



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PARERE N. 201 DEL 25 NOVEMBRE 2015

PREC 156/15/L

OGGETTO: Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs.163/2006 presentata dal Comune di Lagosanto (FE) e dalla ARCO Lavori Soc. coop. cons.– Affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dell'appalto dei lavori di realizzazione di un polo scolastico – Nido e Materna in Lagosanto con sistemazione delle aree esterne per la sicurezza idraulica del sito – Importo euro 3.199.500,00 + 111.500,00 oneri per la sicurezza S.A. Comune di Lagosanto (FE)

Pagamento ai subappaltatori previo rilascio di fatture quietanzate - fallimento della consorziata esecutrice

Nel caso di fallimento della consorziata indicata come esecutrice, il Consorzio, dopo aver ricevuto il pagamento del corrispettivo accantonato dalla stazione appaltante, dovrà pagare la consorziata fallita relazionandosi con la procedura fallimentare.

Art. 118, co. 3 e 3-bis d.lgs. 163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere prot. 65786 del 26 maggio 2015, il Comune di Lagosanto e la ARCO Lavori Soc. coop. cons., affidataria dei lavori in oggetto che aveva indicato come esecutrice la propria consorziata Edile Carpentieri Srl, hanno chiesto parere, a lavori ormai ultimati, in relazione alla questione dei pagamenti ai subappaltatori. Sul punto hanno rappresentato che, non essendo stato previsto nel bando il pagamento diretto ai subappaltatori, il Comune eseguiva i pagamenti a favore della ARCO Lavori Soc. coop. cons. previa acquisizione delle fatture quietanzate. Tuttavia, a seguito del fallimento della ditta esecutrice Edile Carpentieri Srl, le fatture quietanzate non venivano più rilasciate e la S.A. accantonava le somme dovute.

Chiedono pertanto se il Comune debba essere considerato debitore della consorziata Edile Carpentieri Srl e se si possa procedere al pagamento delle somme accantonate; se la ARCO Lavori Soc. coop. cons. debba farsi carico del pagamento dei crediti vantati dai subappaltatori nei confronti della propria consorziata, affinché possano essere rilasciate le fatture quietanzate.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Ritenuto in diritto

La questione oggetto dell'istanza di parere riguarda il pagamento dei subappaltatori nell'ipotesi di fallimento dell'impresa consorziata esecutrice.

L'art. 2.21 del Capitolato Speciale d'Appalto recante "Pagamento dei subappaltatori" stabilisce che «La ditta aggiudicataria effettuerà il pagamento diretto dei subappaltatori e dei cottimisti, [...] ed è obbligata a trasmettere alla stessa Stazione Appaltante, entro 20 (venti) giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da esso corrisposti ai medesimi subappaltatori o cottimisti, con l'indicazione delle eventuali ritenute di garanzia effettuate».

Come noto, l'art. 118, co. 3 d.lgs. n. 163/2006 detta una disciplina di tutela a favore dei subappaltatori di un pubblico appalto, stabilendo che il bando di gara e poi il contratto devono prevedere, in alternativa, o il pagamento diretto in loro favore dell'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite o la prova a carico dell'appaltatore dell'avvenuto loro pagamento. In quest'ultimo caso è sancito l'obbligo, in capo all'appaltatore, "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".

In proposito, il Parere sulla Normativa AG 26/12 del 7 marzo 2013, richiamato anche dagli istanti, chiariva che, intanto, è da escludere che la stazione appaltante possa essere considerata debitrice dell'impresa consorziata fallita. Anche nel caso di specie, infatti, il contratto di appalto è stato concluso tra il Comune e la ARCO Lavori Soc. coop. cons., che si è limitata a designare l'impresa esecutrice; tale designazione è un atto rilevante solo nei rapporti interni tra il consorzio e le sue consorziate e determina unicamente una distribuzione interna di responsabilità, inopponibile ai terzi.

Inoltre, le modalità di pagamento del corrispettivo sono parte integrante dell'accordo contrattuale e un'eventuale loro modifica in executivis, purchè debitamente motivata, sarebbe possibile solo con il consenso dell'appaltatore e del subappaltatore (Avcp Parere sulla normativa AG 4/12 del 17 maggio 2012).

