Orientamenti giurisprudenziali

APPALTI PUBBLICI E FALLIMENTO DELL'APPALTATORE: IL CREDITO DEL SUBAPPALTATORE – L'ORIENTAMENTO DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA GIURISPRUDENZA DI MERITO

Il Codice degli Appalti, contenuto nel D.Lgs. 12.4.2006 n. 163, prevede, all'art. 118 comma 3, una speciale disciplina volta ad assicurare il pagamento degli importi dovuti dall'appaltatore ai subappaltatori. Peraltro, in caso di fallimento dell'appaltatore, si pone il problema di coordinare la predetta disciplina con le norme ed i principi della procedura fallimentare. Al riguardo la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 3402/2012, ha introdotto un principio che però alcuni tribunali hanno contestato e disatteso.

L'art. 118 comma 3 del D.Lgs. n. 163/200 prevede, in tutti i casi in cui il bando di gara non indica che la stazione appaltante provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite, che "*è fatto obbligo agli affidatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate. Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanzate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari*". Pertanto, in base alla predetta norma, il pagamento al subappaltatore costituisce condizione di esigibilità per il credito dell'appaltatore, nel senso che quest'ultimo può pretendere dall'ente appaltante le somme ancora dovutegli solo se dimostra di aver pagato con quelle già riscosse il subappaltatore.

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 3402/2012, ha ritenuto applicabile la suddetta norma anche dopo la dichiarazione di fallimento dell'appaltatore e da ciò ha fatto derivare un'importante conseguenza in termini di tutela del credito del subappaltatore nell'ambito della procedura fallimentare.

Bisogna infatti considerare che, ai sensi dell'art. 111 della legge fallimentare, le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate, in primo luogo, per il pagamento dei crediti prededucibili, in secondo luogo per il pagamento dei crediti privilegiati, in terzo luogo per il pagamento dei crediti chirografari. Secondo la predetta norma, "*sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge*". Pertanto, ai sensi della norma in esame, la prededuzione viene riconosciuta o in base ad un criterio temporale (credito sorto "*in occasione*" di una procedura concorsuale: ad esempio, quello del locatore per il pagamento dei canoni maturati dopo l'apertura della procedura stessa) o in base ad un criterio teleologico (credito sorto "*in funzione*" di una procedura concorsuale: ad esempio, quello del professionista che ha compiuto la stima di un bene per la sua liquidazione).

Nella sentenza sopra richiamata la Corte di Cassazione ha interpretato in maniera estensiva il concetto di prededuzione precisando che "*il collega-*

Viale San Francesco d'Assisi, 8
38122 TRENTO
T. +39 0461 231000 | 260200 | 261977
F. +39 0461 269518
studio@slm.tn.it
www.slm.tn.it

mento "occasionale" ovvero "funzionale" posto dal dettato normativo deve intendersi riferito al nesso, non tanto cronologico né solo teleologico, tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura ... ma altresì nel senso che il pagamento di quel credito, ancorchè avente natura concorsuale, rientra negli interessi della massa ... in questa prospettiva, la prededuzione attua un meccanismo satisfattorio destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte al suo interno, ma tutte quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare ed influiscono per l'effetto sugli interessi dell'intero ceto creditorio". Fatta questa premessa e rilevato che, in forza dell'art. 118 comma 3 D.Lgs. 163/2006, il pagamento del credito del subappaltatore "*si atteggia ... quale condizione di esigibilità del credito che la fallita vanta a sua volta verso la stazione appaltante*", la Suprema Corte ha concluso che il predetto pagamento si pone "*in termini di funzionalità rispetto agli interessi della procedura",* nel senso che esiste *"l'interesse della massa a quel pagamento",* grazie al quale è possibile ottenere il pagamento della somma dovuta dall'ente appaltante all'appaltatore fallito, *"di cui si avvantaggia l'intero ceto creditorio".* Ne deriva, secondo la Corte di Cassazione, la necessità di riconoscere tra i crediti prededucibili il credito del subappaltatore, perché, "*solo se assistito da prededuzione può essere eseguito con preferenza seppur a seguito di riparto*".

