

LA DISCIPLINA DELLE OFFERTE COMPETITIVE
NEL CONCORDATO PREVENTIVO:
TRA LA LEGGE FALLIMENTARE
E IL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

THE DISCIPLINE OF THE COMPETING PROPOSALS IN COMPOSITION
WITH CREDITORS PROCEDURE: BETWEEN THE BANKRUPTCY LAW
AND THE NEW CODE OF BUSINESS CRISIS AND INSOLVENCY

FLAVIO CAROSI

Avvocato in Roma

Abstract: Il contributo esamina la disciplina delle offerte concorrenti nel concordato preventivo, i pregi e le criticità sino ad oggi emersi nella sua attuazione e, in un'ottica comparatistica, si propone di analizzare le innovazioni che saranno introdotte con l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Il contributo, inoltre, affronta particolari ipotesi applicative dell'istituto (concordato preventivo con operazioni straordinarie sul capitale sociale e concordato preventivo con assuntore) e propone alcune riflessioni sul complesso bilanciamento tra natura privatistica e pubblicistica del concordato preventivo e sulla forte tendenza alla fallimentarizzazione di quest'ultimo.

Abstract: *This paper examines the discipline of the competing proposals in composition with creditors procedure together with virtues and criticalities emerged as of today in its implementation; it also analyzes the innovations that will be introduced with the entry into force of the new Code of business crisis and insolvency. The paper, moreover, focuses on practical implementations of the institute (composition with creditors with extraordinary corporate transactions; composition with creditors with an assumpor) and raises some thoughts on the difficult balance between the private and public nature of the composition with creditors as well as on the strong tendency to extend the principles of the bankruptcy procedure to the composition with creditors.*

Sommario: 1. Il quadro normativo. – 2. Il perimetro di applicabilità dell'istituto. – 3. Le caratteristiche dell'offerta originaria. – 4. La disciplina della procedura competitiva. – 5. Il decreto d'apertura, il potere conformativo del tribunale e il (complesso) bilanciamento tra natura privatistica e natura pubblicistica del concordato preventivo. – 6. La *disclosure* delle informazioni rilevanti. – 7. La formulazione dell'offerta concorrente, la gara e la posizione dell'offerente originario. – 8. Le innovazioni procedurali del Codice della Crisi dell'Impresa e dell'Insolvenza: la manifestazione d'interesse e la delegabilità

della gara. – 9. La liberazione dell’offerente originario e il rimborso delle spese. – 10. La natura giuridica della vendita e i suoi effetti. – 11. Conclusioni.

1. Il quadro normativo

L’art. 2 del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015, n. 132 (la c.d. “miniriforma” della legge fallimentare), ha introdotto un importante correttivo in materia di atti dismissivi compiuti in costanza di concordato preventivo, con l’inserimento dell’art. 163-*bis* L. Fall., rubricato “Offerte concorrenti”. Tale intervento normativo ha preso le mosse dalla volontà di perseguire una duplice finalità, limpidamente delineata dal legislatore nei lavori preparatori al disegno di legge di conversione del sopra citato D.L.¹:

- massimizzare la prospettiva di *recovery* dei creditori concordatari;
- mettere a disposizione dei creditori concordatari una terza possibilità, ulteriore e diversa rispetto a quella di accettare o rifiutare in blocco la proposta di concordato del debitore².

È in questo contesto che si colloca l’art. 163-*bis* L. Fall. mediante il quale il legislatore della miniriforma del 2015, privilegiando la concezione pubblicistica del concordato preventivo rispetto a quella privatistico-negoziale³ e allo scopo di arginare il

¹ V. Lavori preparatori alla conversione in legge del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, reperibile sul sito della Camera dei deputati al link http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0032140.pdf.

² Nella prassi, il piano concordatario prevedeva la cessione dell’azienda, di uno o più rami d’azienda oppure di beni di rilevante valore (ad esempio, immobili) a terzi già individuati, nell’ambito di “pacchetti preconfezionati d’offerta” (definiti, nel gergo, anche “piani precompilati”). La prassi *de qua* imponeva ai creditori di doversi necessariamente esprimere per l’approvazione o per il rifiuto in blocco del piano concordatario contenente l’accordo raggiunto tra l’imprenditore (debitore proponente) e il terzo e, in caso di approvazione, comportava l’impossibilità da parte del Tribunale di ricorrere alla procedura di vendita competitiva di cui agli artt. 182 e 107 L. Fall., il cui ambito d’applicazione era circoscritto alla fase post-omologazione del concordato (c.d. “fase esecutiva” del concordato). Il che andava a detrimento dell’interesse dei creditori concordatari a veder ottimizzata la loro prospettiva di soddisfacimento, a vantaggio del debitore proponente (si pensi, soprattutto, all’ipotesi di acquisto d’azienda o di ramo d’azienda da parte di soggetto riconducibile al debitore proponente).

³ A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, IV ed., Bologna, 2017, p. 346, in cui gli AA. esaminano i tre diversi orientamenti formati in ordine alla natura giuridica del concordato preventivo (la tesi contrattualistica, la tesi pubblicistica e la c.d. “teoria mista”) e rilevano come la miniriforma abbia, senza dubbio, accentuato i profili pubblicistici, limitando l’autonomia privata del proponente; M. AIELLO, “Il controverso perimetro applicativo delle procedure competitive di cui all’art. 163-*bis* l.fall.: operazioni sul capitale sociale e concordato per assunzione”, in *Fall.*, 1, 2019, p. 78, in cui l’autore evidenzia come la riforma del 2015 abbia accentuato in modo

fenomeno delle proposte vincolate⁴, ha introdotto l'istituto delle offerte concorrenti ed ha attribuito al tribunale il potere/dovere – nel rispetto del perimetro di applicazione della norma – di attivare la procedura competitiva *de qua*. Il debitore proponente, dunque, conserva la disponibilità della proposta concordataria, ma il contenuto del piano di concordato è subordinato alla norma imperativa del procedimento competitivo e all'esito dello stesso, al quale dovrà necessariamente conformarsi⁵.

L'esigenza di introdurre questo istituto era già emersa in modo significativo dalla casistica giurisprudenziale che, nel tentativo di colmare la lacuna normativa e potenziare la prospettiva di soddisfacimento dei creditori, in svariate occasioni si era spinta al punto di invitare il debitore a ricercare sul mercato altri soggetti interessati all'acquisto, diversi dall'offerente originario⁶. Tale prassi, contrastata dai sostenitori del fondamento privatistico del concordato preventivo⁷, aveva palesato il vuoto normativo esistente nella legge fallimentare, nonché i limiti insiti “(...) *in quell'orientamento che demanda ogni attività di liquidazione di quanto dedotto nella proposta concordataria, alla successiva fase di esecuzione del concordato, ravvisando in ogni attività anteriore alla stessa (retta, si noti, dai principi di diritto comune) un'implicita alterazione del paradigma procedimentale assunto dal legislatore a successione cronologica delle fasi (...)*”⁸.

L'art. 163-bis L. Fall. è stata la risposta fornita dal legislatore a questo problema, la quale si estrinseca nella estensione anche alle fasi anteriori a quella di esecuzione del concordato preventivo del perimetro di operatività di due principi cardine di efficienza soddisfattiva della pretesa creditoria:

rilevante i caratteri del controllo giurisdizionale e della eterotutela “*creditor oriented*”, a discapito delle istanze privatistiche del debitore.

⁴ Per un approfondimento sulla miniriforma e sulle ragioni dell'introduzione dell'istituto delle offerte concorrenti v. G. DI CECCO, *Le offerte concorrenti e le cessioni*, in M. SANDULLI-G. D'ATTORRE (a cura di), *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, Torino, 2016, p. 157 ss.; M. VITIELLO, “*Vendite concorsuali e offerte concorrenti: la fine dell'era delle proposte di concordato chiuse*”, reperibile in www.ilfallimentarista.it; Trib. Monza, decr. 17 maggio 2016, reperibile in www.ilcaso.it.

⁵ F. BORTOLOTTI-L. MANDRIOLI, “*Le offerte concorrenti nel concordato preventivo: la disciplina dell'art. 163-bis l.fall. (Parte I)*”, in *Fall.*, 11, 2018, p. 1331, laddove gli AA. affermano che il debitore è ancora libero di fondare la proposta concordataria su un pacchetto negoziale “chiuso”, ma che tale accordo è subordinato all'esito della procedura competitiva, in virtù di una sorta di clausola di inefficacia dell'offerta originaria, destinata a venir meno qualora dalla procedura medesima non esitino offerte migliorative.

⁶ Molto noti sono i casi del concordato preventivo della Fondazione Centro San Raffaele del Monte Tabor apertosi dinanzi al Tribunale di Milano e del concordato La Perla S.r.l. in liquidazione apertosi dinanzi al Tribunale di Bologna.

⁷ L'istituto delle offerte concorrenti testimonia, ancora una volta, la forte spinta pubblicistica del legislatore della miniriforma del 2015, laddove l'autonomia negoziale del debitore è piegata al miglior soddisfacimento dei creditori concorsuali.

⁸ Trib. Bologna, decr. 3 dicembre 2013, con cui il Tribunale di Bologna ha omologato il concordato preventivo La Perla S.r.l. in liquidazione, reperibile su www.ilportalededicreditori.it.

– la competitività e la contendibilità delle offerte in qualsiasi fase della procedura concordataria, ivi compresa quella anteriore al deposito del piano di concordato (c.d. “fase pre-concordataria”) e quella anteriore all’omologazione (c.d. “fase ante-omologa”);

– l’obbligo di pubblicizzazione dell’offerta d’acquisto pervenuta al debitore.

Il contenuto di questa disposizione di legge, come si avrà modo di constatare nel prosieguo, ha trovato pure conferma nell’art. 91 del D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e ss. mm. ii. (c.d. Codice della Crisi dell’Impresa e dell’Insolvenza, d’ora in avanti anche “CCI”): non si è soltanto ribadita la *ratio* sottesa all’intervento del legislatore del 2015, ma essa è stata addirittura rafforzata, mediante alcune rilevanti modifiche mutate da prassi giurisprudenziali ed orientamenti dottrinali. Il raffronto con questo corpo normativo, di recentissima entrata in vigore, appare utile sia ai fini della comprensione ed evoluzione della disciplina dell’istituto, che in un’ottica di ormai imminente applicazione.

2. Il perimetro di applicabilità dell’istituto

Il perimetro dell’istituto delle offerte concorrenti – che opera senza alcun *discrimen* tra le varie tipologie di concordato preventivo (in continuità diretta e/o indiretta, liquidatorio)⁹ – è delineato nel 1° e 5° comma dell’art. 163-*bis* L. Fall. La tecnica di redazione normativa utilizzata per questa disposizione ha dato adito a non pochi dubbi interpretativi e sotto svariati profili. Una parte di queste criticità sono state affrontate e superate dalla nuova versione dell’istituto declinata dall’art. 91 CCI, di cui si farà cenno in modo sistematico nel prosieguo.

Il primo requisito di operatività è di carattere soggettivo: l’offerta deve provenire da un soggetto certo e ben individuato¹⁰, così che il Tribunale abbia la possibilità di vagliare la serietà e la solvibilità dell’offerente originario¹¹ e di non aprire la procedura competitiva pure al cospetto di offerte frivole¹².

⁹ V. Trib. Monza, decr. 17 maggio 2016 e Trib. Forlì, decr. 3 febbraio 2016, pronunce entrambe reperibili su www.ilcaso.it.

¹⁰ Una grande parte della giurisprudenza di merito esclude, quindi, la possibilità che l’istituto di cui all’art. 163-*bis* L. Fall. possa operare in presenza di una offerta per persona da nominare. Sul punto v. Trib. Modena, decr. 19 aprile 2016, Trib. Mantova, decr. 11 agosto 2016, Trib. Forlì, decr. 3 febbraio 2016, tutte reperibili su www.ilcaso.it e Trib. Padova, decr. 15 ottobre 2015, reperibile su www.fallimentiesocieta.it.

¹¹ D’altronde, nel caso in cui la procedura competitiva venisse aperta dal Tribunale, ma non giungessero offerte concorrenti, verrebbe recuperata quella originaria.

