

Pubblicato il 03/12/2019

N. 05684/2019 REG.PROV.COLL.
N. 03169/2019 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3169 del 2019, proposto da Fucina Italia S.r.l., in proprio e in qualità di mandante del costituendo RTI formato con la mandataria Consorzio Stabile AnsaldoNew Clear, in persona dell'amministratore delegato p.t., Consorzio Stabile AnsaldoNew Clear, in persona del Presidente e legale rappresentante p.t., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo RTI formato con la mandante Fucina Italia, entrambi rappresentati e difesi dagli avvocati Luca Raffaello Perfetti, Alessandro Salustri, Alessandro Botto, Francesco Mataluni, Giacomo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gaetano Mastropasqua in Napoli, via Guglielmo Sanfelice 33 (in seguito, 'parte ricorrente');

contro

Sogin S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo

studio Maria Giulia De Marca in Napoli, via del Parco Margherita 34;

nei confronti

Gns Gesellschaft Fur Nuklear-Service Mbh, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco De Leonardis, Flavio Guidi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Mario Rosario Spasiano in Napoli, corso Vittorio Emanuele 110;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento di esclusione, a firma dell'Amministratore Delegato di Sogin S.p.A., privo di data e numero di protocollo, adottato nei confronti del costituendo RTI composto dal Consorzio stabile Ansaldo New Clear (mandataria) e da Fucina Italia (mandante), in relazione alla gara per la fornitura di contenitori per rifiuti di media attività per confezionamento Internals superiori per la Centrale Nucleare del Garigliano (CIG: 70732549D8);

- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente e, segnatamente, dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore di GNS mbH, ad oggi sconosciuto alle ricorrenti;

nonché per

la dichiarazione di inefficacia, nullità, annullamento, decadenza del contratto eventualmente stipulato nelle more con GNS mbH, nonché per la condanna di Sogin alla tutela in forma specifica mediante conseguimento dell'aggiudicazione definitiva della gara nonché mediante il subentro ex art. 122 del D.Lgs. 104/2010 nel contratto eventualmente stipulato medio tempore con GNS mbH e per il risarcimento danni, nei termini che saranno dedotti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti indicate in epigrafe;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2019 il dott. Luca Cestaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

FATTO

1 – Fucina Italia S.r.l. e il Consorzio Stabile AnsaldoNew Clear rispettivamente quali mandante e mandataria del costituendo RTI “Consorzio Ansaldo” hanno partecipato alla procedura per l’affidamento della fornitura di contenitori per rifiuti di media attività per confezionamento di ‘Internals superiori’ presso la Centrale Nucleare del Garigliano, da aggiudicarsi in base al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (importo a base d’asta era di Euro 2.464.062,00). La gara è stata indetta dalla So.g.i.n. s.p.a. – Società Gestione Impianti Nucleari s.p.a. (in seguito, SOGIN) e ha ad oggetto, quindi, una fornitura di beni, la cui durata è fissata in 24 mesi dalla data di perfezionamento del contratto.

La parte ricorrente, in particolare, impugna, con il ricorso principale, il provvedimento con cui è stata esclusa dalla gara in quanto la Stazione appaltante ha rilevato la *“perdita dei requisiti soggettivi di Fucina Italia S.r.l. per effetto dello scioglimento del contratto di affitto di azienda, stipulato con l’impresa Siderpiombino S.p.A. a seguito dell’esercizio del diritto di recesso, di cui all’art. 79 della legge fallimentare, da parte del curatore della procedura”*. Venuto meno tale contratto, la SOGIN ha, infatti, rilevato che la FUCINA Italia, mandante dell’RTI Consorzio Ansaldo, era divenuta priva del fatturato di impresa necessario per partecipare alla gara, requisito che sarebbe dovuto “permanere” senza soluzione di continuità in ogni fase della gara e anche nella successiva fase esecutiva. La SOGIN ha, inoltre, rilevato la mancata produzione delle

dichiarazioni di cui all'art. 80 cod. appalti con riguardo agli amministratori dell'impresa affittante (poi fallita) e, comunque, la perdita dei requisiti morali in ragione del fallimento della medesima *Siderpiombino*.

Tanto ai sensi dei principi affermati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 6 del 27.03.2019 secondo cui *“in applicazione dell'art. 92, co. 2, DPR 5 ottobre 2010 n. 207, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori”*.

2 – La parte ricorrente censura il provvedimento sotto numerosi profili di violazione di legge e di eccesso di potere, meglio descritti in seguito.

