

CONSORZIO PER L'AREA
DI SVILUPPO INDUSTRIALE
DELLA PROVINCIA DI AVELLINO

ORIGINALE DI PROCESSO VERBALE DEL COMITATO DIRETTIVO

Seduta in data 29 marzo 2018

Deliberazione n. 2018/7/114

**Oggetto: Prof. Avv Antonio Palma . Parere protocollo consortile n. 1371 del 29 marzo 2018.
Presa d'atto.**

L'anno duemiladiciotto il giorno 29 del mese di marzo alle ore 12,30 in Avellino nella sede del Consorzio si sono riuniti

1. Vincenzo SIRIGNANO	- Presidente	presente
2. Giuseppe Biagio DI IORIO	- Componente	presente
3. Gerardo ADIGLIETTI	- Componente	presente
4. Angelo Antonio LANZA	- Componente	presente
5. Michele SPINAZZOLA	- Componente	presente

Partecipano alla seduta per il Collegio dei Revisori dei Conti:

1. Dott. Vincenzo CARULLO	- Presidente	presente
2. Dott. Marco PUORRO	- Membro effettivo	presente
3. Dott. Marco CORRADO	- Membro effettivo	presente

Il Presidente dell'assemblea, riconosciuta e fatta constatare la legalità dell'adunanza, dichiara aperta la seduta.

Svolge le funzioni di Segretario il Direttore Generale f.f., Ing. Antonio Pizza



IL COMITATO DIRETTIVO

Premesso che il Consorzio con deliberazione n° 2016/19/191 del 25 ottobre 2016 ha richiesto al Prof. Avv. Antonio Palma parere in merito ai pagamenti, da parte dell'Asi, in favore della partecipata CGS, società priva di documento attestante la regolarità contributiva.

Vista la necessità di prendere atto del suindicato parere, che si allega alla presente deliberazione ad unanimità di voti, espressi nelle forme di legge

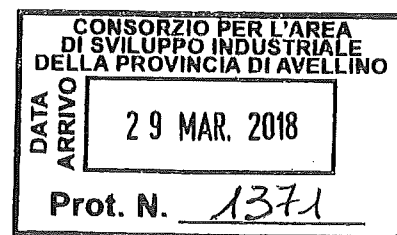
DELIBERA

1. Prendere atto del parere trasmesso all'ente dal Prof. Avv Antonio Palma relativo alla questione emarginata in premessa ed allegato alla presente per farne parte integrante e sostanziale.
2. Incaricare l'Ufficio Amministrativo a trasmettere il presente atto ai competenti Uffici nonché al Responsabile della Trasparenza per gli adempimenti di cui al D.Lgs 33/2013



Data: 28/03/2018 19:50:59

Prof. Avv. Antonio Palma
Via G.G. Orsini n. 30, 80132 Napoli
Tel. 081.7643422 – Fax 081.7644450
studioa.palma@tin.it



Spett.le Consorzio Asi di Avellino

in persona del Presidente p.t.

Dr. Vincenzo Sirignano

Oggetto: Parere – Conferimento in danaro alla CGS, priva di DURC, società partecipata dal Consorzio, alla luce del Nuovo Testo Unico sulle Società Pubbliche (d.lgs. n. 175 del 2016 smi).

1. – Mi si chiede complesso parere in ordine alla legittimità di conferimento in danaro da parte del Consorzio in favore della società partecipata CGS, priva di DURC.

Una breve premessa introduttiva in ordine alla natura del Consorzio Asi di Avellino ed alla *relazione giuridica* che lo lega alla partecipata CGS, pare opportuna.

E' utile muovere dalla l. r. 19/2013, art. 2, co. 2, lett. c) e dallo statuto consortile, art. 3, 5^ cpv., per il quale: *“la gestione e la manutenzione ordinaria delle infrastrutture e dei servizi comuni di ciascun agglomerato potrà essere affidata in concessione come previsto dall'art. 2 comma 2 lettera c punto 3 della legge regionale n. 19/2015”*.

