Al Comune di Paularo

Alla Biacos s.r.l.

Alla Adriaporfidi s.r.l.

AG 4/12

17/05/2012

Oggetto: richiesta di parere ai sensi del Regolamento interno sulla istruttoria dei quesiti giuridici - Comune di Paularo - Pagamento dei subappaltatori.

In esito a quanto richiesto dal Comune di Paularo (di seguito l'Istante) con nota prot. n. 9530 in data 24 dicembre 2011, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 128113 in data 28 dicembre 2011, integrata con nota prot. n. 618 in data 24 gennaio 2012, acquisita al protocollo dell'Autorità n. 8525 in data 26 gennaio 2012, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 16 e 17 maggio 2012 ha approvato le seguenti considerazioni.

Come è noto, le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara se corrisponderanno direttamente al subappaltatore le somme dovute per le prestazioni eseguite, oppure se è fatto obbligo agli affidatari di trasmettere entro venti giorni dal pagamento ricevuto le fatture quietanzate dai subappaltatori.

Nella vicenda sottoposta dall'Istante, l'appaltatore, che non riesce ad onorare i crediti dei subappaltatori, chiede che questi ultimi vengano soddisfatti direttamente dalla stazione appaltante, anche se il bando di gara non prevedeva questa modalità di pagamento.

L'Istante interroga l'Autorità sulla possibilità di modificare, in corso di esecuzione, le modalità di pagamento dei subappaltatori e, in caso ciò fosse consentito, sul modo in cui procedere alla riduzione dell'importo dovuto all'impresa aggiudicatrice rispetto a quanto previsto dal contratto.

Ritenuta la questione rilevante dal punto di vista giuridico ed economico, è stato avviato il procedimento ex art. 4 del Regolamento sulla istruttoria dei quesiti giuridici, dandone contestuale notizia all'Istante e alle imprese controinteressate Biacos S.r.l. e Adriaporfidi con nota prot. n. 14283 in data 15 febbraio 2012.

Al fine del miglior inquadramento della fattispecie, risulta utile richiamare, preliminarmente, quanto in precedenza affermato dall'Autorità in merito al pagamento dei subappaltatori alla luce del dettato dell'art. 118, co. 3 del d. lgs. n. 163/2006, secondo il quale 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".

In particolare, 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).

Nello specifico, 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 n. 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 del citato art. 118, co. 3 del d. lgs. n. 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 questi soggetti versano (AVCP, parere sulla normativa 10 novembre 2011, AG 30/2011).

Nel caso sottoposto all'attenzione dell'Autorità, invece, è la stazione appaltante istante che intende modificare in corso di esecuzione le modalità di pagamento dei subappaltatori contenute nei contratti di appalto e di subappalto. Tale modifica - per quanto riferito - sarebbe richiesta dall'appaltatore "in difficoltà economiche" e, quindi, non in grado di far fronte ai propri debiti nei confronti dei subappaltatori.

Per una corretta valutazione della legittimità della prospettata modifica in fase esecutiva, si deve innanzitutto ricordare che, secondo consolidata giurisprudenza nazionale e comunitaria, le "modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, ai sensi della direttiva 92/50, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto (v., in tal senso, sentenza 5 ottobre 2000, causa C337/98, Commissione/Francia, Racc. pag. I8377, punti 44 e 46). La modifica di un appalto pubblico in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata" (CGCE, sentenza 19 giugno 2008, resa nella causa C-454/06).

Nel caso di specie si ritiene che il perseguito cambiamento della modalità di pagamento dei subappaltatori non sia tale da apportare modifiche "sostanziali" al contratto. L'adozione dell'una o dell'altra modalità di pagamento offerte dall'art. 118 del d. lgs. n. 163/2006, infatti, non costituisce una condizione atta ad alterare sostanzialmente e radicalmente l'assetto negoziale definito con l'aggiudicazione, ma può solo determinare, in linea teorica, un aggravio procedimentale per la stazione appaltante. L'appaltatore, invece, anche quando si adotta il c.d. pagamento indiretto, è comunque messo in grado di far fronte ai propri debiti verso i subappaltatori grazie al pagamento ricevuto dalla stazione appaltante.