Ia) Ci si duole, in primo luogo, della violazione dell'art. 83 cod. appalti (d.lgs. 50/2016) e dei principi di proporzionalità e di *favor participationis*; il contratto di affitto di azienda con la *Siderpiombino* - che consentiva alla Fucina Italia di raggiungere il prescritto fatturato, infatti, - ha avuto piena efficacia sino al 23.04.2018, momento in cui il curatore ha inteso esercitare il recesso di cui all'art. 79 l. fall. (R.D. 16/03/1942, n. 267) rispettando, peraltro, il previsto termine di 90 giorni onde consentire l'eventuale formulazione di proposte di acquisto dell'azienda da parte della società ricorrente.

La curatela, poi, posticipava più volte la data della riconsegna del compendio aziendale, che restava nella materiale disponibilità della FUCINA Italia; quest'ultima società, peraltro, effettuava una proposta di acquisto del relativo ramo d'azienda della *Siderpiombino* che, in data 31.07.2019, era approvata dal comitato dei creditori con la conseguenza che può ritenersi prossimo l'acquisto a titolo definitivo del ramo di azienda da parte della ricorrente. La

parte ricorrente lamenta, quindi, l'erroneità della valutazione della SOGIN nella parte in cui ha ritenuto che vi fosse una soluzione di continuità nel possesso dei requisiti speciali ottenuti a seguito del predetto contratto di affitto di azienda. Le continue postergazioni dell'efficacia del recesso, destinate a terminare con l'acquisto del compendio aziendale da parte della medesima FUCINA Italia dimostrano come il recesso non abbia mai operato e, comunque, come non abbia mai inciso sulla detenzione del compendio aziendale in capo alla ricorrente.

Ib) Inoltre, il Consorzio possiede ampiamente il requisito speciale di cui si discute anche senza il fatturato mutuato, in capo alla FUCINA Italia, grazie all'affitto del ramo di azienda della *Siderpiombino*; in merito, si afferma che l'estensione dei principi dell'Ad. Plen. del C.d.S. n. 6/2019 è del tutto arbitraria rispetto ai settori dei servizi e delle forniture in quanto tale pronuncia era riferibile esclusivamente all'appalto di lavori.

II) In secondo luogo, si lamenta l'erronea applicazione degli artt. 80 e 83 co. 9 cod. appalti con riguardo agli amministratori dell'impresa affittante. Il disciplinare di gara, invero, imponeva la presentazione delle dichiarazioni di cui all'art. 80 cod. appalti anche da parte dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara specificando altresì che *“nel caso in cui durante l'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara l'impresa abbia posto in essere operazioni straordinarie (fusione, acquisto di azienda, affitto di azienda), si intendono cessati dalla carica anche coloro che, nell'anno antecedente, abbiano ricoperto nell'ambito della società acquisita (o oggetto di cessione, etc.) le posizioni ed i ruoli indicati ai precedenti punti e all'art. 80, comma 3, del Codice”*. Tuttavia, la parte ricorrente sostiene che l'eventuale mancanza avrebbe dovuto essere oggetto di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83 co. 9 cod. app.

III) In terzo luogo, l'esclusione del RTI è stata disposta con provvedimento

adottato e sottoscritto dal (solo) Amministratore Delegato di SOGIN (tra l'altro senza l'indicazione dello svolgimento di alcuna previa attività istruttoria e senza che sia stato svolto alcun contraddittorio con il RTI e, segnatamente, con Fucina Italia), e dunque da un soggetto che risulterebbe privo della necessaria competenza a adottare tale tipologia di provvedimenti, che la legge attribuisce in via esclusiva al RUP.

3 – La SOGIN insiste nella bontà del proprio operato e rileva che il recesso di cui all'art. 79 l. fall., esercitato dalla curatela del fallimento della *Siderpiombino*, è immediatamente efficace e a essere stati postergati sono solo gli effetti del recesso medesimo (restituzione del compendio aziendale), fermo rimanendo che il contratto di affitto di azienda è cessato nel momento in cui il recesso è entrato nella sfera di conoscibilità della FUCINA Italia s.r.l. In tal senso, il recesso, quale atto unilaterale irrevocabile e, comunque, non revocato, ha determinato il venir meno dello stabile possesso del requisito speciale in questione, avendo trasformato il rapporto della mandante FUCINA Italia con il compendio aziendale della *Siderpiombino*, al più, in una “mera detenzione provvisoria”.