¹² F. BORTOLOTTI-L. MANDRIOLI, “*Le offerte concorrenti nel concordato preventivo: questioni*

Il secondo requisito ha natura oggettiva. Nel piano di concordato (art. 161, 2° comma, lett. e), L. Fall.) deve essere presente l’offerta di un terzo, finalizzata ad ottenere, anche prima dell’omologazione, il trasferimento dell’azienda, di uno o più rami di quest’ultima o di specifici *assets* della stessa a fronte di una controprestazione in denaro o, come modificato in via estensiva in sede di conversione della miniriforma, a fronte di una controprestazione a titolo oneroso¹³.

La disposizione concepita originariamente, poi, circoscriveva l’operatività dell’istituto qui trattato alle sole ipotesi in cui nel piano di concordato fosse inserita un’offerta formulata da un terzo, avente ad oggetto il trasferimento immediato dell’azienda, di un ramo d’azienda o di specifici *assets* aziendali di considerevole valore. Pure in questo caso, però, al momento della conversione del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, il legislatore ha allargato il campo d’azione dell’art. 163-*bis* L. Fall. ed ha previsto che la disposizione *de qua* debba trovare applicazione anche quando il debitore, pure in una fase antecedente all’apertura del concorso dei creditori, abbia concluso con un terzo un contratto avente la finalità del trasferimento non immediato dell’azienda, di un ramo d’azienda o di specifici *assets*¹⁴. L’ipotesi più frequente nella prassi – e probabilmente era proprio questa che il legislatore voleva “colpire” – è quella del contratto preliminare di vendita d’azienda, di ramo d’azienda o di specifici beni, concluso dal debitore in data anteriore all’apertura della procedura concordataria¹⁵. In tali casi, dunque, l’inclusione del contratto preliminare nel piano di concordato implicherà l’obbligo di attivare la procedura competitiva e, come evidenziato da autorevolissima dottrina¹⁶, l’efficacia di tale negozio giuridico resterà “sospesa” sino all’esito della procedura *ex art.* 163-*bis* L. Fall.

controverse (Parte II)”, in *Fall.*, 1, 2019, p. 112; G. TARZIA, “Intervento di terzi, proposte e offerte concorrenti nel concordato preventivo”, in *Fall.*, 10, 2020, p. 1296; Trib. Modena, decr. 19 Aprile 2016, reperibile in www.ilcaso.it.

¹³ L’applicabilità dell’istituto delle offerte concorrenti, infatti, si estende anche ai casi in cui l’offerta originaria contempli una controprestazione onerosa diversa (anche solo in parte) dal corrispettivo in denaro: ad esempio, l’acquisto da parte del terzo offerente dei debiti del proponente, la cessione di crediti o una *datio in solutum*.

¹⁴ G. TARZIA, cit., 1296, nel quale l’A., con interpretazione rigorosa del dettato normativo, esclude l’applicabilità dell’istituto relativamente agli acquisti dei beni in blocco (ad esempio, il magazzino) in quanto beni privi del carattere della specificità.

¹⁵ V. Trib. Monza, decr. 17 maggio 2016 e Trib. Alessandria, decr. 18 gennaio 2016, pronunce entrambe reperibili su www.ilcaso.it, secondo le quali il pregresso incontro della volontà negoziale tra debitore e terzo risulta inefficace ed inopponibile alla massa dei creditori, di guisa che l’art. 163-*bis* L. Fall. si applichi a tutti i contratti preliminari finalizzati alla cessione. *Contra* Trib. Massa, decr. 8 marzo 2021, sempre reperibile su www.ilcaso.it, con il quale il Tribunale, facendo leva sulla “particolare stabilità” del contratto di preliminare di compravendita trascritto in data antecedente alla domanda di concordato, avente ad oggetto un immobile destinato a sede principale dell’attività del promissario acquirente e stipulato a “giusto prezzo”, ha deliberato di non aprire la procedura competitiva sulla vendita attuativa del contratto preliminare *de quo*.

¹⁶ A. NIGRO-D. VATTERMOLI, cit., p. 377, in cui gli AA. affermano che, per effetto dell’ammiss-

In ordine allo specifico profilo dell'applicabilità della procedura competitiva al contratto preliminare di vendita, l'art. 91, comma 2, CCI ha chiarito in modo perentorio la portata applicativa della disposizione, prevedendo espressamente che "(...) *la medesima disciplina* [n.d.r. la disciplina della procedura competitiva dettata dall'art. 91, 1° comma, CCI] *si applica quando, prima dell'apertura della procedura di concordato, il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni aziendali.* (...)". Il legislatore del CCI, quindi, da un lato specifica in modo espresso che la procedura competitiva debba trovare applicazione al cospetto di contratti preliminari di vendita conclusi dal debitore e dal terzo in un momento antecedente a quello dell'apertura del concordato preventivo; e, da un altro lato, stabilisce che in presenza di un contratto preliminare di vendita di "specifici beni" (ovviamente, sempre concluso in data antecedente all'apertura del concordato preventivo), la procedura competitiva dovrà essere avviata solamente quando tali *assets* rientrino nel perimetro dell'azienda del proponente e non anche quando oggetto del contratto preliminare di vendita siano beni prodotti dall'impresa¹⁷ (si pensi, in particolare, a contratti preliminari aventi ad oggetto beni immobili costruiti da società operanti nel settore immobiliare).

Un profilo che non può in alcun modo essere trascurato nella disamina dell'alveo operativo dell'istituto delle offerte concorrenti è quello relativo alle fasi della procedura concordataria in cui questo può spiegare effetti. Non sembra, infatti, revocabile in dubbio che l'operatività dell'art. 163-*bis* L. Fall. (e dell'art. 91 CCI) risenta delle scansioni temporali proprie della procedura di concordato preventivo, dovendo il procedimento competitivo delle offerte concorrenti concludersi in tempo utile per consentire al debitore proponente di "(...) *modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara.* (...) "¹⁸ e, quindi, far sì che l'adunanza dei creditori possa esprimere il proprio voto sulla proposta concordataria definitiva. D'altronde, il risultato della gara competitiva, nella maggior parte dei casi, ricopre un ruolo di particolare rilevanza nel piano di concordato (in punto di cri-

sione del debitore al concordato preventivo, i contratti preliminari incorrono in una inefficacia temporanea, destinata a cessare ove non pervengano offerte migliorative o a diventare definitiva ove offerte migliorative, invece, giungano.

¹⁷ Sul punto, si ritiene utile menzionare Trib. Livorno, decr. 11 maggio 2016, reperibile su www.ilcaso.it, con cui il Tribunale, svariati anni fa, già aveva messo in discussione l'applicabilità *tout court* dell'istituto ai contratti preliminari di vendita di singoli beni aziendali, optando per l'inoperatività della procedura competitiva quando oggetto del contratto preliminare di vendita siano beni ricollegabili alla normale attività dell'impresa. *Contra*, Trib. Udine, decr. 15 ottobre 2015, reperibile sempre su www.ilcaso.it.

¹⁸ A. NIGRO-D. VATTERMOLI, cit., p. 377, in cui gli AA. rilevano come tale disposizione sia un'ulteriore dimostrazione della linea volta alla compressione dell'autonomia privata che ha connotato la miniriforma del 2015.

teri distributivi del maggior ricavato rispetto all'offerta originaria) e sulla proposta di concordato (in punto di percentuali di soddisfacimento)¹⁹. La stessa norma, non a caso, prevede che “(...) *la gara (...) deve concludersi prima dell'adunanza dei creditori, anche quando il piano prevede che la vendita o l'aggiudicazione abbia luogo dopo l'omologazione (...)*”²⁰.

Peraltro, la circostanza che l'istituto delle offerte competitive abbia un perimetro di operatività strettamente collegato al profilo temporale e alla sussistenza di determinati requisiti fissati dalla stessa disposizione di legge non implica l'assenza, nelle altre ipotesi o fasi del concordato preventivo, di regole e procedimenti comunque improntati alla competitività e alla contendibilità. Nei casi in cui, infatti, non risulti applicabile la norma speciale dettata dall'art. 163-bis L. Fall. (art. 91 CCI)²¹ – e si pensi, ad esempio, alle ipotesi in cui il debitore proponente abbia previsto nel piano concordatario la necessità di alienare l'azienda, rami d'azienda o *assets* aziendali senza aver raccolto un'offerta avente i requisiti richiesti dall'art. 163-bis L. Fall.; a quelle in cui l'offerta presentata da un terzo abbia i requisiti previsti dall'istituto delle offerte concorrenti ma sia pervenuta al debitore proponente in una fase successiva all'adunanza dei creditori; a quelle in cui il piano abbia dato conto di varie offerte provenienti da diversi soggetti interessati²² – la competitività è garantita dalla norma generale di cui all'art. 182, 5° comma, L. Fall. (art. 114, 4° comma, CCI),

¹⁹ F. BORTOLOTTI-L. MANDRIOLI, “*Le offerte concorrenti nel concordato preventivo: la disciplina dell'art. 163-bis l.fall. (Parte I)*”, cit., p. 1332.

²⁰ F. LAMANNA, “*La Miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il Decreto “Contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento*”, reperibile in www.ilfallimentarista.it, nel quale l'A. spiega come “vendita” ed “aggiudicazione” siano termini utilizzati con accezioni diverse: il primo con riferimento alla vendita in favore di colui che ha formulato l'offerta originaria o l'unica offerta concorrente, mentre il secondo con riferimento all'offerta concorrente che sia risultata vincente all'esito della gara competitiva.

²¹ Senza pretesa di esaustività su un istituto meritevole di separato approfondimento, si segnalano perplessità sulle modalità con cui, nell'ambito del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'art. 25-sexies CCI (da ultimo modificato dal D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83) verrà assicurato il rispetto dei principi di competitività e di contendibilità dell'offerta. L'art. 25-septies, 2° comma, CCI, infatti, si limita a stabilire che il liquidatore giudiziale “(...) *verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato (...)*” debba dare esecuzione all'offerta – contenuta nel piano di liquidazione – proveniente da “(...) *un soggetto individuato, avente ad oggetto il trasferimento in suo favore dell'azienda, di un ramo d'azienda o di specifici beni (...)*”.

²² V. Trib. Roma, decr. 19 maggio 2017, reperibile in www.ilcaso.it, secondo il quale, in presenza di un piano di concordato che dia conto della presenza di varie offerte per l'acquisto dell'azienda o di altri beni formulate da soggetti interessati all'acquisto, ma nel cui contesto il proponente dichiara di voler comunque dare corso alla liquidazione di detti cespiti mediante gara competitiva, non vi è ragione di fare applicazione della disciplina speciale delle offerte concorrenti di cui all'art. 163-bis L. Fall., la quale deve ritenersi applicabile esclusivamente nel caso in cui il piano preveda, quale sua specifica modalità di attuazione, il trasferimento anche non immediato del bene in favore di un soggetto offerente già individuato.

il quale rinvia alla disciplina della vendita competitiva in ambito fallimentare²³ (da art. 105 ad art. 108-ter L. Fall. e da art. 214 ad art. 219 CCI). In altri termini, in forza del criterio di specialità, la disposizione generale di cui all'art. 182, 5° comma, L. Fall. troverà applicazione ogniqualvolta non risulti applicabile la norma speciale delle offerte concorrenti ex art. 163-bis L. Fall. (art. 91 CCI).

L'ultimo comma dell'art. 163-bis L. Fall., poi, consente di definire la sfera applicativa dell'istituto delle offerte concorrenti. Si è già accennato, infatti, che al ricorrere dei requisiti oggettivo e soggettivo previsti dalla norma, l'istituto delle offerte concorrenti trova sicura applicazione nella c.d. fase "ante omologa", ossia in quei casi in cui il debitore proponente abbia ricevuta un'offerta d'acquisto conforme alla norma in esame e l'abbia inserita nel piano concordatario. L'introduzione della cessione ante-omologa/esecuzione deve ritenersi, tra l'altro, una delle innovazioni sistematiche più significative nel panorama della legislazione concorsuale in materia di concordato preventivo. Invero, la possibilità di strutturare una proposta concordataria fondata anche sulle c.d. "vendite anticipate" (una vendita, in altri termini, il cui perfezionamento non è subordinato all'omologazione del concordato preventivo e ai relativi tempi di attesa) ha permesso la rapida ed efficiente circolazione dell'azienda e dei beni aziendali, l'ottimizzazione dell'attivo concordatario e, quindi, la preservazione dell'integrità e del valore dell'azienda, con innegabile aumento della prospettiva di *recovery* dei creditori concorrenti.

