

Determinazione n. 7 del 28/4/2004

AG 3-04

Oggetto: mancato pagamento ai subappaltatori

Il Consiglio

Considerato in fatto

La società Valcantieri s.p.a. (già GE.CO. s.r.l.) ha chiesto all'Autorità di esprimere il proprio avviso in ordine all'esatta interpretazione dell'art. 18, comma 3 bis, della legge 19 marzo 1990 n. 55, e segnatamente in ordine ai poteri riconosciuti in capo alla stazione appaltante in caso di mancata consegna da parte dell'appaltatore delle fatture quietanzate dei subappaltatori.

Ritenuto in diritto

Preliminarmente deve osservarsi che l'Autorità ha già svolto le proprie considerazioni in materia di pagamenti ai subappaltatori, in particolare nella determinazione n. 8 del 26 marzo 2003, nella quale è stato affermato che, ai sensi dell'art. 18, comma 3 bis della legge n. 55/1990, la stazione appaltante, dandone notizia nel bando di gara, può optare, per il pagamento delle lavorazioni affidate in subappalto, per una delle due seguenti discipline :

a) pagamento - alla maturazione secondo quanto previsto dal contratto di appalto di ogni stato di avanzamento - direttamente al subappaltatore in base alla specificazione dell'importo delle lavorazioni eseguite dal subappaltatore fornita dall'appaltatore;

b) pagamento nei confronti dell'appaltatore, con l'obbligo per quest'ultimo di trasmettere alla stazione appaltante, entro 20 giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei suoi confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti corrisposti al subappaltatore con l'indicazione delle ritenute a garanzia effettuate.

L'Autorità ha, altresì, espresso avviso in ordine al mancato invio da parte dell'appaltatore delle fatture quietanzate del subappaltatore, entro i termini indicati dalla norma in esame, nella deliberazione n. 209 del 24-25 luglio 2002, nella quale è stata ritenuta illegittima, in tale circostanza, la sospensione dei pagamenti nei confronti dell'appaltatore, in quanto l'art. 18, comma 3 bis, della legge 55/1990 e s.m. non riconosce espressamente tale facoltà all'amministrazione.

Quanto sopra, in virtù del fatto che nessun rapporto giuridico sorge, in virtù del contratto di subappalto o della sua autorizzazione, tra stazione appaltante e subappaltatore, posto che la suddetta autorizzazione comporta solo che il subappalto è consentito e null'altro: nessuna azione diretta compete, pertanto, alla pubblica amministrazione nei confronti del subappaltatore, e viceversa.

Infatti, l'art. 18, comma 3 bis, della legge 55/90, stabilisce che *"i pagamenti relativi ai lavori svolti dal subappaltatore o dal cottimista verranno effettuati dall'aggiudicatario che è obbligato a trasmettere entro 20 giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato, copia delle fatture quietanzate con l'indicazione delle ritenute a garanzia effettuate"*, ma nulla dispone in ordine alle conseguenze per il mancato invio delle fatture quietanzate del subappaltatore alla stazione appaltante.

Di conseguenza, non sembra consentito che il comportamento in esame possa giustificare, come invece asserito dalla richiedente, una trattenuta da parte della committenza delle somme ancora dovute all'appaltatore stesso, e ciò proprio in virtù dell'autonomia del rapporto contrattuale di subappalto, rispetto a quello principale d'appalto intercorrente tra P.A. ed aggiudicatario, pur se a quest'ultimo collegato in quanto negozio giuridico secondario.

Ne deriva che nel caso in cui la stazione appaltante, come nella fattispecie in esame, abbia stabilito che il pagamento nei confronti del subappaltatore è a carico del solo appaltatore, non insorgendo alcun rapporto giuridico fra pubblica amministrazione e subappaltatore, nessuna azione diretta compete alla prima nei confronti di quest'ultimo, il quale tuttavia, per il recupero dei suoi crediti, può invocare la disposizione di cui all'art. 353 della Legge 20 marzo 1865 n. 2248 All. F, circa la concessione preferenziale di sequestri sulle somme dovute all'appaltatore dalla pubblica amministrazione.