Quand'anche, poi, si ritenesse che il recesso sia stato revocato, la revoca non potrebbe avere efficacia retroattiva di talchè si sarebbe verificata un'inammissibile soluzione di continuità nel possesso del menzionato requisito speciale. La conclusione non muta in ragione del pacifico perdurante pagamento del canone di affitto da parte della FUCINA Italia; esso deriva non certo dall'operatività del contratto di affitto, ma, piuttosto, dalla mancata restituzione del bene.

Inoltre, il fallimento dell'impresa affittante rileva quale autonoma causa di esclusione nei confronti dell'impresa affittuaria per il principio “*ubi commoda, ibi incommoda*”: il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano

della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente.

La GNS GESELLSCHAFT FÜR NUKLEAR-SERVICE MBH (GNS MBH), prima graduata, con ampie difese, ha svolto considerazioni analoghe a quelle della SOGIN, aggiungendo che: il fatturato della *Siderpiombino* era fondamentale per la FUCINA Italia, società pressoché inattiva sino al momento dell'affitto dell'azienda in questione e parzialmente inadempiente quanto al canone di affitto del ramo di azienda; il soccorso istruttorio quanto alle dichiarazioni degli amministratori della *Siderpiombino* non sarebbe stato praticabile in quanto la società era già fallita; la volontà di escludere il consorzio ricorrente era stata chiaramente espressa dal RUP (all. 4 e 5 prod. GNS MBH) e, comunque, era validamente manifestabile dal soggetto investito della rappresentanza esterna della società; quand'anche, poi, si ritenesse fondata la censura relativa all'incompetenza dell'amministratore delegato, essa non potrebbe avere alcuna efficacia stante l'evidente vincolatezza dell'atto impugnato.

4 – All'esito dell'udienza camerale dell'11.09.2019, il T.A.R., con ordinanza n. 4492/2019, rilevava che il recesso non avesse inciso sulla disponibilità del complesso aziendale e, pertanto, accoglieva l'istanza cautelare.

Alla successiva udienza del 23.10.2019, dopo ampia discussione, la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

5 - Ancor prima di passare alla trattazione del merito del ricorso, va rammentato che, in tema di contenzioso relativo alle procedure di affidamento di pubblici servizi, la sentenza è redatta «*in forma semplificata*» potendo, quindi, consistere «*in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo*» (artt. 120 co. 6 e 74 c.p.a.).

6 – Nel merito, la questione controversa, come descritta nella parte in fatto, ruota intorno al fallimento dell'impresa affittante il ramo di azienda (*Siderpiombino*) che ha consentito a FUCINA Italia di raggiungere il requisito del fatturato richiesto dalla gara.

Da tale evento sarebbero scaturiti:

-) il recesso dal contratto di affitto ai sensi dell'art. 79 l. fall. (R.D. 16/03/1942, n. 267) con conseguente perdita del requisito;
-) la violazione degli obblighi dichiarativi di cui all'art. 80 cod. appalti (d.lgs. 50/2016) circa le condizioni soggettive degli amministratori dell'impresa affittante;
-) la perdita dei requisiti morali dell'impresa che, evidentemente, ridonderebbe anche sull'impresa affittuaria che ha partecipato alla gara.

7 – La violazione degli obblighi dichiarativi non può determinare l'esclusione della ricorrente in quanto, come si è rilevato, essa rientra nel campo di applicazione del soccorso istruttorio di cui all'art. 83 co. 9 cod. appalti (*“le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere”*). Si tratta, infatti, della violazione di un obbligo formale non afferente al contenuto dell'offerta.

Nel caso di specie, peraltro, la parte ricorrente ha prodotto le dichiarazioni degli amministratori e degli altri individui che vi erano tenuti per aver ricoperto cariche nella *Siderpiombino* così dimostrando la possibilità concreta di

avvalersi del soccorso istruttorio.

Con maggiore impegno esplicativo, non può condividersi l'orientamento rigoroso invocato dall'amministrazione e dalla controinteressata in quanto la mancanza delle dichiarazioni dei dirigenti dell'impresa affittante – neppure rilevata in un primo momento dalla stessa stazione appaltante – assume, per quanto meglio si dirà in seguito sulla non estensibilità del fallimento all'impresa affittuaria, un rilievo meramente formale; non è sostenibile, in simili ipotesi, che la previsione “a pena di esclusione” di simili dichiarazioni nel disciplinare di gara valga a escludere la disciplina del soccorso istruttorio. Ragionare diversamente equivale a rendere facoltativa, per le stazioni appaltanti, l'applicazione del soccorso istruttorio che potrebbe essere evitata semplicemente munendo gli obblighi dichiarativi della sanzione dell'esclusione nell'ambito della documentazione di gara, il che costituisce un esito non accettabile sul piano interpretativo; l'obbligo del soccorso istruttorio, infatti, deriva direttamente dalla legge e costituisce attuazione dei principi di concorrenza, del *favor participationis* e di proporzionalità.

