

Al Gestore Servizi Energetici

All' Irpe s.p.a

Alla SG Soluzioni Logistiche S.p.A.

All'ANCE - Padova

Al Comune di Noventa Padovana

Alla C.E.ST Costruzioni Edili Stradali

Alla C.P.M. - Cooperativa Padovana Muratori soc. coop.r.l.

Alla Città di Foligno

Dott. Comm. Riccardo Bonivento

AG 30/2011

10 novembre 2011

Oggetto: richieste di parere ai sensi del Regolamento interno sulla istruttoria dei quesiti giuridici - Gestore Servizi Elettrici, ANCE Padova e Comune di Foligno - problematiche relative al rapporto tra la disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali e il diritto dei contratti pubblici.

In esito a quanto richiesto con distinte istanze di parere dal Gestore dei Servizi Energetici (di seguito, GSE), dall'Associazione Nazionale Costruttori Edili di Padova (di seguito, Ance) e dal Comune di Foligno - acquisite al protocollo dell'Autorità n. 66251 in data 21 giugno 2011, n. 68725 in data 27 giugno 2011, n. 73869 in data 13 luglio 2011 e riunite per connessione oggettiva, in quanto relative al rapporto tra la disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali e il diritto dei contratti pubblici - si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 9 e 10 novembre 2011 ha approvato le seguenti considerazioni.

Al fine di un corretto inquadramento giuridico delle questioni sottoposte si rende necessaria, preliminarmente, la ricognizione del quadro normativo e dei precedenti dell'Autorità in materia.

Giova ricordare, in via preliminare, che, ai sensi dell'art. 118, co. 3 del d. lgs. 163/2006, la stazione appaltante, al momento della indizione della procedura di gara, prevede nel bando di gara che corrisponderà "direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite o, in alternativa, 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".

È stato più volte affermato dall'Autorità e dalla giurisprudenza che il contratto di subappalto, pur potendo essere ricompreso nella categoria dei contratti derivati e subendo pertanto alcuni effetti dal contratto soprastante, mantiene comunque un elevato grado di autonomia rispetto al contratto di appalto. Pertanto, non si creerebbe tra la stazione appaltante ed il subappaltatore alcun rapporto diretto di debito/credito (Cass. civ. Sez. II, 21 ottobre 2009, n. 22344; Cass. civ. Sez. I, 9 settembre 2004, n. 18196; Cass., 24 luglio 2000, n. 9684; Cass. civ. Sez. II, 29 maggio 1999, n. 5237; AVCP, determinazione 26 marzo 2003, n. 8, determinazione 28 aprile 2004, n. 7, deliberazione 23 novembre 2004, n. 157). In particolare, l'Autorità ha negato che "a seguito del contratto di subappalto ed anche nel caso di pagamento diretto al subappaltatore, possa sussistere alcun rapporto giuridico tra stazione appaltante e subappaltatore" (AVCP, deliberazione 157/2004).

Si ritiene, infatti, che l'interpretazione letterale della disposizione in oggetto permetta di qualificare la fattispecie del pagamento diretto quale delegazione di pagamento ex lege tra l'appaltatore, il subappaltatore e la stazione appaltante. Non sorge, pertanto, un

autonomo rapporto obbligatorio tra il subappaltatore e la stazione appaltante, ma quest'ultima, pagando, adempie la propria obbligazione nei confronti dell'appaltatore e, in virtù della delegazione, estingue anche l'obbligazione dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore. I rapporti, sorti in virtù di distinti contratti, rimangono pertanto autonomi. Lo stesso avviene, a fortiori, nel caso in cui la stazione appaltante preveda nel bando di gara di sospendere il pagamento all'appaltatore in caso di mancata presentazione delle fatture quietanzate.

Nella fisiologia delle relazioni negoziali, la corretta applicazione dell'art. 118, co. 3 del d. lgs. 163/2006 assicura ai subappaltatori la continua e costante soddisfazione dei propri crediti nei confronti dell'appaltatore, mitigando la posizione di debolezza contrattuale nella quale normalmente questo soggetto versa. Ora, resta da appurare come e se questo sistema sia compatibile con l'attuale disciplina delle procedure concorsuali per insolvenza dell'imprenditore contenuta nel R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (per quanto qui di interesse, fallimento e concordato preventivo). Alcune parti del procedimento, invocando il parere del Consiglio di Stato, Commissione Speciale del 22 gennaio 2008, n. 4575/2007, ritengono che la prevalenza della normativa in materia di contratti pubblici su quella fallimentare, farebbe sì che la stazione appaltante, in caso di procedura concorsuale, dovrebbe in ogni caso procedere al pagamento diretto dei subappaltatori.

Si osserva, però, che il citato parere afferma la specialità della disciplina del d. lgs. 163/2006 con specifico riferimento all'art. 81 della l. fallimentare, che permette la prosecuzione del rapporto contrattuale nel caso di fallimento dell'appaltatore, a determinate condizioni. Si ritiene, però, che lo scrutinio del rapporto tra codice dei contratti e l. fallimentare debba essere compiuto volta per volta, alla luce delle specifiche fattispecie.