Dopo la suddetta sentenza, la maggior parte della giurisprudenza di merito si è adeguata al principio affermato dalla Suprema Corte. Peraltro, anche a seguito della modifica dell'art. 118 comma 3 ed all'introduzione del comma 3 *bis* (di cui si dirà *infra*), non sono mancate pronunce di segno contrario.

In particolare, il Tribunale di Bolzano, con decreto di data 25.2.2014, in sede di ammissione allo stato passivo non ha riconosciuto la prededucibilità al credito di un subappaltatore. Ravvisando la *ratio* dell'art. 118 comma 3 "*nell'esigenza di tutela della Pubblica Amministrazione, il cui interesse primario è quello di vedere realizzata l'opera pubblica*" e quindi "*di sapere che i denari versati alla società appaltatrice per i S.A.L. (...) via via maturati siano stati da questa correttamente destinati ai subappaltatori*", il suddetto Tribunale ha concluso che l'art. 118 comma 3 "*trova applicazione solamente nei rapporti tra ente pubblico e società appaltatrice che continui o sia in grado di continuare la propria attività oggetto del contratto d'appalto*"; ciò non accade, precisa la citata Corte, in caso di fallimento, in seguito al quale il contratto di appalto con l'ente pubblico si scioglie *ipso iure*, come confermano gli art. 38 e 140 D.Lgs. 106/2003 e stante l'inapplicabilità dell'art. 81 L.F..

Alla stessa conclusione è giunto anche il Tribunale di Milano – decreto n. 10782 di data 17.7.2014 – il quale, sconfessando anch'esso la sentenza della Suprema Corte, ha negato la prededucibilità al credito di un subappaltatore, posto che, *"essendosi il contratto di appalto pubblico sciolto, non può trovare applicazione la relativa disciplina ... Non è pertanto configurabile il presupposto giuridico al quale la Suprema Corte ha ancorato la prededucibilità del credito del subappaltatore, ossia che il credito della stazione appaltante – fallita – sia esigibile solo previo pagamento di quello del subappaltatore*".

In questo senso si è espresso anche il Tribunale di Pavia (decreto 26.2.2014), il quale, dopo aver osservato che l'art. 118 comma 3 tutela sia il subappaltatore, o attraverso il pagamento diretto o attraverso il controllo delle fatture quietanzate, sia l'ente appaltante, non esponendolo a doppi pagamenti, ha concluso che la suddetta norma non si applica in caso di fallimento, allorquando viene meno l'esigenza di tutela sottesa alla norma stessa: il subappaltatore "*trova soddisfazione nella valutazione della propria posizione creditoria in sede di verifica del passivo; la stazione appaltante è garantita dal fatto che non sarà più esposta ad eventuali doppi pagamenti in quanto, una volta pagata la procedura fallimentare, sarà questa a farsi carico, in sede di riparto, della soddisfazione di tutti i creditori anteriori*".

E' utile osservare che, tanto il Tribunale di Bolzano quanto il Tribunale di Pavia, hanno richiamato nelle loro motivazioni la modifica dell'art. 118 sopra accennata. Infatti, con D.L. 23.12.2013 n. 145, conver-

Viale San Francesco d'Assisi, 8
38122 TRENTO
T. +39 0461 231000 | 260200 | 261977
F. +39 0461 269518
studio@slm.tn.it
www.slm.tn.it

tito dalla L. 21.2.2014 n. 9, è stato aggiunto un periodo al comma 3 dell'art. 118, il quale prevede che, "*ove ricorrano condizioni di crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario, comprovate da reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti*", "*per il contratto di appalto in corso*" la stazione appaltante, "*sentito l'affidatario, anche in deroga alle previsioni del bando di gara*", può provvedere al pagamento diretto del subappaltatore. Secondo il Tribunale di Bolzano, quest'ultima previsione conferma che l'art. 118 comma 3 "*trova applicazione solamente nei rapporti tra ente pubblico e società appaltatrice che continui o sia in grado di continuare la propria attività oggetto del contratto d'appalto*".