La disciplina è, ormai, orientata nel senso che, qualora siano posseduti i requisiti sostanziali per partecipare alla gara e sempre che le mancanze non riguardino l'offerta, le omissioni dichiarative, anche essenziali, possano essere sanate (v. ex multis: T.A.R. Roma, sez. II, 14/03/2019, n.3440; T.A.R. Roma, sez. I, 19/03/2019, n.3667; T.A.R. Napoli, sez. II, 12/05/2017, n.2578; Consiglio di Stato sez. V, 19/05/2016, n.2106; Consiglio di Stato sez. V, 05/04/2019, n.2242).

8 a – Quanto alla perdita dei requisiti “moralì” in capo alla ricorrente in ragione del fallimento dell'impresa affittante, va detto che l'affitto di un ramo di azienda è un contratto che determina il passaggio della gestione del ramo di azienda all'affittuario realizzando un fenomeno di “sostituzione di un

imprenditore a un altro” sul piano operativo (art. 2558 c.c.; v. ex multis, Cassazione civile sez. I, 05/12/2018, n.31466).

Giova osservare che la disciplina del codice degli appalti, seppure esclude dalla partecipazione alla gara gli imprenditori falliti, prevede la possibilità che il compendio aziendale persista nell’esecuzione della prestazione oggetto dell’appalto nel caso in cui il curatore sia autorizzato all’esercizio dell’impresa (art. 110 co. 3 cod. appalti) e la stessa partecipazione alle gare è consentita qualora l’impresa sia ammessa al concordato preventivo (artt. 110 co. 4 cod. appalti, 161 e 186 bis R.D. 16/03/1942, n. 267, l.fall.).

Anche al fine di consentire la conservazione del tessuto imprenditoriale, quindi, il fallimento non impedisce senz’altro che il compendio aziendale possa essere utilmente impiegato, a determinate condizioni, nell’ambito delle procedure di evidenza pubblica.

L’estensione della clausola di esclusione di cui all’art. 80 co. 5 lett. b) cod. appalti (che prevede l’esclusione dell’operatore economico che “*sia stato sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall’articolo 110 del presente codice e dall’articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 all’impresa*”) all’impresa affittuaria impedirebbe appunto l’impiego del compendio aziendale, pur se inserito in un altro contesto imprenditoriale, e finirebbe con il negare la finalità, evidente nella disciplina sopra descritta, di salvaguardare le realtà produttive e di tutelare la stessa massa dei creditori dell’azienda fallita che perderebbe una delle possibilità di mettere a frutto le proprie competenze.

Il fallimento della società affittante (*Siderpiombino*), quindi, non determina né la perdita dei requisiti morali in capo agli amministratori della società affittuaria né si estende alla società affittuaria (*FUCINA Italia*).

8 b - Giova osservare, nello stesso senso, che è espressamente prevista l'estensione all'appaltatore della causa di esclusione di cui si discute nel solo caso in cui essa colpisca il subappaltatore in presenza delle condizioni di cui all'art. 105 co. 6 cod. appalti.

Ebbene, in mancanza di una espressa disposizione, non è possibile adottare un'interpretazione che estenda l'operatività dell'esclusione a ipotesi non espressamente previste. Difatti, le cause di esclusione, poiché derogatorie rispetto al principio pro concorrenziale che tende alla più ampia partecipazione possibile alle gare di appalto e soggette al principio di tassatività (art. 83 co. 8 cod. appalti, ult. periodo: *“i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*), devono essere ritenute di stretta interpretazione (T.A.R. Napoli, sez. V, 17/05/2019, n.2616; Consiglio di Stato sez. V, 23/03/2015, n.1565; v. anche, in un caso simile, Consiglio di Stato sez. III, 10/08/2017, n.3988).