Ciò detto, l'ambito di operatività della disciplina delle offerte concorrenti deve essere esteso, attraverso il rinvio operato dall'ultimo comma dell'art. 163-bis L. Fall. agli atti da autorizzare ai sensi dell'art. 161, 7° comma, L. Fall., anche alla fase c.d. "pre-concordataria"²⁴, ossia a quell'arco temporale ricompreso tra il deposito della domanda di concordato e il decreto di ammissione da parte del Tribunale, tendenzialmente riconducibili ad atti dismissivi indifferibili (come nell'ipotesi di concordato "in bianco" ex art. 161, 5° comma, L. Fall.)²⁵. Con particolare riguardo

²³ V. Trib. Bolzano, decr. 17 maggio 2016, reperibile in www.ilcaso.it, in cui si colgono le diversità di presupposti e caratteristiche delle due procedure competitive. L'art. 163-bis L. Fall., come già evidenziato, presuppone un'offerta di un soggetto individuato, inserita dal debitore proponente nel piano concordatario, il cui contenuto economico sarà posto a fondamento del decreto d'apertura del procedimento competitivo del Tribunale. L'art. 182, 5° comma, L. Fall., invece, opera in qualsiasi fase della procedura concordataria, allorquando sia intenzione del debitore procedere all'alienazione di *assets* aziendali ma nel piano concordatario non vi sia alcuna offerta da parte di un soggetto individuato. In tali casi si ricorre ad una perizia di stima di un tecnico e, in caso di gara deserta, si ricorre al meccanismo dei nuovi tentativi di vendita con ribasso di prezzo.

²⁴ V. Trib. Treviso, decr. 28 giugno 2017 e Trib. Palermo, decr. 4 maggio 2016, entrambi reperibili in www.ilcaso.it, dai quali emerge come il profilo dell'urgenza dell'atto dispositivo sia tendenzialmente legato a quei casi in cui la prolungata conservazione di *assets* ne riduca il valore per rapida obsolescenza o comportamenti notevoli costi di conservazione.

²⁵ G. TARZIA, cit, p. 1296; G. B. NARDECCHIA, *La cessione competitiva dell'azienda*, in *Fall.*, 4, 2017, p. 454.

a tale ultimo profilo, l'applicazione della disciplina speciale di cui all'art. 163-*bis* L. Fall. alla fase preconcordataria si ha solamente nell'ipotesi in cui gli atti di straordinaria amministrazione dell'imprenditore siano effettivamente caratterizzati dal profilo dell'urgenza²⁶, della cui consistenza e della cui compatibilità col futuro piano concordatario il debitore proponente dovrà fornire adeguata informazione al Tribunale²⁷. Diversamente – e ciò al pari dell'ipotesi in cui manchi l'elemento soggettivo e/o oggettivo di cui all'art. 163-*bis* L. Fall. – gli atti di straordinaria amministrazione privi di tale carattere saranno inseriti nel piano concordatario e sottoposti alla disciplina generale del concordato preventivo che, con riferimento agli atti dismissivi, trova collocamento agli art. 182 L. Fall. e da 104 a 108-*ter* L. Fall. e che, seppur con caratteristiche procedurali più gravose, è sempre improntata alla competitività²⁸.

Si deve ritenere, dunque, che l'intento del legislatore è stato indubbiamente quello di garantire l'applicabilità dei principi di pubblicità e contendibilità, vuoi attraverso l'istituto delle offerte concorrenti, vuoi attraverso il rinvio alle disposizioni in materia di vendite fallimentari, in ogni fase del concordato preventivo. E, con particolare riferimento al procedimento competitivo *ex art.* 163-*bis* L. Fall., il legislatore ha voluto assicurare la necessaria elasticità, snellezza e rapidità, per il fatto che l'apertura di tale gara si colloca in una fase embrionale del concordato preventivo, nella quale spesso deve essere ancora predisposto o perfezionato il piano, il cui contenuto (e il relativo vaglio d'ammissibilità da parte Tribunale) è condizionato anche e soprattutto dall'esito della gara medesima. Il legislatore del CCI conferma l'applicabilità dell'istituto delle offerte concorrenti alla fase prenotativa del concordato preventivo e ricorre ad una formula più immediata statuendo, all'art. 91, ultimo comma, che “(...) *Il presente articolo si applica, in quanto compatibile, nel caso in cui il debitore abbia chiesto l'assegnazione del termine previsto dall'articolo 44, 1° comma, lettera a). (...)*” e, dunque, anche in presenza di istanze per l'autorizzazione di atti urgenti di straordinaria amministrazione quando questi consistano in uno degli atti individuati dal 1° e 2° comma dell'art. 91 CCI e vi sia una controparte del debitore già univocamente individuata²⁹.

²⁶ V. Trib. Busto Arsizio, decr. 11 aprile 2018, reperibile in www.ilfallimentarista.it, secondo il quale è applicabile la procedura competitiva *ex art.* 163-*bis* L. Fall. in luogo di quella *ex artt.* 182 e 107 L. Fall. anche in assenza di un acquirente già individuato, poiché le disposizioni in materia di vendita fallimentari avrebbero comportato il rischio della perdita di maestranza altamente specializzata.

²⁷ A. LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, reperibile in internet al seguente indirizzo www.osservatorio-oci.org.

²⁸ D. GALLETI, *Il difficile rapporto fra l'art. 163-bis e l'art. 182 l.fall.*, reperibile in internet al seguente indirizzo www.ilfallimentarista.it.

²⁹ Così precisato nella Relazione Illustrativa al CCI, reperibile in internet all'indirizzo www.ilfallimento.it.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 163-bis L. Fall., oltre a prevedere l'applicabilità dell'istituto delle offerte concorrenti agli atti da autorizzare ex art. 161, 7° comma, L. Fall., stabilisce altresì che la disciplina delle offerte concorrenti "(...) *in quanto compatibile*³⁰ (...) " si applichi all'affitto di azienda o di uno o più rami di azienda. Senza pretesa di esaustività circa una questione, quella dell'affitto d'azienda, che ha prodotto un ampio dibattito dottrinale³¹ e giurisprudenziale³² e che risente fortemente dei casi concreti, ci si limita a sottolineare come l'utilizzo della clausola di compatibilità da parte del legislatore della miniriforma sia un chiaro indice della finalità perseguita, non quella di statuire l'applicabilità dell'istituto *de quo* all'ipotesi di affitto d'azienda (o di un ramo) finalizzato al successivo acquisto (ipotesi, questa, già ricompresa nell'art. 163-bis, 1° comma, L. Fall. e che comporterebbe l'avvio della procedura³³), ma piuttosto di estenderla all'ipotesi di affitto d'azienda (o di un ramo) "puro". D'altronde, è solamente rispetto a tale ultima vicenda negoziale che la clausola di compatibilità avrebbe una ragion d'essere nell'intento di lasciare al tribunale il potere, al ricorrere di situazioni di particolare urgenza, di non avviare la procedura competitiva e di autorizzare immediatamente l'affitto "ponte" dell'azienda (o di un suo ramo) e preservarne, così, l'integrità economica. Su questa tematica, l'ultimo periodo dell'art. 91, 1° comma, CCI, in modo essenziale e succinto, si limita a stabilire che "(...) *la stessa disciplina* (n.d.r. la disciplina delle offerte concor-

³⁰ Per approfondimenti in tema di "compatibilità" tra l'istituto delle offerte concorrenti e l'affitto d'azienda M. GREGGIO-G. VIDAL, *Un primo interessante caso di applicazione della novella di cui all'art. 163-bis l.f.*, in https://www.greggio.eu/wp-content/uploads/2018/09/163-bis-FS_Nota_Greggio_Vidal_2015_0-2.pdf.

³¹ F. BORTOLOTTI-L. MANDRIOLI, *Le offerte concorrenti nel concordato preventivo: la disciplina dell'art. 163-bis l.fall.* (Parte P', cit., p. 1334; G.B. NARDECCHIA, *La cessione competitiva dell'azienda*, cit., p. 457 s.

³² V. Trib. Bergamo, decr. 9 marzo 2021, reperibile su www.ilcaso.it, con cui il Tribunale, in un caso di offerta di affitto d'azienda di sei mesi con proposta irrevocabile d'acquisto, ha scelto di aprire la procedura competitiva sull'intero schema negoziale e non solamente sull'acquisto; Trib. Siracusa, Decreto 24 gennaio 2017, reperibile su www.ilcaso.it, con cui il Tribunale ha disposto l'apertura della procedura competitiva per la ricerca di soggetti interessati all'affitto d'azienda, in misura migliorativa rispetto a quello già stipulato dal proponente con un terzo ed inserito nella proposta concordataria; Trib. Rovigo, Decreto 24 novembre 2016, reperibile su www.ilcaso.it, con cui il Tribunale, al fine di consentire la continuazione dell'azienda e il non svilimento della stessa, ha consentito la prosecuzione dell'affitto dell'azienda già in essere ed ha disposto l'apertura della procedura competitiva unicamente sull'acquisto in forza della proposta irrevocabile d'acquisto presentata dall'affittuaria.

³³ F. BORTOLOTTI-L. MANDRIOLI, *Le offerte concorrenti nel concordato preventivo: la disciplina dell'art. 163-bis l.fall.* (Parte I), cit., p. 1334, nel quale gli AA. ritengono, in piena aderenza coi principi ispiratori della disposizione, che in caso di breve affitto d'azienda accompagnato da preliminare di vendita, la procedura competitiva dovrà essere avviata unicamente sul preliminare di vendita. Sulla base di tale insegnamento, è possibile affermare che in caso di *rent to buy* d'azienda, stante la complessità dello schema negoziale e del periodo prolungato dell'affitto, il perimetro della procedura competitiva debba ricomprendere sia l'affitto che la successiva cessione d'azienda.

renti) *si applica in caso di affitto d'azienda* “(...)”. Parlando sempre del CCI, ciò che balza immediatamente agli occhi del lettore è il venir meno della clausola di compatibilità contenuta nell'art. 163 *bis*, 7° comma, L. Fall. Tale assenza, peraltro, lungi dall'essere meramente formale, genererebbe piuttosto gravissime conseguenze di natura sostanziale poiché, pure a fronte dell'urgenza di non compromettere il valore aziendale e, quindi, l'interesse dei creditori, il procedimento competitivo dovrebbe inderogabilmente essere azionato. La riserva d'inapplicabilità che il legislatore della miniriforma aveva previsto in siffatte fattispecie per il tramite della menzionata clausola di compatibilità, nel nuovo assetto normativo, sembra trovare collocamento nel successivo art. 94, 4° e 5° comma, CCI, nei quali si legge “(...) *L'alienazione e l'affitto di azienda, di rami di azienda e di specifici beni autorizzati ai sensi del comma 2, sono effettuate tramite procedure competitive, previa stima ed adeguata pubblicità. Il tribunale, in caso di urgenza, sentito il commissario giudiziale, può autorizzare gli atti previsti al comma 5 senza far luogo a pubblicità e alle procedure competitive quando può essere compromesso irreparabilmente l'interesse dei creditori al miglior soddisfacimento. Del provvedimento e del compimento dell'atto deve comunque essere data adeguata pubblicità e comunicazione ai creditori* (...)”. In altri termini, come esposto anche nella Relazione Illustrativa al CCI, è comunque previsto che, in caso di urgenza e nel preminente interesse dei creditori, il tribunale possa autorizzare l'alienazione o l'affitto di azienda, di suoi rami o di specifici beni senza far luogo a pubblicità e alle procedure competitive³⁴, se il tempo a ciò necessario possa compromettere la massimizzazione della loro prospettiva di *recovery*. In ogni caso, molto dipenderà dal rigore con cui i tribunali interpreteranno le nozioni di “urgenza” e di “compromissione irreparabile” che il legislatore ha posto quali presupposti di deroga al generale principio di inderogabilità della procedura competitiva.

3. Le caratteristiche dell'offerta originaria

Un altro aspetto di estrema importanza, che contribuisce anche a demarcare ulteriormente il perimetro di applicabilità dell'istituto delle offerte concorrenti, è quello relativo alla natura e alle caratteristiche che l'offerta originaria deve possedere affinché la procedura competitiva debba obbligatoriamente trovare apertura. È essenziale partire dal dato letterale dell'art. 163-*bis* L. Fall., il quale permette di cogliere le ragioni del fervente dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi in questi anni ed anche le modifiche apportate dall'art. 91 CCI.