Con il richiamato Parere sulla Normativa AG 26/12 si riteneva dunque che la stazione appaltante deve pagare al Consorzio le somme accantonate, non potendo perdurare, stante il fallimento, il meccanismo del pagamento previa esibizione della fatture quietanzate, dal momento che la consorziata fallita non può più eseguire autonomamente alcun pagamento. Quindi il Consorzio affidatario, dopo aver ricevuto il pagamento del corrispettivo accantonato dalla stazione appaltante, paga la consorziata fallita necessariamente relazionandosi con la procedura fallimentare, senza poter eseguire pagamenti diretti ai subappaltatori. In considerazione della delicata posizione di questi ultimi si evidenziava poi la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione n. 3402/2012, la quale qualifica come prededucibile il



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

credito dei subappaltatori, e dunque idoneo a essere soddisfatto con precedenza rispetto agli altri crediti concorsuali.

Occorre inoltre evidenziare l'ultimo periodo del citato art. 118, co. 3, come modificato dalla legge 21 febbraio 2014 n. 9 (di conversione del d.l. 23 dicembre 2013, n. 145 "Destinazione Italia"), a tenore del quale: «Ove ricorrano condizioni di crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario, comprovate da reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti, o anche dei diversi soggetti che eventualmente lo compongono, accertate dalla stazione appaltante, per il contratto di appalto in corso può provvedersi, sentito l'affidatario, anche in deroga alle previsioni del bando di gara, al pagamento diretto alle mandanti, alle società, anche consortili, eventualmente costituite per l'esecuzione unitaria dei lavori a norma dell'articolo 93 del regolamento di cui al d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, nonché al subappaltatore o al cottimista dell'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite». Il successivo comma 3-bis prevede poi che «E' sempre consentito alla stazione appaltante, anche per i contratti di appalto in corso, nella pendenza di procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, provvedere ai pagamenti dovuti per le prestazioni eseguite [...] dai subappaltatori e dai cottimisti, secondo le determinazioni del tribunale competente per l'ammissione alla predetta procedura».

La Relazione Tecnica al predetto ddl chiariva che le modifiche all'art. 118 erano finalizzate a risolvere le gravi problematiche derivanti dalla gestione dei contratti di appalto in corso di esecuzione nei casi di particolare urgenza inerenti il completamento dell'esecuzione, ovvero ove sopraggiunga una situazione di crisi aziendale dell'impresa appaltante, al fine di armonizzare il contenuto di tale previsione con lo spirito della disciplina sul concordato preventivo, che è quello di garantire la continuità aziendale o comunque l'accrescimento e conservazione del valore degli asset dell'impresa. Infatti, nel caso in cui l'appaltatore sia soggetto a tale procedura, si troverebbe in una situazione di oggettiva impossibilità a far fronte ai pagamenti dovuti nei confronti dei subappaltatori. In tale ottica si riteneva opportuno prevedere che la stazione appaltante versi i corrispettivi dovuti per l'appalto, distintamente all'appaltatore principale e ai subappaltatori, secondo le istruzioni impartite dal Tribunale competente, in modo da salvaguardare sia la parità di condizione tra i creditori dell'appaltatore in crisi aziendale, sia la prosecuzione dell'appalto. Il comma 3-bis, in particolare, raccorda la norma con la disciplina fallimentare degli strumenti negoziali di superamento della crisi aziendale - come il concordato preventivo con continuità aziendale - che consentono la continuità aziendale, con lo scopo di riattivarne l'attività imprenditoriale e quindi di consentire la prosecuzione dei contratti pubblici.

Alla luce di quanto appena esposto, si rileva quindi che, da un lato, la stazione appaltante ha la facoltà, sentito l'affidatario, di procedere al pagamento diretto in favore dei subappaltatori nell'ipotesi di conclamata "crisi di liquidità finanziaria" dell'appaltatore, desumibile anche da "reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti". Tale disposizione trova applicazione anche ai rapporti in corso e in deroga alle previsioni del bando di gara.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Dall'altro le è sempre consentito provvedere ai pagamenti in caso di pendenza di concordato preventivo con continuità aziendale, mentre non sono espressamente contemplate dalla norma altre procedure concordatarie.

In base ai principi sopra esposti, si ritiene pertanto che nel caso di specie, trattandosi di procedura fallimentare a carico della ditta consorziata esecutrice, la ARCO Lavori Soc. coop. cons. affidataria sarà tenuta ad eseguire il pagamento di quanto ad essa dovuto nelle mani del curatore fallimentare; i subappaltatori che abbiano presentato istanza di ammissione al passivo potranno chiedere di essere soddisfatti in prededuzione, in ossequio ai principi derivanti dalla citata pronuncia della Suprema Corte di Cassazione.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- il Consorzio istante, dopo aver ricevuto il pagamento del corrispettivo accantonato dalla stazione appaltante, dovrà pagare la consorziata fallita relazionandosi con la procedura fallimentare.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 3 dicembre 2015

Il Segretario Rosetta Greco