La Legge regionale n. 19 del 6 dicembre 2013, recante disposizioni in materia di *“assetto dei consorzi per le aree di sviluppo industriale”*, all'art. 2 (*Natura giuridica*), dopo aver al comma 1 statuito la natura di *enti pubblici economici* dei consorzi Asi, al comma 2, che qui direttamente interessa, stabilisce quanto segue: *“la struttura e le attività dei consorzi Asi sono disciplinate dagli statuti consortili, nei quali sono, in particolare, determinate: a) le modalità di rappresentanza nel consiglio generale dei consorziati in rapporto proporzionale alle quote sottoscritte ed i requisiti e le modalità di ammissione di eventuali nuovi soci; b) le modalità di rinnovo degli organi dell'ente; c) le funzioni obbligatorie di competenza degli organi del consorzio, tra cui: 1) l'adozione di piani e programmi e la cura delle funzioni relative alla tutela ambientale delle aree, alle espropriazioni dei suoli ed alle eventuali accessioni da assegnare per attività industriali e dei servizi alle imprese ed agli atti di assegnazione degli impianti e dei servizi consortili; 2) la definizione delle forme di confronto con le associazioni imprenditoriali più*

rappresentative del comparto industriale e gli enti locali, anche mediante la convocazione di conferenze periodiche e la predisposizione di sportelli unici consortili, in accordo con gli sportelli dei comuni e della Regione, per promuovere lo sviluppo produttivo nelle zone di intervento, compresa la presentazione di progetti che possono usufruire di finanziamenti regionali, nazionali e dell'Unione europea; 3) l'attività in materia di realizzazione, adeguamento e gestione di infrastrutture, di aree attrezzate e di servizi, anche attraverso la costituzione di società miste che prevedono la partecipazione maggioritaria delle imprese insediate o mediante il ricorso a soggetti esperti, da individuare con procedure di evidenza pubblica; 4) le attività di servizio a sostegno delle iniziative imprenditoriali”.

2. – La C.G.S. è società costituita dal Consorzio Asi di Avellino per la gestione dei servizi ad esso inerenti ed è da questo interamente partecipata, ma, come puntualizzato ampiamente anche in riferimento a pregressa proposta di concordato preventivo ex art. 160 l.f. (pp. 16-27, cui si fa espresso riferimento), non ha natura giuridica di ente pubblico, bensì natura di ente di diritto privato, precisamente “Società Consortile per la gestione dei Servizi di Avellino – G.G.S. Avellino a r.l.” (v. art. 2615 ter cod. civ.): “(...) *escludere la natura di ente pubblico del CGS e per riconoscere ad esso i caratteri di soggetto di diritto privato, in quanto tale assoggettato all'art. 1, l. fall. (...) assume valore decisivo anche il fatto che il CGS svolge attività non in modo esclusivo per l'ente socio ma opera anche per conto e nell'interesse di altri soggetti di diritto privato pubblico e/o privato; dunque, il CGS, operando nel mercato e nel rispetto delle regole di mercato, è da considerare ad ogni effetto non ente pubblico ma soggetto commerciale, anche sotto l'aspetto delle funzioni e delle attività che è chiamata a compiere*” (così, p. 27 della proposta di concordato).

Può, dunque, rilevarsi che un contratto di appalto (per la gestione dei servizi del Consorzio Asi di Avellino, Ente pubblico), quale può essere considerata la “convenzione” di gestione dei servizi di cui si chiede la rinnovazione, sembra potersi distinguere da un analogo contratto concluso tra soggetti privati sia per la rilevanza giuridica assunta dai motivi che spingono la parte pubblica a contrarre sia e soprattutto per le modalità di scelta del contraente. La libertà di scelta del contraente costituisce uno dei fondamentali pilastri dell'autonomia negoziale, per cui il contraente privato, in genere, può scegliere discrezionalmente con chi contrarre; l'ente pubblico, invece, di regola, è tenuto a scegliere il proprio contraente in esito ad una apposita procedura ad evidenza pubblica.

3. – Alla luce di queste brevi considerazioni sembra, dunque, potersi ritenere, anche alla luce delle nuove disposizioni del Testo Unico Sulle Società Pubbliche – che conferma pregressi orientamenti in argomento – le relazioni negoziali tra l'Ente pubblico e la sua



partecipata debbano essere assoggettate alle regole dei *contratti pubblici*, per semplificare ed in sintesi, le regole dell'evidenza pubblica, *ius receptum* attuativo di vincoli comunitari (in argomento, cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen. 3 giugno 2011, n.10; Corte Costituzionale, 4 maggio 2009, n. 148; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574; Corte dei Conti, Sezione regionale Sardegna 29 marzo 2012, n. 28).