³⁴ L'unico onere sarebbe quello di dare pubblicità al provvedimento di autorizzazione ed all'atto, in modo da consentire agli interessati di contestare la decisione del tribunale mediante reclamo.

L'art. 163 *bis*, comma 2, L. Fall. recita che “(...) il decreto che dispone l'apertura del procedimento competitivo stabilisce le modalità di presentazione di offerte irrevocabili (...)” e stabilisce pure che “(...) l'offerta di cui al primo comma diviene irrevocabile dal momento in cui viene modificata l'offerta in conformità a quanto previsto dal decreto di cui al presente comma e viene prestata la garanzia stabilita con il medesimo decreto (...)”.

La lettura del dato normativo appena richiamato, almeno in un primo momento, non pareva lasciare spazio a dubbi di sorta: l'offerta concorrente doveva essere irrevocabile e conforme al contenuto del decreto d'apertura della procedura competitiva emesso dal tribunale, mentre l'offerta originaria non necessariamente.

Al riguardo, una parte della dottrina ha valorizzato il dato letterale della disposizione e il momento di stretta negozialità tra debitore e terzo in cui si colloca l'offerta originaria, escludendo che questa debba essere irrevocabile³⁵. Un'altra parte della dottrina ha assunto una posizione intermedia, ritenendo che l'offerta originaria possa non essere irrevocabile ma che, comunque, debba essere una vera e propria offerta vincolante e che non basti una mera manifestazione d'interesse³⁶. I tribunali, invece, hanno sovente ribaltato tale orientamento, discostandosi dal dato letterale della norma e privilegiando un'impostazione (condivisibile, ad avviso di chi scrive) orientata a principi di economicità. Sono, infatti, moltissimi i casi in cui la giurisprudenza ha affermato come necessario il requisito della irrevocabilità dell'offerta originaria, in modo tale da attivare la procedura competitiva solo in presenza di offerte originarie serie e scongiurare l'inutile dispendio di tempo e connessi costi³⁷. Con l'art. 91 CCI, il legislatore sembra mettere a tacere ogni contrasto dottrinale e giurisprudenziale, convergendo verso l'impostazione seguita dai tribunali. All'art. 91, 1° comma, CCI, infatti si legge “(...) Il tribunale o il giudice da esso delegato, esclusivamente quando il piano di concordato comprende un'offerta irrevocabile da parte di un soggetto già individuato (...) dispone che dell'offerta stessa sia data idonea pubblicità al fine di acquisire offerte concorrenti. (...)”.

³⁵ G. TARZIA, *op. cit.*, p. 1299; G. BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, http://www.fallimentiesocieta.it/sites/default/files/F%26S_Saggio_Bozza_2015_II.pdf, p. 80; P.G. CECCHINI, *Concordato preventivo: le offerte concorrenti al microscopio*, in *Dir. fall.*, 5, 2016, p. 1182; G.B. NARDECHIA, *La cessione competitiva dell'azienda*, *cit.*, p. 456.

³⁶ A. LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, in S. AMBROSINI (dir. da), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, Bologna, 2017, p. 353; PANZANI, *La liquidazione dei beni nel fallimento e nel concordato*, in *Fall.*, 11, 2017, p. 1137; PISCITELLO, *Riflessioni su concordati “predatori” ed offerte concorrenti*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2020, p. 760; M. AIELLO, *Il controverso perimetro applicativo delle procedure competitive*, *cit.*, p. 79, laddove l'A. dà atto che ormai molti tribunali sono orientati a ritenere inammissibili per difetto di fattibilità i piani e le proposte di concordato che prospettino cessioni di complessi aziendali senza l'allegazione di un vero e proprio impegno vincolante da parte del terzo.

³⁷ V. Trib. Bolzano, decr. 17 maggio 2016, Trib. Modena, decr. 19 aprile 2016 e Trib. Forlì, decr. 3 febbraio 2016, pronunce tutte reperibili in www.ilcaso.it.

In altri termini, l'offerta originaria deve essere irrevocabile, così da garantire che la procedura competitiva, anche in ipotesi di esito infruttuoso per assenza di interesse del mercato³⁸, sfoci almeno nella vendita all'offerente originario³⁹. Il CCI, invece, è rimasto silente rispetto al dibattito sulla necessità (o meno) che l'offerta originaria sia supportata da idonea garanzia⁴⁰ e sulla possibilità che la sua efficacia possa (o meno) esser condizionata ad un evento futuro ed incerto⁴¹. Nel silenzio del dato normativo, comunque, pare potersi ritenere possibile presentare un'offerta originaria non garantita e condizionata, se non altro perché il legislatore dell'ultima riforma, se avesse inteso vietarlo, sarebbe intervenuto in modo espresso come fatto con l'introduzione del requisito della irrevocabilità. Ovviamente, ciò è possibile fin tanto che l'offerente originario non decida di partecipare al procedimento competitivo: perché dopo tale momento l'offerta iniziale dovrà giocoforza essere adeguata a quanto stabilito dal decreto d'apertura della procedura competitiva, secondo quanto prescritto dagli artt. 163-*bis*, 2° comma, L. Fall. e 91, 4° e 6° comma, CCI e, quindi, essere garantita e incondizionata, pena l'inefficacia.

4. La disciplina della procedura competitiva

La disciplina della procedura competitiva trova collocamento normativo nel 2° e 3° comma dell'art. 163-*bis* L. Fall. Il tribunale, in composizione collegiale, una vol-

³⁸ Sul punto, è opportuno fare un breve cenno a quanto si dirà in modo più approfondito nelle pagine successive. L'art. 91, 3° comma, CCI ha introdotto anche una relevantissima modifica dell'*iter* procedimentale delle offerte competitive che riduce fortemente il rischio di esito infruttuoso della procedura. Il tribunale, infatti, appurata l'esistenza di un'offerta eleggibile nella proposta concordataria, prima di avviare la procedura competitiva, deve procedere alla pubblicizzazione della proposta stessa, al fine di raccogliere preliminari manifestazioni di interesse che giustifichino, per l'appunto, l'emissione del decreto d'apertura. In questo modo, si evita l'espletamento di una gara il cui esito sarà con ogni probabilità negativo.

³⁹ V. Trib. Bolzano, decr. 17 maggio 2016, reperibile in www.ilcaso.it, con cui il tribunale aveva già adottato l'impostazione oggi confermata a livello legislativo dall'art. 91, 1° comma, CCI.

⁴⁰ V. Trib. Alessandria, decr. 22 marzo 2016, reperibile in www.ilcaso.it, secondo il quale, diversamente da quanto sostenuto da buona parte della dottrina, è inammissibile l'offerta originaria se non è accompagnata da alcuna garanzia. Sul punto, G.B. NARDECCHIA, *La cessione competitiva dell'azienda*, cit., p. 456.

⁴¹ P.G. CECCHINI, *Concordato preventivo: le offerte concorrenti al microscopio*, cit., p. 1185, laddove l'A. afferma che la previsione di condizioni da parte dell'offerente originario rientra nella normale libertà negoziale; v. Trib. Ravenna, decr. 27 novembre 2015, pronuncia reperibile in www.ilcaso.it, nella quale si afferma che è possibile che l'offerta originaria sia condizionata all'omologazione del concordato preventivo. *Contra* v. Trib. Alessandria, decr. 22 marzo 2016, reperibile su www.ilcaso.it, in cui si statuisce che l'offerta originaria condizionata è inammissibile.

ta riscontrato l'inserimento nel piano di concordato di un'offerta dotata dei requisiti già esaminati nel § 2 del presente scritto, dispone con decreto l'apertura del procedimento competitivo. Sul punto, è opportuno – ancora una volta – evidenziare che al ricorrere dei presupposti previsti dalla legge, l'attivazione e l'esperimento della procedura competitiva sono obbligatori, essendo tale norma imperativa ed inderogabile⁴². Il tribunale, anche sulla base delle specificità dei singoli casi e nell'ambito del potere organizzativo e di indirizzo riconosciutogli, stabilisce:

– la modalità di presentazione delle offerte, intesa come forme (ad es. busta chiusa con all'esterno un nome di fantasia per garantire la massima segretezza), tempo (termine entro il quale l'offerta può essere presentata) e luogo (ad es. cancelleria del tribunale o studio del commissario giudiziale), le quali dovranno essere conformi alle statuizioni del decreto ed essere consegnate in modo segreto (e restare tali sino alla data fissata per l'apertura), pena l'inefficacia;

– i requisiti di partecipazione degli offerenti, tendenzialmente utili a scongiurare la partecipazione di soggetti che, ad esempio, si trovino in stato di liquidazione o di insolvenza, o che siano sottoposti a procedure concorsuali, o, secondo una parte della dottrina, riconducibili al debitore proponente⁴³;

– le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti, nonché le limitazioni al loro utilizzo e le modalità di divulgazione da parte del commissario giudiziale;

– la data dell'udienza fissata per l'apertura e l'esame delle offerte, la quale si terrà alla presenza degli offerenti⁴⁴ e di qualunque soggetto interessato (da intendersi, quindi, limitatamente al debitore, al Commissario Giudiziale e all'offerente

⁴² V. Trib. Ravenna, decr. 27 novembre 2015, reperibile su www.ilcaso.it, con cui il tribunale ha affermato che la procedura competitiva di cui all'art. 163-bis L. Fall. è norma di carattere inderogabile e che, pertanto il debitore proponente deve provvedere a modificare la proposta concordataria ogniqualvolta le tempistiche dell'offerta originaria sono così stringenti da non permettere la pubblicizzazione di quest'ultima e l'espletamento della procedura competitiva; Trib. Lucca, decr. 5 gennaio 2021, reperibile sempre su www.ilcaso.it, con cui il tribunale ha dichiarato inammissibile la proposta concordataria (anche) poiché strutturato in modo tale da eludere la concreta applicabilità dell'istituto delle offerte concorrenti e, quindi, lesivo del principio di ordine pubblico economico della necessaria collocazione dei beni aziendali mediante procedimento competitivo.

⁴³ F. LAMANNA, *Speciale Decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie"*, cit., par. 3. Sul punto, in realtà, non può escludersi che anche la partecipazione alla procedura competitiva da parte di un soggetto riconducibile indirettamente al debitore proponente possa assicurare il miglior soddisfacimento del ceto creditorio.

⁴⁴ G. BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit., p. 97 e F. LAMANNA, *Speciale Decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie"*, cit., par. 3, secondo i quali la presenza degli offerenti resterebbe meramente facoltativa e, quindi, la loro assenza non dovrebbe pregiudicare l'iter competitivo atteso che questa non sarebbe qualificabile come rinuncia implicita all'offerta. Si annota, tuttavia, che nella prassi sovente i tribunali richiedono la presenza personale degli offerenti o per il tramite di un rappresentante munito di procura notarile.

originario, non essendo più ammissibile, in tale fase, la proposizione di offerte da parte di nuovi soggetti) e nel corso del quale il Tribunale opererà le valutazioni del caso in ordine all'ammissibilità e alla comparabilità delle stesse, quindi, ne apprezzerà il carattere "migliorativo" o meno;

– le modalità di svolgimento della procedura competitiva che, in caso di presenza di almeno due offerte ammissibili e migliorative rispetto a quella dell'offerente originario, dovrà necessariamente proseguire nelle forme di una gara a "rilancio minimo" tra i partecipanti (il contenuto del rilancio minimo deve essere preventivamente individuato dal Tribunale nel decreto d'apertura della procedura competitiva);

– le garanzie che gli offerenti devono prestare, le quali possono essere fissate dal tribunale anche in misura più gravosa rispetto a quelle presentate dall'offerente originario⁴⁵;

– le forme di pubblicità del decreto d'apertura, con la specificazione che la pubblicazione sul portale delle vendite pubbliche ex art. 490 c.p.c. è sempre necessaria⁴⁶, ma che, in aggiunta, il tribunale può disporre l'uso di altri canali di divulgazione (di solito, siti web specializzati e quotidiani);

– l'aumento minimo (non rilancio) del corrispettivo che le offerte concorrenti devono avere rispetto a quella originaria che, secondo la prassi più ragionevole e consolidata, è tendenzialmente pari all'importo necessario a coprire le spese del procedimento competitivo⁴⁷, così da scongiurare ipotesi di antieconomicità⁴⁸.

