

N° 13/13 Reclamo
di 20/12 Fallimento
N° 4259 ER

Il Tribunale di Taranto – Sezione Fallimentare

riunito in Camera di Consiglio e composto dai Signori Magistrati

dott. Pietro GENOVIVA - presidente
dott. Martino CASAVOLA - giudice relatore
dott. Remo LISCO - giudice

visto il reclamo presentato dalla [redacted] avverso il decreto del Giudice Delegato depositato in data 21.10.2013 con il quale è stato respinto il reclamo ex art. 36 LF avverso l'atto del curatore del 18.9.2013, ribadito il 12.10.2013, che individuava la [redacted], quale aggiudicataria provvisoria del contratto di affitto d'azienda del Fallimento [redacted] s.p.a. in liquidazione;

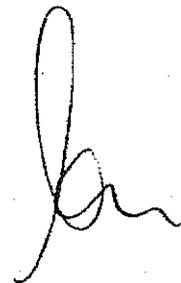
visti gli atti difensivi della curatela fallimentare e della [redacted] s.r.l. e la documentazione depositata dalle parti;

OSSERVA IN FATTO ED IN DIRITTO

Con bando d'asta del 31.7.2013 il curatore del fallimento [redacted] rendeva pubbliche le condizioni della procedura competitiva per l'affitto dell'azienda caduta nell'attivo "costituito dal complesso dei diritti, rapporti giuridici e beni (materiali ed immateriali) finalizzati all'esercizio dell'attività di produzione di liquori, in particolare della specialità [redacted] di bevande alcoliche ed affini e più in generale di ogni prodotto destinato all'alimentazione umana, oltre che del commercio, sia in Italia che all'estero, dei citati beni".

Tra le "condizioni per l'affitto" da ritenersi rilevanti ai fini della decisione della presente controversia, il bando prevedeva al capo 2) la durata di un anno del contratto (prorogabile per un altro anno), il canone annuo pari ad euro 150.000,00 (da incrementarsi del 10% per il secondo anno di affitto), l'impegno di assumere n. 9 dipendenti da attingere tra gli ex dipendenti della Ilbi s.p.a. nonché il rilascio di fidejussioni bancarie e polizze assicurative a garanzia degli adempimenti ovvero delle responsabilità derivanti dal rapporto contrattuale.

Il bando disciplinava poi le "modalità di partecipazione" alla gara, individuando il contenuto dell'offerta che definiva "migliorativa" rispetto alle condizioni



minime per l'affitto, ed indicando, quali ulteriori elementi necessari per la valutazione della stessa, oltre a quelli di cui al citato capo 2), "il piano industriale per la prosecuzione dell'attività corredato da una presentazione del proponente che evidenzi l'affidabilità in termini di capacità di rispettare il predetto piano industriale nonché l'offerta proposta" (corredato dai dati identificativi dei soggetti di riferimento in caso di newco), il canone relativo al primo ed al secondo anno del rapporto nonché "l'indicazione degli istituti bancari e delle compagnie disponibili al rilascio delle fidejussioni bancarie e delle polizze assicurative".

Il bando regolava quindi le modalità della gara in caso di presentazione di più "offerte migliorative" efficaci, partendo dal prezzo base costituito dall'offerta migliorativa più alta, con offerte minime in aumento determinate dal Giudice Delegato.

Concludeva prevedendo, all'esito della gara, l'aggiudicazione provvisoria in favore dell'offerente che avrebbe presentato l'offerta migliorativa più alta, individuando la Posta Elettronica Certificata quale mezzo di comunicazione della dichiarazione di aggiudicazione in favore dell'aggiudicatario provvisorio presso l'indirizzo risultante dall'offerta.

All'udienza del 13.9.2012 il Giudice Delegato dava atto della presentazione di n. 3 offerte migliorative da parte della [redacted] s.p.a., della [redacted] s.r.l. e della [redacted], tutte corredate dalla documentazione prevista dal bando e, in particolare, dal piano industriale e dalle indicazioni degli istituti disponibili al rilascio di fidejussioni e polizze assicurative.

Espletata la gara, il Giudice Delegato dava quindi atto che il canone più alto "risultava essere quello offerto dalla [redacted] per l'importo di euro 374.000,00".