Venendo, dunque, alla questione, nei termini sottoposti, è, innanzitutto, da osservare che il documento unico di regolarità contributiva (DURC), è il certificato che, sulla base di un'unica richiesta, attesta contestualmente la regolarità contributiva di un'impresa/lavoratore autonomo per quanto concerne gli adempimenti INPS, INAIL e Cassa Edile (per i lavori), verificati sulla base della rispettiva normativa di riferimento. Il DURC è richiesto ai datori di lavoro - imprese o lavoratori autonomi - nell'ambito delle procedure di appalto pubblico di lavori, servizi e forniture ed è disciplinato da un complesso di fonti normative, fra cui si segnalano l'art. 2 del d.l. 25/09/2002 n. 210 convertito nella l. 22/11/2002 n. 266 (disposizioni urgenti in materia di emersione del lavoro sommerso e di rapporti di lavoro a tempo parziale), l'art. 39 -septies D.L. n. 273/2005 convertito, in L. n. 51/2006, gli artt. 38 e 118 del dlgs 163/06 e s.m.i.(codice dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture), il D.M. del 24/10/07 (relativo alle modalità di rilascio ed ai contenuti analitici del DURC, sia per la concessione di agevolazioni "normative e contributive", sia per gli appalti di lavori servizi e forniture pubbliche che per i lavori privati dell'edilizia, nonché per la fruizione di benefici e sovvenzioni comunitarie), il dlgs. n. 81/08 (Testo Unico Decreto Legislativo sulla Sicurezza e Salute delle Lavoratrici e dei Lavoratori), l'art. 16- bis, co. 10, D.L. n. 185/2008 convertito in L. n. 2/2009. In sintesi, il documento unico di regolarità contributiva (DURC) è necessario ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori, forniture e servizi e per procedere al pagamento delle fatture (stati di avanzamento, saldo finale ecc.) emesse dagli appaltatori, nonché per la verifica dell'idoneità tecnica delle imprese esecutrici di lavori ai fini della sicurezza sui luoghi di lavoro.

La richiesta di DURC deve essere fatta in tutti i casi di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture (per le procedure di acquisizione in economia di beni e servizi, per le spese effettuate tramite la Cassa Economale e per gli appalti di servizi di cui all' Allegato IIB al Dlgs. n. 163/2006 smi), prima della conclusione del contratto (o prima della lettera d'ordine nelle procedure in economia) e prima di procedere al pagamento delle fatture emesse dalle imprese appaltatrici.

In disparte ogni ulteriore considerazione anche in merito all'attività/inattività dell'impresa, in caso di assenza del DURC, la disciplina general di riferimento, al fine di

assicurare necessari controlli, rende, oggi, necessario il possesso del DURc allorché si tratti di *contratti pubblici*, nell'alveo dei quali sembra poter essere inquadrata anche la fattispecie in indagine.

4. – Vi sono ulteriori ragioni di interesse generale e sopravvenute, anche alla luce del Nuovo Testo Unico sulle Società Pubbliche (d.lgs. n. 175 del 2016 smi), che sembrano deporre nel senso della massima cautela in caso di conferimenti in danaro dall'Ente pubblico alla sua partecipata; e, tendenzialmente, in termini negativi.

Si ricordi, in argomento, una nota decisione della Corte dei Conti, Sezione Regionale del Piemonte, deliberazione n. 61/2010 del 21 Ottobre 2010, per la quale: “nelle società pubbliche non quotate, qualora si verificano per tre esercizi consecutivi perdite di esercizio ovvero utilizzazione di riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali, è vietato procedere ad aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, o rilasciare garanzie, al fine di evitare il cronicizzarsi di una situazione di evidente dissesto (art.6, comma 19, d.lgs78/2010). Tuttavia, è fatta salva la disposizione del codice civile (art. 2447) che prevede l'obbligo di ricapitalizzazione per le società che abbiano registrato la perdita per oltre un terzo del capitale con riduzione dello stesso”.

In ipotesi di simili finanziamenti, sembra, dunque, doversi avere in debita considerazione il rischio del possibile configurarsi o meno di fattispecie di “Aiuto di Stato”, con ovvie e note conseguenze in termini di invalidità (nullità) degli atti posti in essere per violazione delle prefate regole generali e sovraordinate di concorrenza e trasparenza.

In un simile contesto è intervenuto il Testo Unico sulle società pubbliche, il cui art. 14, *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, dopo aver statuito la *fallibilità* delle società pubbliche, ha previsto, per ciò che qui direttamente interessa, al comma 4 che: “non costituisce provvedimento adeguato, ai sensi dei commi 1 e 2, la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte, approvato ai sensi del comma 4, anche in deroga al comma 5”; prosegue, difatti, il comma 5, “le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile, effettuare



aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, ne' rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti straordinari alle società di cui al primo periodo, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti con le modalità di cui all'articolo 5, che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma”.