8 c – Infine, la dinamica dell'intera operazione negoziale in corso di perfezionamento dimostra che tra la gestione dell'azienda affittante e quella della *Siderpiombino* si sia realizzata una completa cesura che, anche nell'ottica della giurisprudenza citata dalla stazione appaltante e dalla controinteressata, escluderebbe l'estensione del fallimento alla FUCINA Italia (v. anche Consiglio di Stato ad. plen., 04/05/2012, n.10); in tal senso, depone la completa disponibilità del compendio aziendale, la cui restituzione è stata più volte postergata, in capo alla FUCINA Italia, l'avvio della procedura di acquisto del ramo di azienda da parte del fallimento e, comunque, la mancanza di valorizzazione di elementi che inducano a ritenere sussistente una sostanziale continuità nella gestione delle due aziende.

9 a – Resta da esaminare la più complessa questione dell'operatività del

recesso esercitato dal curatore ai sensi dell'art. 79 l. fall. (*“il fallimento non è causa di scioglimento del contratto di affitto d'azienda, ma entrambe le parti possono recedere entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo, che, nel dissenso tra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati?”*) nel senso che esso escluda o meno la disponibilità del requisito mutuato dall'azienda affittante (il fatturato globale di impresa).

Tutte le parti hanno dedotto in merito con dovizia di approfondite e apprezzabili argomentazioni giuridiche: la stazione appaltante e l'azienda controinteressata sostengono che il recesso abbia comportato l'estinzione del contratto con l'effetto di lasciare la FUCINA Italia priva del requisito in quanto continuerebbe a disporre del compendio aziendale della *Siderpiombino* in maniera del tutto precaria e, comunque, priva della stabilità richiesta dalla legislazione in tema di appalti; la parte ricorrente sostiene, invece, che il recesso non abbia, per le sue concrete modalità, determinato la perdita del requisito né la cessazione dell'operatività del contratto di affitto di azienda.

9 b – Giova precisare che – com'è pacifico anche tra le parti - l'affitto di ramo di azienda è strumento giuridico idoneo a garantire il possesso del requisito in capo alla società affittuaria (v. Consiglio di Stato sez. III, 17/03/2017, n.1212). In giurisprudenza, peraltro, si richiede che il contratto di affitto garantisca effettivamente il possesso del compendio aziendale a cui è connesso il requisito (v. T.A.R. Milano, sez. I, 12/11/2018, n.2546) e che abbia una durata non inferiore alla durata dell'appalto (v. Consiglio di Stato, sez. V, 04/02/2019, n. 827).

I richiamati orientamenti giurisprudenziali mirano, quindi, alla verifica dell'effettivo possesso del requisito impiegato nella gara in virtù del contratto di affitto.

9 c - Nel caso di specie, al fine di effettuare tale verifica, occorre ricostruire

nel complesso l'operazione negoziale posta in essere mediante il recesso così da poter valutare se l'esercizio della facoltà di cui all'art. 79 l. fall. abbia effettivamente comportato la perdita o comunque la "precarizzazione" della disponibilità del requisito in modo tale da impedire che la ricorrente possa continuare a essere parte della gara.

A tal fine, è necessario esaminare gli atti della curatela.

La nota con cui è stato esercitato il recesso, del 24 aprile 2008, si conclude con la seguente espressione: "*come più volte anticipato per le vie brevi, si conferma tuttavia la piena disponibilità di questa curatela ad esaminare, nel frattempo, eventuali soluzioni contrattuali che, ai sensi dell'art. 104 bis L.F., possano apparire utili al fine della la più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa e, nel contempo, consentire a codesta società la continuazione dell'attività senza soluzione di continuità*". L'intento della curatela è, con evidenza, quello di preservare l'operatività del compendio aziendale mediante l'esercizio provvisorio dell'impresa (art. 104 l.fall.) e ciò anche nell'ottica di realizzare la "*più proficua vendita dell'azienda o di parti di essa*".

Il 23 luglio 2018 (v. verbale, in atti), l'amministratore della società ricorrente ha richiesto la possibilità di mantenere la conduzione dell'azienda al fine di formulare una articolata proposta di acquisto del ramo di azienda della *Siderpiombino*, versando all'uopo tre assegni di 50.000 euro ciascuno. La curatela, ritenendo la proposta conforme all'interesse dei creditori "*in quanto finalizzata alla formalizzazione di una offerta di acquisto dell'intero compendio aziendale*", ha espresso il proprio assenso alla postergazione della riconsegna dell'azienda.

