

10 febbraio 2011

Oggetto : Italferr - mancato pagamento dei subappaltatori.

In esito a quanto richiesto con nota acquisita al protocollo dell'Autorità 86065 in data 22 novembre 2010, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 9-10 febbraio 2011 ha approvato le seguenti considerazioni.

Codesta società Italferr del Gruppo Ferrovie dello Stato ha presentato un quesito relativo alla sospensione dei pagamenti all'appaltatore nel caso di mancata dimostrazione dei pagamenti ai subappaltatori.

Al fine della migliore comprensione degli istituti giuridici in questione, appare opportuno ricostruire, anche storicamente, la normativa rilevante.

In base all'art. 351 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F "Ai creditori degli appaltatori di opere pubbliche non sarà concesso verun sequestro sul prezzo di appalto durante la esecuzione delle stesse opere, salvo che l'Autorità amministrativa, da cui l'impresa dipende, riconosca che il sequestro non possa nuocere all'andamento ed alla perfezione dell'opera. Potranno però essere senz'altro sequestrate le somme che rimarranno dovute ai suddetti appaltatori dopo la definitiva collaudazione dell'opera." Dalla lettura della disposizione emerge chiaramente la volontà del legislatore di tutelare il superiore interesse pubblico al completamento delle opere appaltate, anche a costo di pregiudicare seriamente il diritto alla tutela giurisdizionale dei subappaltatori.

Tale squilibrio, che peraltro costituiva una rilevante deroga ai principi ordinamentali, venne attenuato dalla previsione di cui all'art. 18, co. 3 bis della legge 19 marzo 1990, n. 55 (formulazione poi confluita nel codice), secondo cui "è fatto obbligo ai soggetti aggiudicatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi aggiudicatari via via corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate." Nella vigenza di quest'ultima disposizione, l'Autorità aveva affermato che sospensione dei pagamenti nei confronti dell'appaltatore dovesse ritenersi illegittima (in quanto non espressamente prevista) e che l'inadempimento dell'obbligo di che trattasi potesse concretizzare gli estremi di un grave inadempimento contrattuale da parte dell'appaltatore e che potesse rappresentare un valido presupposto per la preventiva risoluzione del contratto e la successiva escussione della garanzia fideiussoria (cfr. determinazione 28 aprile 2004, n. 7).

Il secondo decreto correttivo al codice, recependo una proposta contenuta nel parere consultivo della Camera dei Deputati volta a tutelare le piccole e medie imprese, ha modificato l'art. 118 co. 3 nel testo tutt'ora vigente, mentre il terzo decreto correttivo ha provveduto ad abrogare l'art. 351, l. 2248/1865, all. F ("Occorre in ogni caso rendere effettivo, attraverso la previsione di una specifica sanzione, l'obbligo per gli appaltatori - già previsto dal testo vigente dell'articolo 118, comma 3, del codice - di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti corrisposti ai subappaltatori." Camera dei Deputati, parere sullo schema di decreto correttivo, (Atto n. 104)").

In tale contesto normativo l'Autorità si è pronunciata con il parere del 29 settembre 2008 - AG 28/08, nel quale è stata chiarita l'esatta portata dell'obbligo di sospensione dei pagamenti, nel senso che la mancata presentazione da parte dell'appaltatore delle fatture quietanzate determina la sospensione di tutti i successivi pagamenti da parte della stazione appaltante, e non solamente di quelle relative ai rapporti appaltatore - subappaltatore.

Il principio generale individuato dall'Autorità viene implicitamente confermato dal regolamento di attuazione del codice, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che prevede, allo stesso tempo, un'eccezione a detto principio. L'art. 170 dispone: "In caso di mancato rispetto da parte dell'esecutore dell'obbligo di cui all'articolo 118, comma 3, del codice, qualora l'esecutore motivi il mancato pagamento con la contestazione della regolarità dei lavori eseguiti dal subappaltatore e sempre che quanto contestato dall'esecutore sia accertato dal direttore dei lavori, la stazione appaltante sospende i pagamenti in favore dell'esecutore limitatamente alla quota corrispondente alla prestazione oggetto di contestazione nella misura accertata dal direttore dei lavori." Sebbene, come noto, il regolamento sia destinato ad entrare in vigore a giugno di questo anno e, in particolare gli articoli di cui alla parte II, Titoli VIII, IX e X "non si applicano all'esecuzione, contabilità e collaudo dei lavori per i quali, alla data di entrata in vigore del regolamento, siano già stati stipulati i relativi contratti" (art. 357 del regolamento), si ritiene che la disposizione in commento possa essere un utile strumento ermeneutico per chiarire l'esatta portata applicativa della norma, rendendola idonea e sufficiente a tutelare la posizione del subappaltatore, senza però compromettere la realizzazione delle opere e l'equilibrio economico finanziario degli appaltatori.

Per quanto riguarda, poi, la sorte delle somme trattenute nel caso in cui il contenzioso tra le parti

private dovesse protrarsi fino al momento del collaudo dell'opera, si ritiene che la stazione appaltante non possa procedere al pagamento integrale dell'appaltatore in quanto né il codice, né il regolamento di attuazione prevedono un termine finale alla sospensione. Il pagamento in violazione dell'obbligo di sospensione, peraltro, potrebbe essere inidoneo a liberare la stazione appaltante dall'obbligazione, potendo essere gli effetti della sospensione sostanzialmente assimilabili a quelli del sequestro e del pignoramento. Ai sensi dell'art. 225 del d.P.R. 207/2010 (art. 195 d.P.R. 554/1999), pertanto, l'organo di collaudo procederà a determinare il credito liquido dell'appaltatore.

L'obbligazione così sorta, però, non potrà essere adempiuta relativamente alla parte necessaria a coprire il credito del subappaltatore nei confronti dell'appaltatore. Per il pagamento di tale somma, nel caso prospettato dall'istante, si dovrà attendere le determinazioni del giudice investito della controversia. Le modalità di conservazione delle somme trattenute sono rimesse al prudente apprezzamento della stazione appaltante (a titolo esemplificativo: intervento e deposito in giudizio, accantonamento in bilancio, deposito presso un notaio).

Avv. Giuseppe Busia