

Pronuncia delle sezioni unite della Corte di cassazione dirime il conflitto di giurisprudenza

Fallisce l'impresa in concordato

Non è necessaria la risoluzione della precedente proposta

DI MARCELLO POLLIO
E MARCO GREGGIO

Anche l'impresa che ha ristrutturato i suoi debiti con l'omologazione di un concordato preventivo, se divenuta inadempiente per i debiti ristrutturati, può fallire senza che vi sia necessità di una preventiva dichiarazione di risoluzione del precedente concordato preventivo in corso di esecuzione. Non è escluso, infatti, che si possa presentare una seconda insolvenza che nasce dalla stessa precedente insolvenza. Lo ha stabilito la Corte suprema di cassazione a sezioni unite con la pronuncia del 14 febbraio 2022, n. 4696, affermando, con riferimento alla *vexata quaestio* del cd. fallimento omisso medio il principio di diritto secondo il quale «nella disciplina della legge fallimentare risultante dalle modificazioni apportate dal d.lvo n.5/2006 e dal d.lvo 169/2007, il debitore ammesso al concordato preven-

tivo omologato che si dimostri insolvente nel pagamento dei debiti concordati può essere dichiarato fallito, su istanza dei creditori, del PM o sua propria, anche prima ed indipendentemente dalla risoluzione del concordato ex art.186» legge fallimentare. Secondo la nuova interpretazione, dunque, in definitiva, l'avvenuta omologazione, la chiusura della procedura concordataria e l'accesso del debitore alla fase puramente esecutiva dell'accordo (anche se sotto sorveglianza ex art.185 l.fall.) comportano l'applicazione non già delle regole di coordinamento delle disposizioni fallimentari, ma dei principi generali di responsabilità, che include l'obbligo di valutare, altresì, se dall'inesecuzione dell'accordo già omologato si debbano trarre elementi di insolvenza e quindi di debba procedere alla dichiarazio-

ne di fallimento. Il divieto di azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore che abbia chiesto il concordato preventivo ha effetto, a pena di nullità, esclusivamente dalla pre-

sentazione del ricorso e «fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo» (art.168 l.fall.), sicché dopo tale momento essi riacquistano piena legittimazione ad agire per ottenere l'esecuzione del patto.

Così, non appare comprensibile perché i creditori non possano tutelarsi con tutti i mezzi consentiti dalla legge. Cosicché all'azione esecutiva individuale deve associarsi, in presenza dei relativi presupposti ed anche al fine di tutelare la par condicio nella crucialità della fase di inadempimento del debitore, quella concorsuale, quella concorsuale, con richiesta di dichiarazione di fallimento. Se l'iniziativa del creditore appaia talvolta inutile e diseconomica non rappresenta una questione che influisca più di tanto sulla ricerca di una regola generale, dovendosi comunque anche valutare l'interesse dei creditori a bloccare l'assunzione di nuove obbligazioni da parte del debitore destinate alla prededuzione, ex art.111 l.f., nel fallimento successivo (Cass.n. 2656/21). In so-

stanza vi è sempre la possibilità che si verifichi una seconda insolvenza, generata da quella stessa insolvenza che ha dato inizio alla procedura concordataria e che, all'esito di questa, si manifesta in forma addirittura aggravata dall'incapacità di soddisfare regolarmente le obbligazioni pur nelle più favorevoli modalità ed entità concordate. L'omologazione non comporta di per sé novazione dell'obbligazione anteriore, quanto soltanto il diverso e più circoscritto effetto della parziale inesigibilità del credito (Cass.n. 12085/20 e Cass.n. 13477/11). Così, in linea di principio, la possibilità di dichiarare il fallimento anche senza risoluzione non subisce restrizioni per l'eterogeneità e sostanziale atipizzazione delle offerte concordatarie consentite.



Le ss.uu della Suprema corte

SE L'ONESTO PAGA PER IL DISONESTO

La tematica sollevata dal direttore Longoni su ItaliaOggi sette di lunedì scorso ("Quando il diritto genera l'iniquità") è alquanto imbarazzante per chi appartiene a una generazione dove la semplice stretta di mano valeva più di ogni arbitrato internazionale! Così operando, sia nell'ambito privatistico di una persona fisica (esdebitazione) e sia in un ambito più ampio e mi riferisco al mondo dell'impresa (rinegoziazione contratti) si alimenta un effetto simile ad un mastodontico "azzardo morale" dove la buona fede si maschera con gli abiti inaffidabili di coloro i quali non approfondiscono la fondatezza di un buon investimento o cavalcano una bieca speculazione. Il tutto non funge da buon esempio per coloro i quali, in un contesto precario ma ancora non deteriorato, si troveranno demotivati ad utilizzare il massimo delle proprie risorse per uscire dalle secche e prediligeranno un'uscita di scena "pilotata" a carico del libero mercato! Perché chi si accolla l'onere del default di un privato o del parziale incasso relativo ad una fornitura aziendale, non sarà certo la fiscalità generale e quindi il contribuente, ma sarà il creditore a subirne le conseguenze con una sorta di "bail in", senza facoltà di rivalsa e mettendo a repentaglio la propria stabilità finanziaria. In più tale spre-

