



03/11/2021 Direzione Alto Calore

Prot. N°

0288921

Inviato:

A:

Oggetto:

Allegati:

fauceglia.giuseppe <fauceglia.giuseppe@pec.giuffre.it>

giovedì 28 ottobre 2021 10:47

DIREZIONE@PEC.ALTOCALORE.IT

parere

Alto Calore Servizi s.p.a. parere 28.10.2021-signed.pdf

Spett.le società

in allegato parere reso dal prof. Fauceglia

Distinti saluti

Studio Fauceglia

Prof. Fauceglia
3-11-21
R

**GIUSEPPE
FAUCEGLIA**

CN = FAUCEGLIA
GIUSEPPE
C = IT

Studio Legale

Prof. Avv. GIUSEPPE FAUCEGLIA

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Professore Ordinario in Diritto Commerciale

- Università degli Studi di Salerno -

Corso Vittorio Emanuele n. 127 - 84122 - SALERNO tel. 089/793469

Viale delle Milizie, n. 106 - ROMA

fauceglia.giuseppe@tiscalinet.it

Pec.: fauceglia.giuseppe@pec.giuffre.it

Spett. le ALTO CALORE SERVIZI S.p.a.

Corso Europa, 41

AVELLINO

Salerno, 28.10.2021

Il Presidente di "Alto Calore Servizi S.p.a." mi chiede di rendere sintetico parere in relazione alla posizione assunta dal Sindaco del Comune di Monocalzati nel corso della Conferenza dei Servizi (convocata ai sensi dell'art. 158 bis d. lgs. 152/2006) tenuta il 21.10.2021 presso la sede dell'Ente Idrico Campano, relativamente ai lavori di "ampliamento dell'impianto di depurazione comprensoriale del Partenio e dell'alta valle del Sabato". Il Sindaco del Comune di Monocalzati, nel cui territorio insiste l'impianto interessato dai lavori finanziati a seguito della deliberazione della Giunta Regionale della Campania n. 94 del 9.3.2015, ha ritenuto di non assumere alcuna determinazione in ordine al prosieguo nella realizzazione delle opere, sostanzialmente considerando preclusivo l'esito della istanza per la dichiarazione di fallimento della Società, a seguito dell'iniziativa assunta dalla Procura della Repubblica di Avellino.

In via preliminare, è opportuno specificare che il presente parere non può avere ad oggetto né le caratteristiche attuative ed esecutive delle opere oggetto del piano di finanziamento regionale né le procedure tecnico-amministrative connesse, quanto, invece, il solo profilo connesso all'espletamento delle funzioni attribuite ad "Alto Calore Servizi S.p.a." nel contesto di possibili procedure concorsuali, fermo restando che ad oggi non è stata resa alcuna sentenza di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza della Società (anche in ragione della riconosciuta incompetenza per materia del Tribunale di Avellino e l'attribuita competenza, ex art. 27 d. lgs. 14/2019, al Tribunale di Napoli, v. provvedimento del 19.10.2021).

Si tratta, allora, di dare corso ad una molto sintetica esposizione della sorte dei contratti di appalto e di esecuzione di opere pubbliche e/o oggetto di finanziamento pubblico nel contesto delle possibili soluzioni che la Società potrebbe perseguire per il superamento delle condizioni di crisi e/o di insolvenza (profilo, tra l'altro, significativamente contestato già nella

memoria difensiva deposita in occasione dell'udienza camerale ex art. 15 l. fall. innanzi al Tribunale di Avellino).

E' opportuno muovere proprio dal citato provvedimento reso in data 19.10.2021 dal Tribunale di Avellino, che ha scrutinato le condizioni per l'accesso della Società alla procedura di amministrazione straordinaria, ex art. 2 d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270. Ed infatti, qualora dovesse la stessa Società essere ammessa alla procedura in oggetto, ferma restando la prevalente funzione ad essa connessa indicata dalla legge nella ristrutturazione e nel risanamento dell'impresa, affidata agli organi previsti nel succedersi delle fasi, verrebbe ad applicarsi l'art. 50 stesso d.lgs. a mente del quale il commissario straordinario può sciogliersi dai contratti, anche ad esecuzione continuata o periodica, ancora ineseguiti o non interamente eseguiti da entrambe le parti. Invero, a parte la discrezionalità prevista in ragione delle valutazioni del commissario straordinario, da cui discende il principio che i contratti non si sciolgono automaticamente in ragione dell'accesso alla procedura. Inoltre, è opportuno considerare che, ai sensi del successivo art. 56 stesso d.lgs, nell'ambito della definizione ed esecuzione del programma di risanamento, il quale deve tener conto della salvaguardia dell'unità operativa dei complessi aziendali e degli interessi dei creditori, è necessario valutare le attività imprenditoriali destinate alla prosecuzione e quelle da dismettere, in ragione delle ulteriori condizioni determinative indicate dalla normativa di riferimento. In sostanza, il commissario straordinario potrebbe, in coerenza con le stesse finalità della procedura, continuare l'esecuzione dei lavori di ampliamento dell'impianto in oggetto, senza alcuna interruzione contrattuale.