Il Giudice Delegato ricordava infine alle parti presenti, tutte assistite dai propri difensori, che la scelta dell'affittuario sarebbe avvenuta "secondo quanto disposto dall'art. 104 bis l.f. e richiamato nel bando d'asta, riservandosi quindi l'aggiudicazione provvisoria all'esito dell'esame di tutta la documentazione contenuta nelle varie offerte", preavvertendo i presenti che, in linea con quanto previsto dal più volte citato bando d'asta, delle determinazioni che sarebbero

state assunte, il curatore ne avrebbe dato "comunicazione a mezzo PEC all'indirizzo risultante dall'Offerta Migliorativa dell'aggiudicatario".

Con istanza del 18.9.2013, il curatore del fallimento, riferendo di aver esaminato le proposte di affitto formulate dai partecipanti alla gara, individuava in quella presentata dalla [REDACTED] "le migliori condizioni in termini di entrate per la procedura fallimentare derivanti dai canoni, di garanzia per lo sviluppo dell'attività dell'azienda ed inoltre di mantenimento di un maggior livello occupazionale", chiedendo al Giudice Delegato l'autorizzazione alla stipula del contratto di affitto.

Esponeva di aver posto tra loro in relazione, ai fini della scelta, i canoni offerti, le condizioni relative al mantenimento dei livelli occupazionali, le situazioni patrimoniali ed economiche delle società concorrenti, i loro piani industriali nonché gli atti relativi al rilascio delle fideiussioni e delle polizze assicurative.

Con provvedimento del 20.9.2013, il Giudice Delegato, valutati gli elementi forniti dal curatore e condividendone le conclusioni, dichiarava aggiudicataria provvisoria la [REDACTED] s.r.l., autorizzando il medesimo curatore "a sottoscrivere con il legale rappresentante di detta società il relativo contratto di affitto d'azienda, alle condizioni tutte previste nel bando di gara e con tutte le clausole migliorative di cui all'offerta".

Con successivo provvedimento del 10.10.2013, il Giudice Delegato rilevava che l'art. 104 bis l.f. gli attribuiva unicamente il potere di autorizzare l'affitto dell'azienda e non già la scelta in concreto del contraente, da ritenersi di esclusiva competenza del curatore, revocando il proprio provvedimento di aggiudicazione del 20.9.2013, da intendersi quale mera "presa d'atto" della scelta effettuata dal curatore con la nota depositata in data 18.9.2013, ribadita con nota del 12.10.2013.

Avverso la dichiarazione di scelta del curatore, proponeva reclamo ex art. 36 l.f. la [REDACTED], evidenziando la illegittimità dell'aggiudicazione in favore della [REDACTED] in quanto avvenuta su elementi di valutazione estranei a quelli indicati nel bando di asta.

Deduciva la reclamante che il bando, non facendo riferimento ad alcuno dei parametri previsti dall'art. 104 bis l.f., aveva individuato, quale unico criterio discriminante per la scelta dell'affittuario, i soli rilanci sul prezzo offerto,



prevedendo testualmente al punto 5, lett. e), che l'aggiudicazione provvisoria sarebbe avvenuta in favore dell'offerente che avrebbe presentato "l'offerta migliorativa più alta".

La [redacted] contestava altresì la scelta fatta dal curatore con riferimento ai criteri di valutazione adottati relativamente al fattore forza-lavoro ed alla collegata conservazione dei livelli occupazionali, all'affidabilità dei piani industriali, all'apprezzamento delle garanzie offerte, alle previsioni di fatturato ed alla tutela delle formule di produzione.

Con provvedimento del 21.10.2013, il Giudice Delegato rigettava il reclamo, evidenziando che, ai sensi dell'ex art. 36 l.f., dovevano ritenersi reclamabili i soli profili di illegittimità degli atti del curatore e che le recenti riforme della legge fallimentare avevano sottratto le scelte discrezionali del curatore medesimo ad ogni ingerenza da parte del Giudice Delegato.

Quanto alla illegittimità della scelta operata dal curatore, il Giudice Delegato sottolineava che il bando di gara non poteva in alcun modo prescindere dalle disposizioni di cui all'art. 104 bis l.f., norma imperativa immediatamente applicabile ed espressamente richiamata dalle condizioni del bando.

Avverso il provvedimento suddetto, la [redacted] proponeva reclamo ex art. 36 l.f. innanzi al Tribunale, deducendo che l'atto del curatore del 18.9.2013, ribadito il 12.10.2013, doveva ritenersi emesso in violazione di legge.

La difesa reclamante rilevava che il bando di gara aveva disciplinato puntualmente tutte le condizioni per la partecipazione alla gara, attribuendo rilevanza esclusiva, ai fini dell'aggiudicazione, al canone offerto ed omettendo di effettuare alcun riferimento diretto all'art. 104 bis l.f. ed ai criteri ivi indicati per la scelta dell'affittuario.