giudicato lasciassero giudiziario (esdebitazione più rinegoziazione contratti) se prenderà piede nelle aule dei tribunali, consentirà alla discrezionalità di un giudice di decidere il destino di plurimi rapporti contrattuali, andando a generare una casistica a cui il mercato si atterrà per prezzare i segmenti più a rischi a scapito di tutti coloro i quali sudano sette camicie per poter onorare i propri impegni. Pensiamo al caso di una banca, la quale eroga un credito per poi vedersene annullati i relativi diritti di restituzione. In questo caso la banca dovrà prezzare nelle sue proposte relative all'erogazione del credito un nuovo rischio di mercato, al fine di poter garantire ai suoi depositanti e azionisti una sana e prudente gestione della medesima. Il tutto a scapito di chi assolve ai propri obblighi, i quali si trovano a dover pagare di più e quindi pagheranno anche per coloro che non pagano. Oserei definire il tutto talmente paradossale ed iniquo da far scattare in piedi qualsiasi investitore estero, il quale prima di muovere un passo (o un soldo) verso un sistema economico ostaggio di uno sclerotico legislatore, ubriaco di garantismo verso la parte "sbagliata" del sistema commerciale, ci penserà ben bene!

Gianluca Caldironi

GARE D'APPALTO/TAR LAZIO SULLE OFFERTE ECONOMICHE

Rebate, anomalia non sindacabile

DI ANDREA MASCOLINI

In una gara di appalto è possibile giustificare la presunta anomalia dell'offerta economica anche con riferimento agli accordi di "rebate"; il giudice non può sindacare nel merito tale giustificazione. E' quanto afferma il TAR del Lazio con la sentenza n. 1648/2022 che accoglie il ricorso presentato dall'impresa aggiudicataria (R1 S.p.A.) assistita dallo Studio Lipani Catricalà & Partners. La pronuncia si riferisce a quella tipologia di accordi commerciali (di "rebate") in forza dei quali, al raggiungimento di determinati volumi di fatturato con i principali distributori operanti nel mercato di riferimento, questi ultimi riconoscono all'acquirente sconti ulteriori rispetto a quelli ordinariamente praticati e ritiene che tali sconti possano essere destinate dai concorrenti che ne beneficiano alla copertura dei costi di commessa e, quindi, utilizzate per giustificare la remuneratività dell'offerta, rientrando tale scelta aziendale in una sfera non sindacabile né da parte della stazione appaltante, né da parte del Giudice amministrativo. I giudici non hanno quindi ritenuto fondata l'eccezione dei ricorrenti per i quali la giustificazione dell'offerta sulla base di un accordo di rebate concerneva profili di convenienza economica esogeni alla commessa, oltre che condizionati al verificarsi di accadimenti ipotetici, futuri e incerti.

Il TAR del Lazio, premesso che, per pacifica giurisprudenza, le valutazioni compiute dalla stazione appaltante in sede di verifica dell'anomalia delle offerte sono espressione del potere discrezionale ad essa rimesso e, in quanto tali, insindacabili in sede giurisdizionale, salvo che

non risultino manifestamente illogiche e irrazionali, ha ribadito che la verifica va condotta avendo riguardo esclusivamente agli elementi costitutivi delle offerte e alla capacità delle imprese, tenuto conto della loro organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne, di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto. Nel merito della vicenda la sentenza ha legittimato l'operato della stazione appaltante escludendo la sussistenza di profili di irragionevolezza nel giudizio di congruità, nel presupposto che la scelta dell'aggiudicataria di destinare alla copertura dei costi di commessa gli sconti ulteriori derivanti dall'accordo con i fornitori non risulta sindacabile perché si fonda su "previsioni contabili che sono tipiche della peculiare organizzazione aziendale di ogni singolo operatore economico". Ha altresì rilevato il TAR del Lazio - anche in questo caso aderendo alla prospettazione dei legali della società aggiudicataria - che, del resto, la formulazione di un'offerta economica e la conseguente verifica di anomalia si fondano su stime previsionali e, dunque, su assunzioni e valutazioni necessariamente connotate da opinabilità e elasticità, risultando quindi impossibile pretendere una rigorosa quantificazione preventiva delle voci di costo dell'offerta rivenienti dall'esecuzione futura di un contratto ed essendo, quindi, sufficiente che l'offerta medesima si riveli ex ante ragionevole e attendibile.



Il testo del documento su www.italiaoggi.it/documenti-italiaoggi