Il D.L. 145/2013 ha inoltre introdotto il comma 3 bis dell'art. 118, secondo il quale, "*anche per i contratti di appalto in corso*", la stazione appaltante può sempre provvedere al pagamento del subappaltatore "*nella pendenza di procedura di concordato preventivo con continuità aziendale ... secondo le determinazioni del tribunale competente per l'ammissione alla predetta procedura*". Parrebbe quindi che, quando ha voluto estendere l'art. 118 alle procedure concorsuali, il legislatore le abbia espressamente citate (come ha osservato il Tribunale di Pavia), e che il riferimento specifico al concordato in continuità comprovi che l'art. 118 comma 3 si applica soltanto quando il contratto di appalto prosegue e non quando cessa, come in caso di fallimento (così il Tribunale di Bolzano).

Da ultimo merita un cenno l'ipotesi in cui il bando di gara preveda il pagamento diretto del subappaltatore da parte della stazione appaltante. In tal caso si ritiene che quest'ultima sia tenuta all'adempimento di un debito altrui, e cioè dell'appaltatore, che rimane l'unico obbligato. Pertanto, in caso di suo fallimento, la stazione appaltante dovrà pagare le somme dovute al Curatore, che le distribuirà nel rispetto dei principi del concorso, a cui parteciperà anche il subappaltatore (si veda "*Il subappalto dei lavori pubblici. Commento e modulistica*" a cura di Lia Sadile, Giuffrè Editore, Milano 2014).

ULTERIORI INFORMAZIONI SU QUESTO ARGOMENTO O SU FATTISPECIE CORRELATE POSSONO ESSERE RICHIESTE A:

avv. Stefano Grassi
+39 0461 23100 – 260200 - 261977
sg@slm.tn.it

DISCLAIMER

Le Newsletter di SLM rappresentano uno strumento di informazione gratuito a disposizione di tutti coloro che siano interessati a riceverle (newletter@slm.tn.it). Le Newsletter di SLM non possono in alcun caso essere considerate pareri legali, né possono essere ritenute idonee a risolvere casi specifici in assenza di una preventiva valutazione della fattispecie concreta da parte di un legale.

INFORMATIVA EX ART. 13 D. LGS. 196/2003

Le Newsletter di SLM sono inviate esclusivamente a soggetti che hanno liberamente fornito i propri dati personali in ragione di rapporti professionali intercorsi con SLM o in occasione di convegni, seminari, master, o eventi di altro genere. I dati forniti sono trattati secondo le modalità indicate dal decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali). A tal fine i dati possono essere trattati
con o senza l'ausilio di mezzi elettronici e/o telematici ed essere comunicati per le medesime finalità ai dipendenti e collaboratori di SLM.
Il titolare dei dati personali ha i diritti previsti dall'art. 7 del "Codice in materia di protezione dei dati personali", tra cui il diritto di ottenere: i) la conferma dell'esistenza dei dati che lo riguardano e la loro comunicazione; ii) l'aggiornamento, la rettifica, l'integrazione e la cancellazione dei medesimi. Il titolare dei dati personali può inoltre opporsi all'ulteriore trattamento dei suoi dati.

Il titolare del trattamento è lo Studio Legale Marchionni & Associati (SLM), con sede in Trento, Viale San Francesco d'Assisi n. 8. Il responsabile del trattamento è l'avv. Rosanna Visintainer, alla quale il titolare dei dati personali può rivolgersi, tramite l'indirizzo e-mail rv@slm.tn.it, per esercitare i diritti sopra indicati e per ottenere ulteriori informazioni.
Chi avesse ricevuto o ricevesse le Newsletter di SLM per errore oppure desiderasse non ricevere più comunicazioni di questo tipo in futuro può comunicarlo inviando una email a rv@slm.tn.it.

Viale San Francesco d'Assisi, 8
38122 TRENTO
T. +39 0461 231000 | 260200 | 261977
F. +39 0461 269518
studio@slm.tn.it
www.slm.tn.it