Nei quesiti sottoposti al vaglio di questa Autorità, in particolare, viene in rilievo la natura del credito del subappaltatore nei confronti dell'appaltatore. In merito si ritiene che, non avendo il legislatore disposto sul punto, non si possa sostenere che tali crediti siano assistiti da privilegio speciale mobiliare o che possano essere pagati in prededuzione rispetto agli altri debiti. Accertato infatti che non avviene alcuna novazione dei rapporti obbligatori tra i soggetti coinvolti, l'eventuale pagamento della stazione appaltante disposto, anche a favore del subappaltatore, dopo la dichiarazione di fallimento o la richiesta di ammissione al concordato costituirebbe un vulnus al principio della par condicio creditorum. Si verificherebbe, a fronte del depauperamento del patrimonio dell'imprenditore fallito, il soddisfacimento di un debito che, nel silenzio del legislatore, deve essere considerato attratto alla falce fallimentare ("Anche nel pagamento del terzo è, pertanto, ravvisabile una potenziale idoneità ad incidere sulla "par condicio", purché, di esso, possa legittimamente predicarsi una effettiva relazione/interazione con il patrimonio del fallito - come nel caso di pagamenti eseguiti con denaro di quest'ultimo, ovvero con denaro proprio del terzo, che abbia, però, successivamente, esercitato azione di rivalsa prima dell'apertura del fallimento". Cass. civ. Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 142. Nel caso del pagamento della stazione appaltante, appunto, questa non può agire in rivalsa nei confronti del fallito, perché pagando ha estinto un proprio debito nei confronti del fallito, causando un impoverimento del suo patrimonio).

In virtù delle suesposte considerazioni, fatte salve le valutazioni dei tribunali fallimentari eventualmente aditi, si ritiene che le distinte fattispecie possano essere così regolate.

In caso di fallimento la stazione appaltante può effettuare il pagamento dei debiti nei confronti dell'appaltatore a favore della procedura fallimentare, sia che abbia optato per il c.d. pagamento diretto, sia che abbia sospeso i pagamenti a favore dell'appaltatore a seguito della mancata presentazione delle fatture quietanzate. Infatti, la posizione del subappaltatore nel fallimento è specificamente garantita dalle misure adottabili dagli organi della procedura fallimentare (Tribunale fallimentare, giudice delegato, curatore, comitato dei creditori).

In caso di concordato preventivo, a seconda di quanto disposto nel bando di gara ai sensi dell'art. 118, co. 3 del d. lgs. 163/2006, la stazione appaltante che avesse sospeso i pagamenti a favore dell'appaltatore pagherà a quest'ultimo, una volta che questi abbia saldato il proprio debito (come eventualmente ridotto dal concordato) con il subappaltatore; potrà altresì pagare direttamente il subappaltatore, sempre nella misura stabilita dal concordato.

Con riferimento al quesito sottoposto dal Comune di Foligno, concernente la fattispecie del fallimento dell'appaltatore a seguito della consegna dei lavori, ma prima della conclusione del procedimento di collaudo, si rappresenta quanto segue.

Come affermato nel citato parere della Commissione Speciale del Consiglio di Stato, il fallimento dell'appaltatore scioglie (questa l'espressione dell'art. 81 della l. fallimentare) il contratto, senza che sia consentito alla stazione appaltante di proseguire la relazione con la curatela. Pacificamente giurisprudenza e dottrina riconoscono a tale fattispecie efficacia ex nunc sulla relazione contrattuale (Cass. Civ., Sez. I, sent. n. 3529 del 29 maggio 1980). Pertanto non si producono le conseguenze restitutorie rispetto alle obbligazioni già adempiute normalmente connesse alla risoluzione, ma solamente i c.d. effetti liberatori rispetto alle prestazioni ancora da eseguire.

La stazione appaltante, pertanto, sarà tenuta al pagamento di quanto realizzato dall'appaltatore fino al momento del fallimento in base ai prezzi contrattuali, come verificato, nel caso di specie, dalla commissione di collaudo. In considerazione degli effetti liberatori rispetto alle prestazioni non ancora eseguite, l'appaltatore (meglio, il fallimento) non è tenuto al rilascio dell'apposita garanzia fideiussoria prevista dal contratto.

Per quanto riguarda la firma del certificato di collaudo, infine, si ritiene che il termine di 20 giorni di cui all'art. 203, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (oggi art. 233, d.P.R. 5 ottobre 2007, n. 207) sia stabilito al fine di offrire all'appaltatore la possibilità di contestare in contraddittorio od accettare le conclusioni della commissione di collaudo. Motivi di ragionevolezza e di economia procedimentale portano a ritenere che a tale termine debba essere riconosciuta natura acceleratoria e perentoria.

Scaduto il termine di 20 giorni, pertanto, il certificato si deve ritenere per firmato. Si veda, a conforto di tale interpretazione, quanto a suo tempo disposto dall'art. 107, commi 1 e 3 del r.d. del 25 maggio 1895, n. 350.

Avv. Giuseppe Busia