⁴⁵ A. AZZARÀ, *Le offerte concorrenti nel concordato preventivo: analisi dell'articolo 163-bis della legge fallimentare*, su <https://www.dirittobancario.it/art/le-offerte-concorrenti-concordato-preventivo-analisi-articolo-163-bis-legge-fallimentare>, nel quale l'A. spiega che le garanzie imposte agli offerenti concorrenti potrebbero essere prestate per cauzioni, per coprire le spese della procedura, ovvero per rimborsare all'offerente originario le spese e i costi sostenuti nella misura del 3% del corrispettivo indicato.

⁴⁶ V. Trib. Bolzano, decr. 17 maggio 2016, reperibile in www.ilcaso.it, in cui il tribunale afferma che nella disciplina delle offerte concorrenti è escluso l'obbligo di pubblicare la vendita almeno trenta giorni prima dell'inizio della procedura, in modo da garantire elasticità, snellezza e rapidità alla procedura competitiva.

⁴⁷ F. BORTOLOTTI-L. MANDRIOLI, *Le offerte concorrenti nel concordato preventivo: la disciplina dell'art. 163-bis l.fall. (Parte I)*, cit., p. 1338, nel quale gli AA. ritengono controverso se l'aumento minimo possa estrinsecarsi unicamente in un aumento del prezzo (come sostenuto in giurisprudenza, v. Trib. Udine, decr. 15 ottobre 2015 e Trib. Modena, decr. 19 aprile 2016, entrambi reperibili in www.ilcaso.it) o se, invece, possa tradursi anche in una diversa modalità di pagamento come, ad esempio, il versamento immediato del totale del prezzo in luogo di una dilazione.

⁴⁸ V. Trib. Bolzano, decr. 17 maggio 2016, reperibile in www.ilcaso.it, il quale afferma che il tribunale sarà obbligato a stabilire l'aumento minimo per consentire la presentazione di offerte migliorative rispetto a quella originaria, ma che è auspicabile la determinazione di un aumento esiguo, in modo da incidere il meno possibile sull'autonomia negoziale delle parti, tenuto conto che il debitore proponente non è spossessato del proprio patrimonio. Si annota, tuttavia, che alcuni tribunali, come quello di Bolo-

5. Il decreto d'apertura, il potere conformativo del tribunale e il (complesso) bilanciamento tra natura privatistica e natura pubblicistica del concordato preventivo

Il decreto d'apertura del tribunale, inoltre, deve delineare chiaramente la struttura e il contenuto dell'offerta concorrente e fissare elementi obiettivi, così da raggiungere un buon grado di standardizzazione che ne favorisca la comparabilità e, quindi, l'obiettiva individuazione dell'offerta migliore. Come può facilmente intuirsi, la costruzione di uno schema di gara che si incentri sul prezzo più elevato è la scelta che consente di ridurre al minimo l'ingerenza dell'intervento giurisdizionale e il vaglio del giudice delegato sulla "convenienza" delle offerte⁴⁹. Tale considerazione, peraltro, è strettamente legata ad una delle questioni più controverse dell'istituto, quella relativa al livello di ingerenza dei poteri del tribunale⁵⁰: se quest'ultimo debba limitarsi a recepire nel suo provvedimento l'offerta già pervenuta e indicare semplicemente le condizioni per partecipare alla gara o se, nell'ottica di garantire la migliore *recovery* possibile in favore del ceto creditorio e la comparabilità tra le offerte, possa spingersi sino al punto di stabilire autonomamente un modello di offerta, cui tutti gli offerenti devono adeguarsi⁵¹.

gna, hanno seguito una prassi diversa, come quella di fissare il prezzo base in misura pari all'offerta originaria, senza apportare alcun aumento minimo, al fine di aumentare il numero di partecipanti alla procedura (per approfondimenti si veda P.G. CECCHINI, *Concordato preventivo: le offerte concorrenti al microscopio*, cit., p. 1181).

⁴⁹ G. SAVIOLI, *Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa. Le innovazioni del D.L. 83/2015 per la procedura di concordato preventivo*, su https://blog.ilcaso.it/news_457/30-10-15/Concorrenza_nel_mercato_e_per_il_mercato_delle_crisi_d%E2%80%99impresa_Le_innovazioni_del_DL_83-2015_per_la_procedura_di_concordato_preventivo, p. 5. *Contra* M. GREGGIO-G. VIDAL, *Un primo interessante caso di applicazione della novella di cui all'art. 163-bis l.f.*, cit., ove gli AA. affermano che sarebbe opportuno, al fine di evitare che la procedura competitiva non si riduca ad una mera competizione sul prezzo, stabilire *ex ante* criteri e punteggi per la valutazione delle offerte; G. BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit., p. 99, il quale, pur ravvisando l'esistenza di limitazioni, ritiene i poteri del tribunale molto ampi.

⁵⁰ F. BORTOLOTTI-L. MANDRIOLI, *Le offerte concorrenti nel concordato preventivo: la disciplina dell'art. 163-bis l.fall. (Parte I)*, cit., p. 1340, nel quale gli AA. sottolineano come il potere conformativo del tribunale debba essere esercitato ogni volta in cui l'offerta originaria o il contratto contengano clausole in contrasto con norme imperative o, comunque, che diminuiscano l'appetibilità del bene o ostacolino la proficua competizione sullo stesso, avendo quale limite invalicabile previsioni contenute nel piano predisposto dal ricorrente; v. anche Trib. Ravenna, decr. 27 novembre 2015 e Trib. Lucca, decr. 5 gennaio 2021, entrambe reperibili su www.ilcaso.it.

⁵¹ D. GALLETI, *I rilevanti poteri del giudice nella disciplina delle offerte concorrenti*, in www.ifallimentarista.it, 23 maggio 2016, nel quale l'A. afferma che il potere discrezionale del tribunale assume un ruolo decisivo in tutte quelle ipotesi in cui il debitore proponente o, comunque, il terzo offerente, abbiano strutturato l'operazione negoziale in termini più o meno infungibili, così da eludere

A questo proposito, una risposta può essere rinvenuta nei lavori preparatori al disegno di legge di conversione del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, laddove si coglie in modo incontrovertibile la volontà del legislatore: aumentare il valore di realizzazione dell'*asset* aziendale (con migliore soddisfazione dei creditori), senza però alterare in modo sostanzialmente rilevante il piano di concordato⁵² e, quindi, metterne a rischio la fattibilità e comprimere esasperatamente il fondamento privatistico dell'istituto del concordato preventivo⁵³.

In verità, come rilevato da autorevole dottrina⁵⁴, l'introduzione di tale istituto sembra aver acuito ancora di più la già forte tendenza a "fallimentarizzare" il concordato preventivo, attraverso la procedimentalizzazione di meccanismi finalizzati alla liquidazione del patrimonio del proponente. Un risultato, questo, perlopiù determinato dalla (sempre più) vigorosa tendenza a tutelare il creditore, con conseguente e inevitabile frustrazione della natura negoziale del concordato preventivo e dilatazione della fase "pre-decisionale".

Orbene, nel contesto appena delineato, può risultare decisivo l'ausilio del pre-commissario giudiziale, il cui ruolo gli consente di accedere e raccogliere ogni utile informazione presso gli estensori della domanda di concordato e presso l'offerente originario e, così, assicurare concretamente il rispetto del principio di competitività senza che il potere di intervento del tribunale intacchi oltremodo il carattere negoziale che dovrebbe contraddistinguere il procedimento⁵⁵.

Ad ogni modo, il bilanciamento tra autonomia negoziale del debitore proponente ed interesse pubblico alla migliore e più efficiente allocazione dei beni non è di

l'operatività dell'istituto delle offerte concorrenti; D. GALLETTI, *Tre esercizi sulle offerte concorrenti nel nuovo concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, 27 ottobre 2016; D. GALLETTI, *Ancora sulle elusioni dell'art. 163-bis l.fall.*, in www.ilfallimentarista.it, 9 gennaio 2018; e G. BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit., p. 88.

⁵² F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, Milano, 2015, p. 46, nel quale l'A. specifica che, in ipotesi di offerta migliorativa basata unicamente sull'aumento del prezzo d'acquisto, il debitore proponente debba comunque adeguare il piano e la proposta di concordato alla migliore *recovery* realizzata.

⁵³ V. Trib. Alessandria, decr. 22 marzo 2016, in www.ilcaso.it, secondo il quale il potere del tribunale di stabilire dettagliatamente il contenuto delle future offerte concorrenti non deve stravolgere le caratteristiche o il contenuto dell'offerta originaria, ma solo specificarlo ed integrarlo relativamente ai profili fissati nell'art. 163-bis L. Fall., senza svilire la natura negoziale del procedimento. In dottrina, perviene a simili conclusioni A. LA MALFA, *Le offerte concorrenti*, cit.

⁵⁴ F. GUERRERA, *L'esecuzione 'forzata' del concordato preventivo nell'art. 185 L. Fall.*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali*, in ricordo di Michele Sandulli, Torino, 2019, p. 403 s., laddove l'A. rileva come sia sempre più netta e preoccupante la tendenza alla "fallimentarizzazione" del concordato preventivo, con ciò alludendo all'introduzione, con la disciplina delle "offerte concorrenti", di dinamiche liquidatorie proprie delle vendite forzate, ben lungi dalla negozialità dello strumento.

⁵⁵ P.G. CECCHINI, *Concordato preventivo: le offerte concorrenti al microscopio*, cit., p. 1190.

sempre agevole concretizzazione e deve essere compiuto caso per caso⁵⁶. Basti pensare, infatti, a tutte quelle ipotesi in cui il debitore strutturi operazioni complesse tramite articolati schemi negoziali, potenzialmente finalizzati ad eludere e a neutralizzare l'operatività dell'istituto delle offerte concorrenti⁵⁷. In tal senso, svariati sono i casi in cui i tribunali si sono spinti sino al punto di valorizzare in modo decisivo la natura pubblicistica del concordato preventivo e sanzionare l'elusiva sottrazione dei beni aziendali dalla contendibilità con l'inefficacia dell'offerta originaria e con l'inammissibilità della proposta concordataria⁵⁸.

La complessità di tale bilanciamento può essere colta in tutta la sua essenza in quei casi (peculiari ma non infrequenti) di proposta di concordato preventivo caratterizzata da operazioni straordinarie sul capitale sociale con l'intervento di soggetti terzi (aumento di capitale, trasferimento di quote sociali, ecc.). Il dato letterale della disposizione di legge non avrebbe dovuto dare adito ad alcuna criticità applicativa: l'art. 163-bis L. Fall., come già enunciato, delimita il campo d'operatività dell'istituto alle sole ipotesi di trasferimento d'azienda, di ramo d'azienda e di specifici beni aziendali. Nella prassi, tuttavia, si è assistito a pronunce di tribunali che, privilegiando forse una tesi più "sostanzialista", hanno ritenuto di estendere la disciplina delle offerte concorrenti anche alle fattispecie di modificazione e di trasferimento

⁵⁶ G.B. NARDECCHIA, *La cessione competitiva dell'azienda*, cit., p. 460, nel quale l'A. sostiene che il tribunale può sempre intervenire sulla quantificazione e sulla modalità di prestazione della cauzione, sui tempi di aggiudicazione, sui termini di pagamento, ma che non possa mutare il perimetro dell'offerta e l'oggetto della cessione. *Contra* D. GALLETTI, *I rilevanti poteri del giudice nella disciplina delle offerte concorrenti*, cit., in cui l'A. afferma che il bilanciamento di interessi pende maggiormente verso l'aumento del valore di realizzazione degli *assets* aziendali e che è ammissibile la modifica da parte del tribunale del perimetro dei beni liquidandi poiché finalizzata ad intercettare le migliori condizioni di mercato.

⁵⁷ V. Trib. Alessandria, decr. 14 dicembre 2017, pronuncia reperibile in www.fallimentiesocieta.it, nella quale si afferma che è inammissibile *ex art.* 162, 2° comma, L. Fall. la proposta di concordato che mediante operazioni societarie "anomale", volte a consentire sostanzialmente il trasferimento in modo "chiuso" dell'azienda del proponente ad un affittuario già individuato, aggirino quella disposizione, rendendo difficoltose al Tribunale, in ragione dell'impossibilità per lo stesso di modificare il piano e la proposta concordataria, la predisposizione e la realizzazione di una procedura competitiva volta a favorire, attraverso la comparazione delle offerte, il miglior soddisfacimento dei creditori.