Aggiungeva che, comunque, il curatore, nella scelta dell'affittuario, aveva violato il dovere di diligenza impostogli per legge dall'art. 38 l.f., valutando erroneamente gli elementi di giudizio indicati dall'art. 104 l.f.

All'udienza del 27.11.2013, il collegio riservava la decisione.

La ricostruzione della vicenda nei suoi aspetti utili per la decisione, agevola la corretta delimitazione della materia del contendere, rappresentata, in sintesi, così come correttamente e chiaramente esposto dalla difesa reclamante, dalla sola

valutazione della conformità alla legge della individuazione da parte del curatore del Fallimento [redacted] della [redacted] quale aggiudicataria provvisoria del contratto di affitto dell'azienda acquisita al fallimento, e, in particolare, della coerenza di tale scelta con quanto disposto dal bando di gara con quanto previsto dall'art. 104 bis l.f. in materia di affitto d'azienda.

Va, a tal proposito, ribadito, pur apparendo ciò incontrovertito tra le parti, che la riforma delle procedure concorsuali ha privato il Giudice Delegato della direzione del fallimento e quindi della possibilità di influire sul merito delle scelte di gestione, ora demandate alla sola autonomia del curatore ed al controllo del comitato dei creditori.

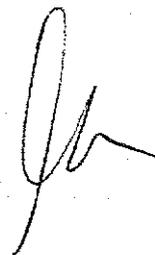
L'attribuzione al Giudice Delegato del solo riscontro della legalità degli atti ha quindi ridotto l'ambito di operatività del rimedio impugnatorio di cui all'art. 36 l.f., escludendo ogni possibilità di ingerenza sull'opportunità e sulla discrezionalità dell'attività gestoria del curatore.

Ciò premesso, ritiene il collegio che l'atto del curatore impugnato non meriti la revoca richiesta, dovendo ritenersi emesso in conformità alla legge.

Va in primo luogo sottolineata, ai fini della decisione, la piena aderenza del bando di gara ai principi dettati dall'art. 104 bis l.f. in materia di affitto d'azienda endofallimentare.

Come correttamente evidenziato dal Giudice Delegato nell'ambito del provvedimento impugnato, la disciplina dell'affitto di azienda non ha funzione meramente liquidatoria, ma mira essenzialmente a favorire la conservazione del patrimonio produttivo dell'impresa in vista di una più proficua futura vendita, sul presupposto che il valore di un'aggregazione funzionante è diverso e maggiore rispetto al valore di un'azienda la cui attività sia cessata, in quanto la prosecuzione dell'attività consente di valorizzare beni immateriali, quali l'avviamento, il marchio, i brevetti, ecc.

La norma prevede quindi che il curatore, per la scelta dell'affittuario, adotti le modalità di cui all'art. 107 l.f., ovvero delle c.d. procedure competitive, sulla base di stima, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati, imponendo di tenere conto, oltre che dell'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e della



attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali.

Come già evidenziato, nella fattispecie, il curatore ha correttamente invitato nel bando di gara gli offerenti ad indicare l'entità del canone offerto (in misura non inferiore ad euro 150.000,00 per il primo anno, da incrementarsi in misura pari al 10% per il secondo anno), ad accollarsi l'impegno di assumere n. 9 dipendenti da attingere tra gli ex dipendenti della [redacted] nonché ad indicare gli istituti bancari e le compagnie assicurative disponibili a garantire gli adempimenti ovvero le responsabilità derivanti dal rapporto contrattuale, prevedendo altresì che l'offerta dovesse contenere *"il piano industriale per la prosecuzione dell'attività corredato da una presentazione del proponente che evidenzi l'affidabilità in termini di capacità di rispettare il predetto piano industriale nonché l'offerta proposta"*.

Essendo incontrovertibile tra le parti la regolarità della pubblicità disposta, può quindi affermarsi che nel bando di gara risulti correttamente riproposto l'intero meccanismo procedurale disciplinato dall'art. 104 bis l.f.

La difesa reclamante ha dedotto a fondamento del ricorso, che gli elementi di valutazione indicati dalla norma e prospettati dal bando sarebbero stati nella fattispecie già *"pre-considerati"* dal curatore, il quale avrebbe quindi individuato, quale unico criterio discriminante per la scelta dell'affittuario, l'entità del canone offerto.

Il collegio ritiene di non condividere tale assunto.