Tuttavia, preme evidenziare che l'art. 18, comma 3 bis, della legge n. 55/1990, sopra riportato, stabilisce che l'*"aggiudicatario (...) è obbligato a trasmettere entro 20 giorni (...) copia delle fatture quietanzate (...)"*. La norma pur non prevedendo, come in precedenza evidenziato, espressamente le conseguenze derivanti dal mancato rispetto della stessa, pone però in capo all'aggiudicatario un obbligo nei confronti della stazione appaltante e detto obbligo rientra a tutti gli effetti tra gli obblighi contrattuali che l'impresa assume con la sottoscrizione del contratto.

Pertanto, si ritiene che l'incombenza non soddisfatta configuri un'ipotesi di *inadempimento contrattuale* dell'appaltatore, idonea a giustificare l'escussione della cauzione definitiva rilasciata da quest'ultimo.

Deve, infatti, considerarsi che l'art. 30, comma 2, della legge quadro, stabilisce che la "*garanzia copre gli oneri per il mancato o inesatto adempimento (.....)*", mentre l'art. 101 del D.P.R. n. 554/99 e s.m., che integra la predetta norma, sancisce che la cauzione definitiva e' finalizzata a garantire l'adempimento di "*tutte le obbligazioni del contratto (...)*".

La garanzia *de qua* garantisce, dunque, l'adempimento di tutte le obbligazioni dedotte in contratto e percio' anche di quelle che comportano prestazioni da parte dell'appaltatore nei confronti di terzi al cui adempimento l'Amministrazione e' comunque interessata sotto il profilo della tutela dell'interesse pubblico generale.

Deve, tuttavia, osservarsi che l'Amministrazione, accertato l'inadempimento de quo, non e' legittimata a procedere direttamente all'escussione della suddetta cauzione, non essendo espressamente previsto, in tali circostanze, un meccanismo di incameramento automatico della garanzia, come quello invece esperibile, ad esempio, per la cauzione provvisoria, in seguito alla procedura di verifica dei requisiti ai sensi dell'art. 10, comma 1 *quater*, della legge quadro.

L'incameramento della suddetta garanzia e', pertanto, subordinato alla preventiva risoluzione del relativo contratto d'appalto, da effettuarsi ad opera della stazione appaltante nel rispetto dei presupposti, delle modalita' e dei termini di cui all'art. 119 del D.P.R. n. 554/99.

La suddetta disposizione prevede, infatti, una particolare procedura da attivarsi in ogni caso in cui sia stato accertato un comportamento da parte dell'appaltatore tale da "*concretare un grave inadempimento delle obbligazioni del contratto*"

Sara' pertanto opportuno, qualora ricorrano le circostanze in esame, che l'amministrazione interessata proceda ad una formale contestazione dell'addebito all'appaltatore, assegnando allo stesso un termine non inferiore a 15 giorni entro il quale trasmettere le fatture quietanzate del subappaltatore, o per lo meno fornire i chiarimenti necessari a giustificare l'omesso tempestivo invio delle stesse.

Pertanto nel caso in cui l'appaltatore non abbia fatto pervenire in tempo utile le suddette fatture ovvero siano state comunque valutate negativamente le giustificazioni addotte in merito all'omesso tempestivo adempimento di tale obbligo contrattuale, la stazione appaltante potra' disporre la risoluzione del contratto, con conseguente escussione della garanzia fidejussoria, secondo le procedure previste dalla normativa vigente.

Sulla base delle argomentazioni svolte l'Autorita' ritiene che:

- l'inadempimento dell'obbligo previsto dall'art. 18 comma 3 bis della legge 55/1990, puo' concretizzare gli estremi di un grave inadempimento contrattuale da parte dell'appaltatore, qualora sia accertato che lo stesso non e' frutto di un mero ritardo di trasmissione ma di un effettivo mancato pagamento nei confronti del subappaltatore; in tal caso esso rappresenta un valido presupposto per la preventiva risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 119 del DPR 554/99 e la successiva escussione della garanzia fideiussoria, di cui agli artt. 30 comma 2 della legge 109/94 e 101 del DPR n. 554/99.