesso che il contratto che prevede la cessione di volumetria edificabile è qualificabile come un negozio avente ad oggetto un “diritto reale atipico” – ha precisato che:

- a) ai fini delle imposte dirette, se la cessione è effettuata da persona fisica non imprenditore si applicano le disposizioni dell'art. 67, comma 1, lett. b) del DPR 917/86; se la cessione è effettuata da un'impresa, dà luogo ad un ricavo se il terreno è un bene-merce, oppure ad una plusvalenza patrimoniale se il terreno rientra tra le immobilizzazioni.
- b) Ai fini delle imposte indirette, si applica l'imposta di registro con le aliquote proprie dei trasferimenti immobiliari se il cedente non è un soggetto passivo Iva, altrimenti si applica l'Iva con aliquota ordinaria ove sussistano i presupposti soggettivi per il cedente, oltre in ogni caso alle imposte ipotecaria e catastale.

(Aidc, norma di comportamento n. 189/2013)

GIURISPRUDENZA

Immobile. Ristrutturazione gratuita e diritto di utilizzazione. L'Iva è dovuta

La recente sentenza della Corte di Giustizia Ue statuisce che un'impresa che assume l'impegno di ristrutturare e arredare un immobile del quale ha ottenuto gratuitamente il diritto di utilizzazione e di locazione a terzi, effettua nei confronti del proprietario una prestazione di servizi a titolo oneroso, imponibile a Iva; ciò in quanto il diritto di utilizzare l'immobile rappresenta il corrispettivo dei lavori di miglioramento che, allo scadere del contratto, resteranno acquisiti dal proprietario.

(Corte di Giustizia della Ue, sentenza del 26 sett. 2013, causa C-283/12)

MODALITÀ DI ABBONAMENTO

La rivista *Il Nuovo Diritto delle Società* viene distribuita previa sottoscrizione di un abbonamento annuale, che comprende 24 numeri al costo di 120,00 euro.

In seguito alla sottoscrizione, all'abbonato vengono assegnati una *username* ed una *password*, che consentono di accedere all'archivio storico della *Rivista* nonché alle banche dati di *Italia Oggi* (www.italiaoggi.it).

L'abbonamento può essere richiesto:

- telefonando al numero verde 800-822195
- inviando un *fax* al numero verde 800-822196.

In entrambi i casi, è necessario allegare alla richiesta di abbonamento i dati anagrafici e un indirizzo di posta elettronica al quale inviare i numeri della *Rivista* più:

- la fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl - via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano;
- oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195.

Per informazioni e/o segnalazioni contattare il Servizio Clienti al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

ItaliaOggi Editori - Erinne srl – Via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano
Telefono 02/58219.1 – Telefax 02/58317598 – email: mlongoni@class.it
Direttore responsabile ed editore Paolo Panerai (02/58219209)

Tariffe abbonamenti: euro 120, 00
(abbonamento annuale 24 numeri)

Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti telefonare al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196 allegando, oltre alla richiesta di abbonamento con i propri dati anagrafici, fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano, oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori - Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195.

Vendita esclusiva per abbonamento.

Servizio Abbonamenti: per informazioni e/o segnalazioni comporre il numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

Concessionaria esclusiva per la pubblicità: Class Pubblicità, via Marco Burigozzo 8 – 20122 Milano Tel. 02/58219500-23 – Fax: 02/58219560 - Executive Chairman: Andrea Mattei - Deputy Chairman Digital: Gianalberto Zaponini.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

Registrazione al Tribunale di Milano n. 618 del 8-11-2002 – Direttore Responsabile: Paolo Panerai

© Tutti i diritti sui dati, le informazioni, i materiali contenuti nella rivista sono riservati a ItaliaOggi Editori - Erinne srl; è vietato pertanto, in via meramente esemplificativa e comunque non esaustiva, copiare, vendere, rivendere e comunque sfruttare a fini commerciali il contenuto della rivista, o di una sua qualunque parte, senza il consenso scritto di ItaliaOggi Editori - Erinne srl.