⁵⁸ V. Trib. Brescia, decr. 21 giugno 2018, pronuncia reperibile in www.ilcaso.it, con la quale si dichiara inammissibile una proposta concordataria che prevedeva un complesso percorso contrattuale avente ad oggetto un aumento di capitale riservato all'affittuario d'azienda, mediante il quale quest'ultimo, eludendo alla norma di carattere imperativo contenuta nell'art. 163-bis L. Fall., sarebbe stato in grado di – attraverso l'acquisizione di parte del capitale sociale – a rilevare l'azienda senza competere con soggetti terzi; Trib. Bari, decr. 1 ottobre 2019, con nota a sentenza di G.B. FAUCEGLIA, *Sull'inderogabilità in una proposta di concordato preventivo "chiuso" della procedura competitiva*, in *Fall.*, 4, 2020, p. 561; M. AIELLO, *Il controverso perimetro applicativo delle offerte concorrenti*, cit., 82, in cui l'A. parla di "forme negoziali anomale" predisposte dal debitore proponente, elusive della norma imperativa ed inderogabile di cui all'art. 163-bis L. Fall.

del controllo della società in crisi, in quanto – di fatto – comportanti un trasferimento della titolarità degli *assets* aziendali e, quindi, astrattamente elusivi della norma imperativa e inderogabile dell'art. 163-*bis* L. Fall. Tale impostazione fornita da una parte della giurisprudenza⁵⁹, animata dalla comprensibile premura di scongiurare atti elusivi della disposizione in esame, appare quantomeno discutibile. Infatti, l'estensione dell'alveo di applicabilità dell'istituto *de quo* ai casi appena menzionati, da un lato comporta un'illegittima privazione dei diritti spettanti alla compagine sociale (e non alla società) sulle proprie partecipazioni⁶⁰ e da un altro lato ostacola proprio quei piani concordatari che dovrebbero essere privilegiati, ossia quelli che puntano, attraverso la realizzazione di operazioni straordinarie, alla riorganizzazione dell'azienda in un'ottica di continuazione dell'attività imprenditoriale. Entrambe queste conseguenze paiono difficilmente giustificabili, anche in un contesto normativo in cui, ormai da tempo, il concordato preventivo risulta piegato alla prevalente tutela degli interessi dei creditori e nel quale la salvaguardia di questi ultimi, in siffatte ipotesi, è già garantita dall'istituto delle proposte concorrenti (art. 163 L. Fall. e 90 CCI) e dal naturale esercizio del diritto di voto (art. 177 L. Fall. e 109 CCI).

Simili considerazioni possono essere operate anche in un altro caso particolare, quello del concordato preventivo con assunzione. Il perimetro tracciato dall'art. 163-*bis* L. Fall. (e dell'art. 91 CCI), infatti, non sembra poter in alcun modo ricomprendere fattispecie in cui il piano preveda l'integrale assunzione dell'onere concordatario dell'adempimento della proposta da parte di un soggetto terzo (l'assuntore). È davvero superfluo sottolineare che il trasferimento di beni dell'azienda (requisito, questo, richiesto dalla legge per l'applicabilità della disciplina delle offerte concorrenti), nell'ambito di un piano di concordato con assunzione, sia una fattispecie ontologicamente diversa da quella tracciata dall'art. 163-*bis* L. Fall., atteso che tra assuntore e debitore proponente non si realizza il mero acquisto di un complesso aziendale, ma un vero e proprio fenomeno di successione/sostituzione nella posizione attiva e passiva dell'azienda in concordato⁶¹. Pertanto, al pari di quanto già esposto in merito ai casi di estensione dell'istituto delle offerte concorrenti ai concordati riorganizzativi e ai trasferimenti del controllo della società in cri-

⁵⁹ V. Trib. Padova, decr. 18 luglio 2018 e Trib. Alessandria, decr. 14 dicembre 2017, pronunce entrambe reperibili su www.ilcaso.it.

⁶⁰ V. Trib. Napoli, decr. 4 luglio 2018, pronuncia reperibile su www.ilcaso.it, con la quale si evidenzia che il vincolo della competizione *ex art.* 163-*bis* L. Fall. è circoscritto ai beni dell'impresa in crisi e che esso, quindi, non può intendersi esteso, se non attraverso una forzata interpretazione teleologica in totale distonia con la lettera della disposizione e il suo immediato perimetro applicativo, al caso in cui la società debitrice realizza un'operazione di modificazione degli assetti proprietari, a mezzo di una deliberazione di aumento del capitale sociale, rispetto alla quale i soggetti giuridici titolari dei beni oggetto di atto dispositivo sono soltanto i soci.

⁶¹ V. Trib. Milano, decr. 15 giugno 2017 e Trib. Monza, decr. 31 ottobre 2018, entrambe reperibili su www.ilcaso.it.

si, la conseguenza dell'apertura di una procedura competitiva finalizzata a raccogliere dal mercato manifestazioni di interesse alternative all'assunzione già contenuta nel piano concordatario, darebbe luogo ad una gara volta all'individuazione di proposte di assunzione concorrenti e non di offerte concorrenti. Anche in questo caso non sono mancate pronunce giurisprudenziali di segno opposto le quali, però, più che fondarsi su un principio di stretta estensione della portata applicativa dell'art. 163-*bis* L. Fall., sembrano essere il frutto delle peculiarità del caso concreto. Si pensi, a titolo esemplificativo, a quello sottoposto al vaglio del Tribunale di Torino, nell'ambito del quale il Collegio, preso atto che "l'offerta irrevocabile di assunzione" su cui fondava la proposta concordataria risultava essere, nella sostanza, un'offerta d'acquisto in blocco di specifici beni aziendali, dichiarava inammissibile la domanda di concordato preventivo per mancanza di un impegno vincolante da parte degli assuntori all'espletamento della procedura competitiva⁶².

6. La disclosure delle informazioni rilevanti

Un altro profilo di interesse del corretto atteggiarsi della procedura competitiva è quello relativo all'accesso, da parte dei soggetti potenzialmente interessati, ai dati e alle informazioni rilevanti dell'azienda *target* o degli *assets* di quest'ultima, la cui conoscenza è necessaria affinché si possa valutare la convenienza dell'operazione⁶³ e che, a seconda dei casi, può richiedere anche una *due diligence* approfondita (si pensi alle ipotesi di acquisto del complesso aziendale o del ramo d'azienda, comprensivo di rapporti attivi e passivi ad esso inerenti). Inoltre, se l'indicazione del perimetro dell'oggetto della procedura competitiva è contenuta nel decreto d'apertura del tribunale, più complesso ed articolato è il processo d'acquisizione della relativa documentazione che, inevitabilmente, risente della necessità di contemperare due diversi interessi in gioco: la *disclosure* di dati sensibili da parte del proponente; e l'esigenza di accedere alle informazioni da parte dei terzi interessati. In un contesto così delicato risulta decisivo il ruolo che viene svolto dal tribunale e dal commissario giudiziale, i cui rispettivi confini di operatività in materia sono stati oggetto di ampio dibattito dottrinale⁶⁴. L'art. 163-*bis*, 2° comma, L. Fall. (e l'art. 91, 4°

⁶² V. Trib. Torino, decr. 19 giugno 2018, reperibile su www.dirittodellacrisi.it.

⁶³ P. PISCITELLO, *Riflessioni su concordati "predatori" ed offerte concorrenti*, cit., p. 765.

⁶⁴ A. NIGRO, *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione*, in *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione*, Atti VIII incontro italo-spagnolo di diritto commerciale, a cura di A. PACIELLO-G. GUIZZI, Milano, 2015, laddove l'A. ritiene che il procedimento di trasmissione dei dati e delle notizie costituisca un'ipotesi in cui l'informazione è oggetto di un obbligo del commissario giudiziale e del debitore; M. SCIUTO, *I doveri informativi del debitore nella proposta concordataria e di ristrutturazione del de-*

comma, CCI), infatti, prevede che il Tribunale, nel decreto d'apertura, debba indicare "(...) *le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti, gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che ne fanno richiesta (...)*". Tale disposizione va, però, coordinata con l'art. 165, 3° e 4° comma, L. Fall. (art. 92, 4° comma, L. Fall.), alla stregua del quale "(...) *Il commissario giudiziale fornisce ai creditori che ne fanno richiesta, valutata la congruità della richiesta medesima e previa assunzione di opportuni obblighi di riservatezza, le informazioni utili per la presentazione di proposte concorrenti, sulla base delle scritture contabili e fiscali obbligatorie del debitore, nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso. In ogni caso si applica il divieto di cui all'articolo 124, comma primo, ultimo periodo. La disciplina di cui al terzo comma si applica anche in caso di richieste, da parte di creditori o di terzi, di informazioni utili per la presentazione di offerte ai sensi dell'articolo 163-bis (...)*". La normativa appena richiamato lascia, in effetti, dubbi sull'efficiente funzionamento del sistema di trasmissione di dati e flussi informativi relativi all'impresa in concordato, laddove da un lato si impone al commissario giudiziale di valutare la congruità delle richieste di accesso, di stabilire gli opportuni obblighi di riservatezza e dall'altro si attribuisce al tribunale ampia discrezionalità nello stabilire non solo forme e tempi d'accesso, ma anche limiti e modalità di utilizzo delle informazioni. Sembra evidente il rischio di reciproche ingerenze, soprattutto in quei casi in cui il tribunale stabilisca forme di accesso ai flussi informativi e limiti di utilizzo che incidano sull'autonomia e sull'operatività del commissario giudiziale⁶⁵ che, evidentemente, sarà obbligato a sottostare alle indicazioni del tribunale stesso⁶⁶. Ad ogni modo, affinché la procedura risulti davvero competitiva è opportuno che ai terzi offerenti sia consentito di rimediare all'asimmetria informativa rispetto all'offerente originario e di accedere perlomeno a quelle stesse informazioni già messe a disposizione di quest'ultimo (il quale, non può negarsi, avrà comunque avuto un lasso di tempo maggiore per valutare la fattibilità dell'operazione)⁶⁷. Nella prassi, i tribunali ricor-

bito, in *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione*, cit., per il quale l'A. ritiene che l'obbligo di informazione in capo al commissario giudiziale è frutto di una disciplina che incentra la trasmissione del flusso informativo su tale organo della procedura.

⁶⁵ G. DI CECCO, *Le offerte concorrenti e le cessioni*, in M. SANDULLI-G. D'ATTORRE (a cura di), *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, cit., p. 156 e N. ROCCO DI TORREPADULA, *I nuovi compiti del commissario*, in *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, Torino, 2016, p. 191, in cui i rispettivi AA. mettono in luce come la disciplina delle offerte concorrenti lasci al commissario giudiziale un'autonomia limitata.

⁶⁶ G. BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit., p. 95.

⁶⁷ A. AZZARÀ, *Le offerte concorrenti nel concordato preventivo: analisi dell'articolo 163-bis della legge fallimentare*, cit., par. 4, in cui l'A. correttamente evidenzia che un livello superficiale e insufficiente di informazione circa le singole questioni d'interesse (ad esempio, nell'ambito della cessione d'azienda, tutte le relevantissime questioni che possono emergere in ordine ai singoli *assets* materiali e

rono all'apertura di apposita *virtual data room* contenente la documentazione del caso, il cui accesso è consentito agli interessati previo accordo di non divulgazione e su rilascio di credenziali riservate⁶⁸. Un rimedio, questo, che garantisce la celerità dei flussi informativi e riservatezza nell'ambito di una procedura che deve concludersi in tempi rapidi e che deve anche fare i conti, sovente, con l'atteggiamento ostile del debitore proponente verso i terzi interessati diversi dall'offerente originario da lui incluso nel piano di concordato e anche con il timore (legittimo) di accessi strumentali o dilatori alle informazioni da parte di *competitors*⁶⁹, potenzialmente pregiudizievoli del valore dell'azienda e dei creditori concordatari.