La curatela fallimentare confermava più volte la società ricorrente nella disponibilità del compendio aziendale "*senza soluzione di continuità*" e nell'attesa del perfezionamento della procedura di acquisto del compendio aziendale da parte della medesima FUCINA Italia (v. nota del 12 aprile 2019). Il 31 luglio

2019, il comitato dei creditori approvava la proposta di acquisto del ramo di azienda presentata da FUCINA Italia e la curatela garantiva nuovamente che, salvo eventuali inadempimenti, la ricorrente avrebbe potuto continuare a detenere il compendio aziendale sino alla conclusione della vendita (v. nota del 9 agosto 2019).

Tali circostanze erano confermate dalla curatela su richiesta della stessa SOGIN. Il curatore, in particolare, con nota del 18 settembre 2019, precisava che il programma di liquidazione – basato sulla proposta di acquisto di FUCINA Italia - era stato autorizzato dal giudice delegato e che Fucina Italia s.r.l. continuava *“a detenere e gestire, senza soluzione di continuità, il compendio aziendale di proprietà della fallita Sider Piombino S.p.A. in liquidazione, sin dal 7 febbraio 2017, data della stipula del contratto di affitto di azienda ai rogiti del Notaio Baldacchino, rep. 89172 racc. 15906”*.

9 d – L'intento della curatela è, senza dubbio, quello di mantenere FUCINA Italia nella piena disponibilità del requisito impiegato per partecipare alla gara, onde consentire il perfezionamento della vendita.

A parere del Collegio, assume un rilievo prevalente la circostanza che il recesso sia stato posto in essere in modo da non pregiudicare la costanza e la pienezza della disponibilità del compendio aziendale in capo alla ricorrente; in sostanza, nel caso di specie, non si può dubitare che FUCINA Italia abbia mantenuto la detenzione del ramo di azienda stabilmente e senza soluzione di continuità di talchè la sua esclusione risulta ingiustificata e non conforme al principio di proporzionalità. La posizione di FUCINA Italia si è, in parte, modificata, ma ciò non ha intaccato la stabilità della detenzione del complesso aziendale, prima, quale affittuaria dell'azienda e, poi, anche quale promissaria acquirente.

9 e – Con ulteriore impegno esplicativo, occorre rilevare che il recesso,

effettuato ai sensi dell'art. 79 l. fall., è stato, pur non esplicitamente, condizionato alla possibilità che l'affittuaria formulasse una proposta di acquisto.

La piena disponibilità a consentire l'esercizio provvisorio dell'azienda e a valutare le proposte di acquisto onde "postergare" l'efficacia del recesso e, quindi, la restituzione del compendio aziendale, valgono a introdurre una condizione sospensiva del recesso che non è mai, quindi, divenuto efficace.

Giova rammentare che il recesso è un atto negoziale unilaterale che non sfugge alle regole di interpretazione del contratto, pur nei limiti della compatibilità (artt. 1324 e 1362 e ss. c.c.); ebbene, l'indagine sulla effettiva volontà del recedente (art. 1362 c.c.), l'interpretazione complessiva delle espressioni utilizzate nella nota con cui si è esercitato il recesso (art. 1363 c.c.) nonché lo stesso principio di interpretazione secondo buona fede (art. 1366 c.c.) inducono, appunto, a concludere che il recesso non fosse immediatamente operativo, ma, piuttosto, condizionato all'eventuale formulazione e, poi, al perfezionamento dell'acquisto dell'azienda.

Nello stesso senso, è l'indagine della causa del negozio (unilaterale) di recesso; essa va intesa quale "causa concreta" e, quindi, non tipica e immutabile, ma da collegarsi alla concreta finalità posta in essere dal recedente che, nel caso di specie, è senz'altro quella di consentire e, anzi, di favorire il consolidamento della detenzione del compendio aziendale e la sua trasformazione in possesso (cd. *traditio brevi manu*). Anche da questo punto di vista, quindi, il recesso è da intendersi condizionato sospensivamente al perfezionamento della vendita del compendio aziendale all'affittuaria.

10 – Alla luce delle argomentazioni che precedono, anche in ragione della natura della decisione (v. capo 5 della presente Sentenza) devono ritenersi superate le ulteriori censure svolte dalla parte ricorrente.

11 - Il ricorso va, pertanto, accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati.

La novità della questione e la complessità della fattispecie inducono alla integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

-) lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati;
-) compensa le spese di lite;
-) ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa;

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Pierina Biancofiore, Presidente

Ida Raiola, Consigliere

Luca Cestaro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Luca Cestaro

IL PRESIDENTE
Pierina Biancofiore

IL SEGRETARIO