5. – Dunque, solo alle precisate condizioni può ritenersi legittimo e valido un conferimento di capitale tra l'Ente pubblico e la sua partecipata, previa adozione, in ogni caso, di un piano di risanamento/ristrutturazione delle perdite.

Non un semplice piano di “ripianamento delle perdite”, che la prima parte del citato comma 4 dell'art. 14 non ritiene “provvedimento idoneo”; bensì, “un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte, approvato ai sensi del comma 4, anche in deroga al comma 5”.

Insomma, un “piano industriale” che dimostri la capacità dell'ente partecipato di raggiungere l'equilibrio finanziario, economico e reddituale, in modo tale da assicurare il regolare adempimento delle proprie obbligazioni.

Difatti, il comma 4 dell'art. 14 impone di provare, nell'ambito del piano industriale, “concrete prospettive di recupero della capacità aziendale” in direzione dell' “equilibrio economico”, richiamando, in tal senso, la disciplina di cui al d.lgs. n. 270 del 1999, meglio noto come “Prodi bis”, con la conseguenza che il piano industriale di cui si discute – a differenza di altri piani di “liquidazione” – non ha come scopo il pagamento dei debiti aziendali, bensì, come indicato, il recupero della capacità aziendale. Ciò spiega anche il

perché il piano industriale di cui all'art. 14 co. 4, a differenza del piano di risanamento contemplato nell'art. 67 della l. fall., non necessita dell'asseverazione di un esperto.

Come in parte dianzi indicato, il fondamento della previsione del piano industriale, in casi quali quello in esame, è, oltre che assicurare principi di controllo, trasparenza e correttezza di gestione di pubblici finanziamenti in denaro, anche evitare i cd. aiuti di Stato alle imprese in crisi.

L'Ente pubblico, dunque, non potrà, ai sensi della citata normativa effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito o prestare garanzie a favore di partecipate ed al di fuori di un piano industriale, eccettuate le ipotesi di cui agli artt. 2447 e 2482 ter c.c., richiamate dall'art. 14, e che riguardano il caso di perdite al di sotto del minimo del capitale sociale, tali, com'è, noto da determinare lo scioglimento della società; ed in favore, prosegue il citato comma 5 dell'art. 14, di società partecipate "che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti straordinari alle società di cui al primo periodo, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei conti con le modalità di cui all'articolo 5, che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma".

La differenza tra i due commi (4 e 5) è che il piano di risanamento di cui al comma 5 deve prevedere il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro 3 anni nel caso del comma 5; nessun termine è, invece, previsto nel caso del comma 4, il cui piano può, dunque, prevedere il raggiungimento dell'equilibrio in un tempo maggiore.

Lo scopo del piano industriale di ristrutturazione, nei termini precisati, appare proprio quello di evitare lo scioglimento e la liquidazione della società.

E', dunque, forse, corretto osservare una possibile equiparabilità tra un piano di liquidazione o concordatario (il CGS risulta in liquidazione) ed un piano industriale di ristrutturazione chiesto dalla citata normativa, ove il piano presenti i requisiti richiesti dalla

legge e ne rispetti le condizioni. Difatti, ove, come appare nel caso specifico, il piano di risanamento non risulti essere semplicemente rivolto alla liquidazione dei debiti, bensì al recupero della capacità aziendale in direzione del raggiungimento dell'equilibrio di gestione finanziaria, economica e reddituale, un simile piano, in questa direzione, assumere valore di strumento di rendiconto finanziario, com'è noto, introdotto dal d.lgs. n. 139 del 2015, come elemento del bilancio di esercizio (v. artt. 2423-2425 ter c.c.); e, di conseguenza, nei termini precisati, rendere possibile il conferimento di cui si discute.

Fiducioso di aver soddisfatto le Vostre richieste e restando a disposizione per ogni eventuale ed ulteriore chiarimento,

distinti saluti,

Napoli, il 28/03/2018

Prof. Avv. Antonio Palma

(atto firmato digitalmente)



Da: "studioa.palma@tin.it" <studioa.palma@tin.it>

A: "info@asi.av.it" <info@asi.av.it>

Data mercoledì 28 marzo 2018 - 19:57

Oggetto: parere Prof. Avv. Antonio Palma - Consorzio Asi Avellino Conferimento CGS

Egr. Sig. Presidente Vincenzo Sirignano,
invio, in allegato, il parere richiesto.
Cordialmente
Prof. Avv. Antonio Palma,

Allegato(I)

Parere Consorzio ASI Avellino conferimento in danaro CGS partecipata.pdf