Ciò detto, anche alla luce dei citati precedenti di questa Autorità, è possibile affermare che il pagamento diretto da parte della stazione appaltante sia sostanzialmente più efficace nel tutelare la posizione del subappaltatore e, inoltre, maggiormente idoneo a garantire anche un miglior funzionamento del meccanismo di sostituzione di cui agli art. 4 e 5 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

Tale interpretazione, del resto, ha trovato recentemente conferma in un intervento del legislatore nazionale. L'art. 13, co. 2, lett. a) della l. 11 novembre 2011, n. 180, infatti, prevede che: "Nel rispetto della normativa dell'Unione europea in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese, la pubblica amministrazione e le autorità competenti, purché ciò non comporti nuovi o maggiori oneri finanziari, provvedono a: a) suddividere, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 29 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, gli appalti in lotti o lavorazioni ed evidenziare le possibilità di subappalto, garantendo la corresponsione diretta dei pagamenti da effettuare tramite bonifico bancario, riportando sullo stesso le motivazioni del pagamento, da parte della stazione appaltante nei vari stati di avanzamento [...]".

Pur non essendo la formulazione della disposizione in questione particolarmente chiara, si ritiene che il legislatore abbia in tal modo introdotto una forma di favor nei confronti del pagamento diretto, soprattutto quando è verosimile che siano coinvolte nei subappalti PMI, mentre l'adozione della forma del pagamento indiretto dovrebbe essere oggetto di specifica motivazione da parte della stazione appaltante. Pertanto, anche tenuto conto di tale intervento legislativo, la modifica in corso di esecuzione delle modalità di pagamento dei subappaltatori appare, in termini generali ed astratti, compatibile con la normativa di settore.

È necessario, però, svolgere ulteriori considerazioni al riguardo.

Innanzitutto, si deve tenere in debito conto che le modalità di pagamento costituiscono parte integrante del contratto di appalto e, pertanto, in assenza di specifiche deroghe ed eccezioni contenute nel d. lgs. n. 163/2006, si ritiene che la stazione appaltante non possa intervenire unilateralmente sulle stesse. È indispensabile, quindi, acquisire in merito al loro cambiamento tanto il consenso dell'appaltatore, quanto quello del subappaltatore, considerato l'elevato grado d'autonomia del contratto di subappalto. La determinazione delle somme dovute all'appaltatore e al subappaltatore, poi, dovrà essere effettuata secondo quanto disposto dall'art. 118, co. 3, ultimo periodo del d. lgs. n. 163/2006 che recita "nel caso di pagamento diretto, gli affidatari comunicano alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore e dal cottimista, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento".

Inoltre, si ritiene opportuno richiamare l'attenzione dell'Istante sul fatto che nel vigore della

disciplina di cui all'art. 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55, l'Autorità aveva ritenuto che il mancato pagamento dei subappaltatori da parte dell'appaltatore potesse concretare un caso di inadempimento sufficiente a giustificare la risoluzione del contratto da parte dell'amministrazione (Determinazione n. 7/2004).

Pur essendo oggi prevista dall'art. 118 del d. lgs. n. 163/2006 la specifica sanzione della sospensione dei successivi pagamenti a favore dell'appaltatore in caso di mancata presentazione delle fatture quietanzate, le considerazioni svolte a suo tempo dall'Autorità risultano tuttora compatibili con il quadro normativo di riferimento e pienamente valide. L'appaltatore, infatti, è generalmente posto in condizione di adempiere le proprie obbligazioni verso il subappaltatore dal pagamento previo, da parte della stazione appaltante, dello stato di avanzamento lavori (che comprende tutte le opere sino ad allora realizzate ex art. 194 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207). Il mancato pagamento dei subappaltatori, pertanto, è un comportamento che, se non adeguatamente giustificato da peculiari circostanze oggettive, concreta una rilevante mancanza professionale da parte dell'appaltatore e può compromettere la realizzazione dei lavori pubblici affidati.

Si ritiene, quindi, di dover in conclusione precisare che in mancanza di specifica e circostanziata motivazione non si possa procedere alla modifica contrattuale relativa alle modalità di pagamento fino a quando l'appaltatore non abbia adempiuto le proprie obbligazioni nei confronti dei subappaltatori.

Avv. Giuseppe Busia