Ed infatti, va in primo luogo premesso, così come correttamente rilevato dal Giudice Delegato, che l'art. 104 bis l.f. è norma imperativa, applicabile, quale *lex generalis*, senza alcuna necessità di richiamo nel bando di gara che, costituendo *lex specialis*, non può da essa prescindere.

E tale norma non prevede alcuna gerarchia tra i criteri di valutazione per la scelta dell'affittuario, non escludendo quindi che il curatore possa optare per quella che, pur proponendo un canone inferiore, preveda, per i suoi ulteriori requisiti, la possibilità di ottenere in sede di vendita un maggiore realizzo.

Nella fattispecie, quindi, il curatore non avrebbe potuto, se non violando la norma, prevedere nel bando una gerarchia predeterminata tra i requisiti richiesti,

così prescindendo del tutto dal necessario esame comparato del contenuto e del merito delle offerte.

Contrariamente a quanto dedotto dalla parte reclamante, ciò, oltre ad essere in linea teorica "*contra legem*", non risulta addebitabile al curatore neppure in concreto.

Ed infatti, approfondendo il contenuto del bando, può escludersi che le parti potessero incorrere in alcun equivoco di tipo interpretativo.

Non avrebbe avuto infatti alcun significato logico inserire tra gli elementi di valutazione della scelta, il piano industriale per la prosecuzione dell'attività, requisito determinante in vista della miglior conservazione dell'efficienza produttiva dell'impresa e quindi del miglior realizzo in sede di vendita, ove, ai fini dell'aggiudicazione, avesse avuto sola rilevanza il requisito del canone offerto.

Allo stesso modo, non avrebbe avuto alcun significato razionale inserire tra i criteri discriminanti l'auto-presentazione del proponente volta ad evidenziarne la affidabilità ovvero l'identificazione, in caso di *Newco*, dei soggetti economici di riferimento, nonché l'indicazione degli istituti bancari o delle compagnie assicurative disponibili al rilascio delle fidejussioni bancarie e delle polizze assicurative.

L'espresso riferimento a tali requisiti, indubbiamente rilevanti ai fini della scelta, sarebbe rimasto del tutto privo di senso, ove il loro apprezzamento non fosse stato implicitamente ed inscindibilmente collegato alla analisi dei risultati economici della gara.

E tale valutazione comparata non poteva che ritenersi successiva alla gara, non avendo il curatore alcuna possibilità di esprimere un valido giudizio in ordine al contenuto effettivo delle offerte, in ragione della sostanziale contemporaneità tra l'apertura delle buste e lo svolgimento della gara.

Non può affermarsi che gli elementi di apprezzamento distinti dal canone sarebbero stati già "*pre-considerati*" dal curatore, per il semplice motivo che quest'ultimo non poteva averne alcun tipo di contezza.

Basti pensare, a mero titolo di esempio, ai corposi piani industriali proposti dalla [REDACTED] s.r.l. e dalla [REDACTED] s.r.l., unici documenti allegati agli atti del reclamo riferibili alle offerte: come avrebbe potuto l'individuazione

dell'affittuario prescindere da una compiuta analisi dei loro aspetti e dalla loro approfondita comparazione con il piano presentato dall'altra offerente, [REDACTED]

[REDACTED] ?
Esaminato il contenuto del bando, a parere del collegio, nessuno dei soggetti interessati alla presentazione dell'offerta poteva razionalmente fare affidamento su di una scelta dell'aggiudicatario provvisorio legata alla sola entità del canone offerto.

Non a caso, il medesimo bando prevedeva espressamente al capo 3, lettera e) che l'aggiudicatario provvisorio avrebbe ricevuto la comunicazione della scelta del curatore "a mezzo PEC (Posta Elettronica Certificata) all'indirizzo risultante dall'Offerta Migliorativa".

La previsione di una comunicazione successiva all'udienza escludeva chiaramente che l'aggiudicazione potesse essere effettuata nel corso dell'udienza medesima e che quindi l'espletamento della gara sul canone esaurisse la procedura relativa alla scelta dell'affittuario.

Non appare inoltre un caso, che il Giudice Delegato, effettuata la gara e constatato che il canone più alto risultava essere quello offerto dalla società Industria Liquori 1840 s.r.l. per l'importo di euro 374.000,00, ricordasse che la scelta dell'affittuario sarebbe avvenuta "secondo quanto disposto dall'art. 104 bis l.f. e richiamato nel bando d'asta, riservandosi quindi l'aggiudicazione provvisoria all'esito dell'esame di tutta la documentazione contenuta nelle varie offerte".