7. La formulazione dell'offerta concorrente, la gara e la posizione dell'offerente originario

Consultata la documentazione messa a disposizione, gli interessati formulano le offerte concorrenti che, come previsto dal comma 2 dell'art. 163-*bis* L. Fall., oltre ad essere conformi alle prescrizioni contenute nel decreto d'apertura emesso dal tribunale, devono essere altresì irrevocabili (per un lasso di tempo compatibile con lo svolgimento della procedura) e non condizionate ad un evento futuro ed incerto, pena in ambedue le ipotesi l'inefficacia dell'intera proposta. Le offerte concorrenti vengono rese pubbliche ed esaminate nel corso dell'udienza all'uopo fissata dal tribunale con il sopramenzionato decreto. A questo punto, qualora siano state depositate almeno due offerte conformi e, quindi, ammissibili, il giudice disporrà la gara tra gli offerenti, sulla base del rilancio minimo sempre stabilito nel decreto d'apertura. La gara potrà tenersi sia nella medesima udienza oppure in altra successiva, ma deve, in ogni caso, concludersi prima dell'adunanza dei creditori (anche quando il piano preveda che la vendita o l'aggiudicazione abbiano luogo dopo l'omologazione) così che, come già accennato, il ceto creditorio possa esprimere il voto con la opportuna conoscenza e consapevolezza dell'esito della procedura competitiva e del contenuto definitivo della proposta concordataria⁷⁰. A tal riguardo, è opportuno

immateriale, ai contratti attivi e passivi, ai rapporti di lavoro) possa compromettere e disincentivare la formulazione dell'offerta.

⁶⁸ V. Trib. Vicenza, decr. 29 aprile 2016, reperibile in www.fallimentiesocieta.it.

⁶⁹ M. GREGGIO, *Le offerte concorrenti nel nuovo art. 163-bis l. fall.: l'eteronomia prevale sull'autonomia?*, <https://www.greggio.eu/wp-content/uploads/2018/09/le-offerte-concorrenti-nel-nuovo-art-163-bis-l-eteronomia-prevale-sull-autonomia-1.pdf>, par. 5, in cui l'A. rileva come l'accesso ai flussi informativi potrebbe essere preordinato a cedere dati rilevanti di un'azienda *competitor*.

⁷⁰ A. FAROLFI, *Speciale Decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015 – Concordato preventivo: le novità di agosto*, in www.ilfallimentarista.it, 11 dicembre 2015, par. 6, in cui l'A. ritiene

evidenziare che l'art. 91, 7° comma, CCI ha valorizzato ancor di più tale profilo temporale, statuendo che “(...) *la gara deve concludersi almeno venti giorni prima della data fissata per il voto dei creditori (...)*”.

È di particolare interesse poi, anche in ragione dell'evoluzione apportata dal CCI, approfondire la posizione dell'offerente originario nella valutazione sull'esito della gara. Come già si è avuto modo constatare, il 2° comma dell'art. 163-bis L. Fall. prevede che [...] *L'offerta di cui al primo comma (ossia, quella dell'offerente originario) diviene irrevocabile dal momento in cui viene modificata l'offerta in conformità a quanto previsto dal decreto di cui al presente comma e viene prestata la garanzia stabilita con il medesimo decreto [...]*. E, poi, al 3° comma, così testualmente prosegue “[...] *Se sono state presentate più offerte migliorative, il giudice dispone la gara tra gli offerenti. [...]*”. Molto spesso accade che l'offerta originaria, venendo formulata prima dell'apertura della procedura competitiva, non sia conforme ai presupposti sanciti all'interno del decreto del tribunale, generando perplessità sulla posizione dell'offerente originario, a seconda che egli opti o meno per l'adeguamento dell'offerta in termini di irrevocabilità e prestazione di idonea garanzia. Gli ipotetici scenari possono essere così sinteticamente enucleati:

– se la prima offerta non viene adeguata e ne perviene solamente un'altra, conforme alle prescrizioni del decreto, non si aprirà alcuna gara ed il bene sarà aggiudicato a colui che abbia formalizzato l'offerta concorrente;

– se la prima offerta non viene adeguata e ne pervengono almeno altre due, conformi alle prescrizioni del decreto, si aprirà una gara tra questi ultimi ed il bene sarà aggiudicato al vincitore della gara;

– se la prima offerta viene adeguata e ne pervengono altre, il primo offerente parteciperà alla gara con coloro che abbiano presentato offerte concorrenti e il bene sarà aggiudicato al vincitore della gara;

– se la prima offerta viene adeguata come prescritto dal decreto e non perviene nessuna offerta concorrente, il primo offerente si aggiudicherà l'acquisto nei termini di cui alla proposta adeguata;

– se la prima offerta non viene adeguata e non ne pervengono altre (o quelle che pervengono non sono conformi alle prescrizioni contenute nel decreto d'apertura della procedura competitiva), si ritiene che il debitore proponente – previa autorizzazione dell'atto di straordinaria amministrazione da parte del tribunale o del giudice delegato⁷¹ – possa accettarla.

auspicabile che la disposizione secondo cui la gara deve concludersi prima dell'adunanza dei creditori venga coordinata con la necessità che il commissario giudiziale sia a conoscenza dell'esito della gara prima della scadenza del termine di 45 giorni antecedenti la medesima adunanza, così da consentirgli di depositare la relazione ex art. 172 L. Fall.

⁷¹ A seconda della fase del concordato preventivo in cui ci si trovi.

Se ne ricava che, in condizioni di instauratasi competizione tra offerte conformi, il mancato adeguamento di quella originaria al divieto del tribunale ne comporta l'esclusione dalla gara.

Anche le perplessità relative alla posizione del primo offerente, in realtà, sono state superate dal CCI, nella misura in cui l'art. 91, 1° comma, ha previsto che anche l'offerta originaria debba avere natura irrevocabile e l'art. 91, 1° comma, che "(...) *Nel caso in cui, indetta la gara, non vengano presentate offerte*⁷², l'originario offerente rimane vincolato nei termini di cui all'offerta indicata al comma 1 (...)". Un dato letterale, insomma, che ha posto definitivamente rimedio ai dubbi emersi a seguito dell'entrata in vigore della miniriforma del 2015.

8. Le innovazioni procedurali del Codice della Crisi dell'Impresa e dell'Insolvenza: la manifestazione d'interesse e la delegabilità della gara

Il CCI è intervenuto in modo assolutamente innovativo su altri due profili della disciplina della procedura competitiva. Il primo profilo si coglie immediatamente dalla lettura dell'art. 91, 1° e 3° comma, CCI. Come già illustrato nelle pagine che precedono, nella vigenza dell'art. 163-bis L. Fall., il tribunale disponeva l'apertura della procedura competitiva ogniqualvolta nel piano di concordato preventivo il debitore avesse incluso un'offerta proveniente da un soggetto già individuato per il trasferimento (anche non immediato) dell'azienda, di uno o più rami d'azienda o di specifici beni aziendali. Tale impostazione, tuttavia, nel corso degli anni, aveva palesato alcune inefficienze, perlopiù relative a quelle ipotesi in cui l'apertura della procedura competitiva, a fronte del sostenimento dei relativi costi e delle lungaggini, si concludeva senza la formulazione di offerte concorrenti e pure con la revoca di quella originaria da parte dell'offerente. Il CCI ha affrontato tale inefficienza ed ha statuito che:

- l'offerta originaria, al pari di quelle concorrenti, deve essere irrevocabile (art. 91, 1° comma, CCI);
- tale offerta deve essere adeguatamente pubblicizzata, in modo da favorire l'acquisizione di offerte concorrenti (art. 91, 1° comma, CCI);
- nella sola ipotesi in cui pervengano concrete manifestazioni di interesse da parte di terzi, il tribunale o il giudice delegato emanerà il decreto d'apertura della procedura competitiva (art. 91, 3° comma, CCI);

⁷² A parere di chi scrive, l'offerente originario resterà vincolato alla propria proposta non solo quando, indetta la gara, non vengano presentate ulteriori offerte da parte di terzi, ma anche quando l'offerta eventualmente presentata dal terzo non sia conforme alle prescrizioni stabilite nel decreto d'apertura della procedura competitiva.

– nell’ipotesi in cui, dopo l’apertura della procedura competitiva, vengano presentate più offerte migliorative (conformi al decreto d’apertura della procedura competitiva), si procederà alla gara tra gli offerenti (art. 91, 7° comma, CCI);

– qualora non vi siano manifestazioni d’interesse o, comunque, queste ultime non si traducano in offerte irrevocabili nel corso della procedura competitiva, l’offerente originario rimarrà vincolato nei termini della proposta dallo stesso formalizzata e, quindi, previa autorizzazione da parte del tribunale o del giudice delegato, potrà risultare aggiudicatario del bene.

Inoltre, analogamente a quanto avviene in forza delle disposizioni contenute nella legge fallimentare, anche nella vigenza del CCI sembra potersi affermare che:

– qualora venga presentata un’offerta conforme al decreto d’apertura del tribunale e l’offerta originaria non sia stata adeguata, il bene verrà venduto a chi abbia formulato l’offerta concorrente;

– qualora vengano presentate più offerte conformi al decreto d’apertura e quella originaria non sia stata adeguata, si aprirà una gara a rilancio minimo tra le prime due, il cui esito decreterà il vincitore;

– qualora pervengano altre offerte e la prima offerta venga adeguata, il primo offerente parteciperà alla gara con coloro che abbiano presentato offerte concorrenti e il bene sarà venduto al vincitore della gara;

– se l’offerta originaria viene adeguata come prescritto dal decreto e non perviene nessuna offerta concorrente, l’offerente originario si aggiudicherà il bene nei termini di cui alla proposta adeguata.

Il secondo profilo innovativo, invece, concerne l’apertura da parte del CCI alla possibilità che la gara possa essere delegata al commissario giudiziale o a un professionista. Il tenore letterale dell’art. 163-bis, 2° e 3° comma, L. Fall., nonostante opinioni contrastanti da parte della dottrina⁷³, sembrava escludere la possibilità che la gara possa essere governata da un soggetto diverso dall’organo giurisdizionale: “(...) *Il decreto che dispone l’apertura del procedimento competitivo stabilisce (...) la data dell’udienza per l’esame delle offerte (...)*” e poi “(...) *Le offerte sono rese pubbliche all’udienza fissata per l’esame delle stesse (...)*”. Con l’art. 91, 4° e 7° comma, CCI il legislatore mira proprio al superamento della regola dell’indelegabilità della vendita, prevedendo che il decreto d’apertura della proce-

⁷³ P.G. CECCHINI, *Concordato preventivo: le offerte concorrenti al microscopio*, cit., p. 1187, nel quale l’A. abbraccia l’interpretazione più letterale della norma e l’impostazione giurisprudenziale di Trib. Bolzano, decr. 17 maggio 2016 (reperibile in www.ilcaso.it) rilevando come lo scopo dell’indelegabilità della vendita sia quello di introdurre un sistema di maggior garanzia per il debitore che, non ancora spossessato, è sottoposto ad una considerevole limitazione della sua autonomia negoziale e patrimoniale. *Contra* S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d’impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica*, Bologna, 2016, p. 111.

dura competitiva stabilisca “(...) la data dell’udienza per l’esame delle offerte se la vendita avviene davanti al giudice (...)” e che “(...) le offerte sono rese pubbliche nel giorno stabilito per la gara alla presenza degli offerenti e di qualunque interessato. (...)”. C’è, quindi, una chiara apertura alla delegabilità della direzione della gara, anche per snellire la procedura (evitando, ove possibile, la relativa udienza) e velocizzare la vendita, soprattutto quando la gara abbia ad oggetto beni di valore esiguo o quando la sua presenza non sia resa opportuna da specifiche circostanze del caso concreto⁷⁴.

9. La liberazione dell’offerente originario e il rimborso delle spese

A seguito della vendita o dell’aggiudicazione, se precedente, a soggetto differente dall’originario offerente, quest’ultimo, a norma dell’art. 163-*bis*, 4° comma, L. Fall. è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore e il commissario giudiziale deve disporre in suo favore il rimborso delle spese e dei costi sostenuti per la formulazione della predetta offerta entro il limite del 3% del prezzo indicato nell’offerta stessa⁷⁵. L’art. 91, 7° comma, CCI, sostanzialmente ne replica il contenuto, ma con una piccola sfumatura, a garanzia della coerenza e del coordinamento con la previsione della natura irrevocabile dell’offerta originaria: l’offerente originario non è liberato dalle obbligazioni “(...) *eventualmente assunte* (...)”, ma da quelle “(...) *reciprocamente assunte* (...)”. Tale misura è chiaramente finalizzata a non scoraggiare la presentazione di possibili iniziali offerte, le quali richiedono uno sforzo particolarmente considerevole in termini di studio e risorse.