Stesso argomento, sia pure in un differente contesto, può ritenersi richiamabile nel caso di accesso di "Alto Calore Servizi S.p.a.", al recente procedimento introdotto dalla L. 21.10.2021 n. 141 (di conversione con modificazioni del D.L. n. 118/2021), laddove l'art. 9 dispone che nel corso delle trattative l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa (sia pure con le "cautele" indicate dalla norma), e l'art. 6 prevede finanche che i creditori interessati alle misure protettive non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione. In sostanza, proprio per la natura indubbiamente contrattuale della composizione negoziale per la soluzione negoziata della crisi d'impresa, può escludersi il fenomeno della interruzione dei contratti, e, di conseguenza, la immediata revoca di finanziamenti (la norma fa riferimento al credito bancario, ma un'interpretazione sistematica consente di estendere la previsione ad ogni tipologia di finanziamento). Invero, una prospettiva omogenea può ritenersi evocabile anche nel caso in cui la Società dovesse ritenere preferibile un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi del vigente art. 182-bis l. fall., procedura che, sia pure sottoposta in fase finale

all'omologazione del Tribunale, non prevede, per la sua intrinseca valenza negoziale, la interruzione dei rapporti contrattuali in essere.

Il quadro normativo può ritenersi completato dall'art. 110 del Nuovo Codice degli Appalti Pubblici (d. lgs. 50/2016), che ha colmato una lacuna in tema di coordinamento tra la disciplina dell'appalto pubblico e quella dell'impresa esecutrice, profilo caratterizzato dall'interferenza tra la disciplina concorsuale e quella del diritto amministrativo (in coerenza con i principi di cui alla Direttiva UE 2014/23). L'intero impianto della normativa in oggetto non può essere esaminata nel contesto di un parere sintetico, ma mi permetto di rinviare a *G. Fauceglia, Disciplina concorsuale e art. 110 del Nuovo codice degli appalti pubblici, in Diritto fallimentare, 2017, I, 463 ss.* In estrema sintesi, sia pure in un complesso quadro procedurale, può ritenersi che il compendio in oggetto consente di ammettere la partecipazione alle gare pubbliche di appalto anche alle imprese in crisi e di evitare che la stessa dichiarazione di fallimento ovvero l'accesso dell'imprenditore ad una procedura concorsuale (specie con riferimento al c.d. concordato in continuità aziendale) possa configurare una causa di scioglimento automatico dei contratti di appalto e di esecuzione di opere pubbliche in essere. Nel contesto dell'impianto normativo, può ritenersi che le finalità prioritarie che il legislatore ha ritenuto valorizzare possono individuarsi nel risanamento e nella ristrutturazione dell'impresa, ciò presupponendo proprio la continuazione dei rapporti contrattuali, specie di quelli in corso di esecuzione.

Per quanto, poi, il tema in oggetto conosca una differente configurazione nel caso di un'impresa dichiarata fallita, in cui interferiscono ulteriori profili generali non scrutinabili in questa sede, è opportuno considerare che gli organi fallimentari potrebbero pervenire alla determinazione, nel contesto dell'esercizio provvisorio dell'impresa, di continuare nell'esecuzione di determinati rapporti contrattuali qualora la loro esecuzione possa risultare conveniente nell'interesse dei creditori. In realtà, nello stesso secondo comma dell'art. 81 l. fall., nel caso di fallimento dell'appaltatore, vengono richiamate le norme relative al contratto di appalto per le opere pubbliche, così determinando quell'interferenza con la disciplina del d. lgs. 50/2017, di cui innanzi si è dato sinteticamente conto. In ogni caso, si fa finanche salva la volontà della stazione appaltante di dar comunque corso al rapporto (le interpretazioni che la norma ha conosciuto nella giurisprudenza civile ed amministrativa non può, ovviamente, restare oggetto di approfondita analisi in questa sede).

Pertanto, in via assolutamente generale e nella prospettiva di estrema sinteticità richiesta al presente parere, non sembra sussistere, almeno allo stato, un evento assolutamente preclusivo alla continuazione e alla realizzazione delle opere in oggetto da parte dell' "Alto Calore Servizi S.p.a.",

fermo restando il perimetro valutativo del presente parere, come innanzi
esplicitato.

Prof. avv. Giuseppe Fauceglia