Il Giudice Delegato, quindi, richiamando l'art. 104 bis l.f. ed il bando di gara, non provvedeva affatto all'aggiudicazione, dichiarando invece di riserVARLA all'esito della valutazione della documentazione allegata alle offerte.

Nessuna delle parti e nessuno dei difensori presenti all'udienza sollevava contestazioni, avvalorando la tesi secondo la quale dovesse ritenersi tra di essi pacifico che l'individuazione dei canoni offerti non costituisse l'unico elemento determinante per l'aggiudicazione.

Ove il bando avesse davvero ingenerato nelle parti le convinzioni poste oggi a base del reclamo, ^{esse} ~~queste~~ ovvero i loro difensori, preso atto del differimento della aggiudicazione e delle condizioni alle quali questa veniva sottoposta, non

avrebbero certo mancato di esporre le loro riserve al Giudice Delegato, verbalizzando il loro dissenso.

Nella sostanza, a parere del collegio, la clausola di cui al capo 5, lettera e) del bando secondo la quale sarebbe stato dichiarato aggiudicatario provvisoriamente l'offerente che avrebbe presentato "l'Offerta Migliorativa più alta" non poteva che intendersi razionalmente riferita all'offerente che avrebbe presentato l'Offerta Migliorativa alle condizioni più vantaggiose per la curatela ex art. 104 bis l.f..

Quanto alla utilità della gara, può affermarsi che essa costituisse comunque un'occasione determinante per ciascuna delle parti offerenti, ivi incluse quelle di fatto poi penalizzate dalla successiva scelta effettuata dal curatore.

Ed infatti, ciascuna di esse ben avrebbe potuto, ricorrendo a rilanci molto più cospicui di quello minimo pari ad euro 3.000,00 individuato dal Giudice Delegato, conferire al requisito del canone offerto un rilievo maggiore di quello ad esso effettivamente conferito nel corso della gara, evitando che l'importo dei canoni offerti risultasse sostanzialmente identico.

A tal proposito, è opportuno osservare che, nella prospettiva della vendita di una azienda dell'importanza di quella oggetto del contratto di affitto, e quindi nell'intendimento di ottenere da tale vendita il maggior ricavo possibile, non possa attribuirsi alcuna significativa rilevanza, ai fini della scelta del contraente, alla differenza esistente tra le offerte formulate dalla [REDACTED] (pari ad euro 365.000,00), dalla [REDACTED] (pari ad euro 371.000,00) e dalla [REDACTED].

Non a caso, quest'ultima, sia pur del tutto tardivamente, risulta aver formulato alla curatela in data 23.10.2013 per l'affitto annuale dell'azienda la ben maggiore offerta di euro 411.400,00.

Esclusa la violazione di legge, devono ritenersi inammissibili gli ulteriori motivi del reclamo in quanto attinenti al merito della scelta del curatore.

Ed infatti, come già ampiamente esposto, l'attività di tipo gestorio del curatore appare sottratta al controllo del Giudice Delegato.

Ne può in alcun modo mettersi in dubbio che l'individuazione dell'affittuario, improntata su criteri di "imprenditorialità", riguardi la gestione economica della

procedura, demandata dalla riforma delle procedure concorsuali alle scelte discrezionali del curatore ed al controllo del comitato dei creditori.

A tal proposito, va rilevato che dalla documentazione agli atti non emerge alcun elemento che possa indurre a ritenere che la scelta del curatore, tra l'altro congruamente motivata e pienamente ispirata ai criteri di cui all'art. 104 bis l.f. possa ritenersi illogica o irrazionale.

Quanto ai richiami al generale dovere di diligenza imposto al curatore dall'art. 38 l.f. non può non rilevarsi l'inammissibilità, poiché essi si risolvono, nella sostanza, in un vera e propria sollecitazione al controllo del merito e della discrezionalità della attività del curatore medesimo.

Vi è infine prova agli atti, in merito all'affitto della azienda, della regolare acquisizione del parere del comitato dei creditori.

Alle argomentazioni che precedono consegue il rigetto del reclamo.

In ragione della complessità delle questioni trattate, ritiene equo il collegio disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

P. T. M.

- rigetta il reclamo ex art 36 LK proposto dalla [redacted] avverso il provvedimento emesso dal Giudice Delegato in data 21.10.2013 nella procedura fallimentare a carico della [redacted];

- compensa interamente tra le parti le spese di lite .

Taranto, li 13.12.2013

Il Giudice estensore

Il Presidente