10. La natura giuridica della vendita e i suoi effetti

Un ultimo aspetto, di significativa importanza, è quello relativo alla natura giuridica della vendita di beni concordatari nell’ambito della procedura competitiva ex art. 163-*bis* L. Fall. e gli effetti che vengono a prodursi in capo al soggetto acqui-

⁷⁴ La Relazione Illustrativa al CCI, reperibile anche in www.ilfallimento.it, chiarisce come si voglia attribuire ampia discrezionalità al giudice delegato circa la valutazione del caso concreto.

⁷⁵ A. AZZARÀ, *Le offerte concorrenti nel concordato preventivo: analisi dell’articolo 163-bis della legge fallimentare*, cit., par. 5.2 e G. BOZZA, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit., p. 104, ove gli AA. illustrano come tale credito sia sorto in funzione della procedura concordataria e con utilità per l’intera massa dei creditori, avendo stimolato e provocato la manifestazione di interesse da parte di altri acquirenti.

rente e al bene compravenduto. L'assetto normativo della legge fallimentare che, come già rimarcato, attribuisce al giudice il potere di dirigere la gara competitiva, consente di affermare che la vendita disposta all'esito della procedura competitiva rientri nel novero delle "vendite coattive". Su tale aspetto, autorevole dottrina⁷⁶ ha rilevato come, nonostante la mancanza di un'espressa previsione nell'art. 163-bis L. Fall., l'art. 182, 5° comma, L. Fall. estenda alle offerte concorrenti l'applicabilità degli artt. da 105 ad 108-ter L. Fall. in materia di vendite fallimentari. Tale impostazione genera rilevantissime conseguenze in ordine agli effetti prodotti dalla vendita o dalla aggiudicazione all'esito della procedura competitiva, atteso che:

– i beni concordatari compravenduti sono purgati di tutti i gravami, i pesi e i vincoli su di essi insistenti (iscrizioni relative ai diritti di prelazione, trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi, ecc.), indipendentemente dalla volontà del debitore (come previsto dall'art. 182, 5° comma, L. Fall.)⁷⁷;

– l'acquirente o l'aggiudicatario è esonerato da responsabilità per i debiti relativi all'esercizio dell'azienda sorti antecedentemente al trasferimento e risultanti dalle scritture contabili dell'alienante (inapplicabilità dell'art. 2560 c.c.), quand'anche il trasferimento avvenga prima dell'omologazione del concordato preventivo, salvo diverso accordo tra le parti (come previsto dall'art. 105, 4° e 5° comma, L. Fall.)⁷⁸.

Il CCI non muta lo scenario. L'art. 91 CCI non è intervenuto a chiarire in modo esplicito la natura giuridica della vendita e dell'aggiudicazione disposta all'esito della procedura competitiva; tuttavia, le considerazioni operate in relazione alle disposizioni della legge fallimentare sono analogamente replicabili con riferimento al CCI. L'art. 114, 4° comma, CCI (sulla cessione dei beni in ambito concordatario), infatti, conferma l'operatività degli effetti purgativi della vendita sui beni concorda-

⁷⁶G. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, IV ed., Milano, 2017, p. 2127 e G.U. TEDESCHI, *Proposte e offerte concorrenti di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2016, 6, p. 1436, nei quali gli AA. affermano che l'art. 163-bis L. Fall. costituisce applicazione del più generale principio dell'art. 182 L. Fall. e che l'aggiudicazione all'esito della vendita competitiva produce gli effetti cd. purgativi di una vendita forzata, gli effetti liberatori dalla responsabilità dell'acquirente per i debiti sorti prima del trasferimento dell'azienda e risultanti dai libri contabili obbligatori.

⁷⁷V. Trib. Latina, decr. 28 gennaio 2020 e Trib. Bolzano, decr. 17 maggio 2016, reperibili su www.ilcaso.it.

⁷⁸L'art. 105, ultimo comma, L. Fall. afferma che il pagamento del prezzo può essere effettuato anche mediante l'accollo di debiti pregressi da parte dell'acquirente, purché non venga alterata la graduazione dei crediti. Per approfondimenti sul punto, v. S. BONFATTI, *I concordati preventivi di risanamento*, in <http://www.ilcaso.it/articoli/228.pdf>, p. 24, nel quale l'A. afferma che poiché l'accollo di debiti pregressi dell'imprenditore in concordato preventivo da parte del terzo acquirente produce il soddisfacimento integrale del creditore accollato, tale effetto è accettabile limitatamente alle passività "super privilegiate", il cui soddisfacimento integrale (anche in ipotesi di liquidazione in ambito fallimentare) non potrebbe essere messo in discussione, in quanto conforme al principio della c.d. *par condicio creditorum*.

tari alienati e rinvia alle disposizioni in punto di liquidazione giudiziale (da art. 214 ad art. 219 CCI), tra cui quella di cui all'art. 214, 4° comma, CCI che dispone gli effetti liberatori in capo all'acquirente e l'inapplicabilità dell'art. 2560 c.c.

Il potere di purgazione delle iscrizioni e delle trascrizioni pregiudizievoli, dunque, tanto nell'attuale vigenza della L. Fall. (art. 182, 5° comma, L. Fall.) quanto in quella futura del CCI (art. 114, 4° comma, CCI), è attribuito al giudice delegato, il quale lo esercita attraverso l'emissione di un decreto contenente il relativo ordine di cancellazione⁷⁹. È molto importante, però, sottolineare che il legittimo esercizio del potere di purgazione riconosciuto al giudice delegato resta subordinato alla sussistenza delle condizioni sancite dall'art. 108, 2° comma, L. Fall. (art. 217, 2° comma, CCI), ossia:

- all'integrale versamento del prezzo da parte dell'acquirente/aggiudicatario; e
- al formale perfezionamento dell'alienazione da parte della procedura concorsuaria secondo le forme all'uopo autorizzate.

In altri termini, come delineato in modo chiaro anche dalla Corte Suprema di Cassazione in un recente provvedimento⁸⁰, il giudice delegato, cui sia richiesta la cancellazione delle iscrizioni e delle trascrizioni pregiudizievoli, non può circoscrivere il perimetro della propria indagine alla mera constatazione che il piano concordatario preveda l'emissione del relativo decreto, ma deve spingerla sino a verificare la sussistenza o meno delle sopra elencate condizioni di legge.

Resta inteso, inoltre, che l'erroneo esercizio del potere di verifica *de quo* da parte del giudice delegato – che in ipotesi abbia concessa la purgazione in assenza delle condizioni di ammissibilità o che l'abbia negata pur sussistendo le stesse – è censurabile, mediante reclamo, dinanzi al tribunale in composizione collegiale, il quale procederà al controllo di merito circa l'esistenza, o meno, dei presupposti *ex art* 108, 2° comma, L. Fall. (art. 217, 2° comma, CCI).

Accenno appena ad un ultimo aspetto, che mi pare d'interesse, ma che non posso qui approfondire oltre.

⁷⁹ È ferma la possibilità, prevista dall'art. 182, 5° comma, L. Fall. (e dall'art. 114, 4° comma, CCI), che il tribunale eserciti tale potere anche al momento dell'emissione del provvedimento di omologazione.

⁸⁰ V. Cass., ord. 21 novembre 2019, n. 30545, con cui la Corte Suprema di Cassazione ha affermato che il giudice delegato, cui sia stata richiesta la cancellazione delle iscrizioni *ex art* 108, 2° comma, L. Fall., così come il tribunale in sede reclamo, non possono limitarsi a constatare la mera previsione in ambito concordatario del provvedimento purgativo, ma devono verificare se ricorrano le condizioni di legge perché la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli possa essere pronunciata, atteso che il provvedimento di omologazione del concordato preventivo riguarda la valutazione del corretto svolgimento della procedura, della fattibilità della proposta e del piano che la supporta e incide sui diritti dei creditori anteriori in termini di misura della loro soddisfazione e non di negazione della loro esistenza.

Mi riferisco alle criticità che possono emergere nelle ipotesi di distribuzione anticipata (*i.e.* ante-omologazione) del ricavato della vendita competitiva rispetto all'emissione del decreto di purgazione.

Infatti, nel caso in cui il bene gravato da iscrizioni o trascrizioni sia alienato dopo l'omologazione del concordato preventivo (ossia nella sua fase esecutiva), il giudice, a fronte della corresponsione del corrispettivo, ordina la cancellazione dei gravami e gli organi della procedura concordataria distribuiranno la somma incassata ai creditori beneficiari, così rispettando la funzione propria del vincolo iscritto o trascritto sul bene alienato e purgato⁸¹.

Può però accadere, come ampiamente affrontato in questo contributo, che il bene gravato sia alienato prima dell'omologazione del concordato preventivo. In questa situazione, dopo aver riscosso il prezzo della vendita anticipata, il giudice delegato dovrà emettere il decreto di purgazione, ma gli organi della procedura concordataria non potranno, fatta salva la diversa ipotesi sancita dall'art. 182-*quinques*, 5° comma, L. Fall. (art. 100, 1° comma, CCI), distribuire il ricavato tra i creditori *ante-procedura*, pena la violazione dell'art. 168 L. Fall. e la revoca dell'ammissione al concordato preventivo *ex art.* 173 L. Fall. (art. 106 CCI)⁸².

Tuttavia, segnalo che la prassi – in ciò aiutata dalla dottrina – ha sperimentato diverse soluzioni volte a realizzare il miglior equilibrio possibile tra la stabilità del concordato preventivo (esposta, come *supra* accennato, a rischio dal pagamento anticipato) e la tutela del creditore beneficiario (a sua volta messa a repentaglio dal pagamento ritardato)⁸³.

11. Conclusioni

L'introduzione nel concordato preventivo dell'istituto delle offerte concorrenti ha avuto il pregio di arginare l'impiego da parte del debitore proponente del c.d. "piano precompilato" e sistematizzare lo strumento della vendita ante-omologazione/esecuzione, nel tentativo di garantire il miglior realizzo dell'azienda, dei rami

⁸¹ L. MANDRIOLI, *Le vendite nel concordato preventivo*, in <https://dirittodellacrisi.it/articolo/le-vendite-nel-concordato-preventivo>, p. 40.

⁸² *Contra v.* Cass. 19 febbraio 2016, n. 3324, nell'ambito della quale la Corte Suprema di Cassazione, per legittimare la distribuzione anticipata del ricavato, utilizza l'argomento secondo cui i pagamenti di crediti anteriori non autorizzati comportino l'automatica revoca dell'ammissione alla procedura solo se diretti a frodare le ragioni dei creditori.

⁸³ P. G. CECCHINI, *Concordato preventivo: le offerte concorrenti al microscopio*, cit., p. 1200 e L. MANDRIOLI, *Le vendite nel concordato preventivo*, in <https://dirittodellacrisi.it/articolo/le-vendite-nel-concordato-preventivo>, p. 40.

d'azienda e degli *assets* aziendali e, quindi, massimizzare l'aspettativa di soddisfacimento dei creditori concordatari e sostenere la fattibilità del piano. Tuttavia, il risultato restituito in concreto dall'applicazione dell'istituto non ha sempre rispettato le attese. La disciplina delle offerte concorrenti dettata dall'art. 163-*bis* L. Fall. è, infatti, il frutto di una riforma, quella del 2015, animata da una tendenza di forte discontinuità rispetto all'originaria concezione pattizia del concordato preventivo e orientata al complesso bilanciamento tra autonomia negoziale e intervento pubblico. Il tentativo del legislatore di contemperare interessi di segno opposto ed una tecnica di redazione normativa non sempre del tutto chiara hanno dato luogo a non poche criticità sotto il profilo dell'efficienza⁸⁴. Il CCI, sembra essere intervenuto sull'istituto in modo chirurgico. Infatti, senza aver apportati significativi stravolgimenti, pare avere emarginato le problematiche affiorate dall'entrata in vigore delle offerte concorrenti sino ad oggi ed aver recepito le indicazioni provenienti dai tribunali nella prassi applicativa e dalla dottrina nello studio della materia. In altri termini, il legislatore, con gli interventi riformatori contenuti nell'art. 91 CCI, sembra aver messo a disposizione del concordato preventivo una procedura non solo competitiva, ma almeno nella teoria anche efficiente.

⁸⁴ Su tutte, si pensi alle ipotesi di avvio da parte del tribunale della procedura competitiva *ex art. 163-bis* L. Fall. a fronte di un'offerta originaria non irrevocabile (sul presupposto di tutelare la volontà negoziale di debitore e offerente originario) e alle conseguenze nefaste in caso di gara deserta e di mancata aggiudicazione da parte dell'offerente originario.