

Prededuzione e Codice degli appalti: pagamento di credito di natura concorsuale nell'interesse della massa

Tribunale di Bolzano, 25 febbraio 2014. Estensore Francesca Bortolotti.

Accertamento del passivo - Prededuzione - Raccordo tra l'articolo 111 L.F. e l'articolo 118, comma 3, Codice degli appalti - Pagamento di un credito che apporta utilità alla massa garantendo miglior soddisfazione del ceto creditorio - Prededuzione - Esclusione.

Dal raccordo tra l'art. 111 L.F. e l'art. 118, comma 3 del codice degli appalti non può dedursi che il requisito del collegamento occasionale ovvero funzionale, come elemento caratterizzante dei crediti prededucibili, sia da intendersi anche nel senso che il pagamento di quel credito, ancorché avente natura concorsuale, rientra negli interessi della massa in quanto apporta utilità alla massa garantendo la miglior soddisfazione del ceto creditorio, atteso che la norma sulla prededuzione va interpretata in senso restrittivo.

Accertamento del passivo - Pagamento del credito del subappaltatore quale condizione di esigibilità del credito vantato dall'impresa fallita nei confronti della stazione appaltante - Esclusione.

In ipotesi di fallimento, il pagamento del credito del subappaltatore, alla luce della disciplina del codice degli appalti, non è condizione di esigibilità del credito che la fallita vanta a sua volta nei confronti della stazione appaltante.

Codice degli appalti - Sospensione del pagamento da parte dell'ente pubblico relativo ai SAL accertati in contraddittorio tra le parti - Esistenza di un contratto in corso di esecuzione - Necessità - Fallimento dell'affidatario - Scioglimento del contratto ipso iure.

Il meccanismo dettato dall'art. 118 del codice degli appalti, che prevede la sospensione del pagamento da parte dell'ente pubblico in favore della appaltatrice relativamente ai crediti da questa maturati fino a quel momento e relativi al S.A.L. accertato in contraddittorio fra le parti, presuppone l'esistenza di un contratto ancora in corso di esecuzione, che deve essere portato a termine, per poi giungere al collaudo dell'opera, mentre in caso di fallimento dell'affidatario il contratto fra questo e la stazione appaltante si scioglie ipso iure.

Fallimento - Applicazione dell'articolo 118, comma 3, Codice degli appalti - Esclusione.

L'articolo 118, terzo comma, del Codice degli appalti non può trovare applicazione in presenza di fallimento dovendo prevalere i principi cardine che regolano lo svolgimento della procedura fallimentare nel suo insieme, anche con riferimento alle tutele che tale procedura offre (insinuazione di tutti i crediti nello stato passivo, possibilità di opposizioni, possibilità di impugnazioni, ecc.), e diversamente verrebbe leso non solo il principio della par condicio creditorum ma il principio secondo cui tutti i pagamenti devono essere effettuati nell'ambito della procedura concorsuale in osservanza dei privilegi di legge e delle norme sulla prededuzione.

Appalto pubblico - Debito dell'ente pubblico nei confronti della società fallita - Obbligo di pagamento.

L'ente pubblico, il quale ha un debito nei confronti della appaltatrice fallita per opere da questa realizzate (anche per mezzo dei subappaltatori), deve adempiere le sue obbligazioni e pagare quanto dovuto alla procedura fallimentare, la quale poi provvederà a ripartire l'attivo fra i creditori nel rispetto della graduazione determinata dalla norme fallimentari e civilistiche.

(Massime a cura di Laura de Simone - Riproduzione riservata)

(omissis)

Con riferimento alle richieste di prededuzione (sempre di cui ai cronologici nr. 12, 13, 36, 67, 70, 98, 103, 104, 123 e 124) il Giudice Delegato osserva quanto segue:

I ricorrenti suindicati si insinuano allo stato passivo del fallimento LEA Costruzioni chiedendo che al loro credito, di natura concorsuale, venga riconosciuto il rango della prededuzione, in quanto subappaltatori della società fallita, a sua volta appaltatrice di opere pubbliche.

I ricorrenti fondano la loro richiesta sul principio statuito dalla Corte di Cassazione con la pronuncia 5 marzo 2012 n. 3402, la quale ha affrontato per la prima volta *ex professo* la questione del significato dell'art. 111 LF (come introdotto dalla riforma del d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5 e del decreto correttivo d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169). In tale occasione la Suprema Corte, ammettendo in prededuzione un credito sorto *ante* fallimento e relativo al corrispettivo di un subappalto concluso con il gruppo della appaltatrice fallita (si tratta della prima ed unica pronuncia sul punto), ha precisato che la previsione dell'art. 111 lf, che va raccordato con l'art.118, comma 3 del codice degli appalti, va intesa nel senso che il requisito del collegamento occasionale ovvero funzionale, come elemento caratterizzante dei crediti prededucibili,

deve intendersi riferito non solo al nesso cronologico o teleologico tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura -strumentale in quanto tale a garantire la sola stabilità del rapporto tra terzo e l'organo fallimentare-, ma anche nel senso che il pagamento di quel credito, ancorché avente natura concorsuale, rientra negli interessi della massa.

Come è ben noto il primo criterio di individuazione dei crediti prededucibili (specifica disposizione di legge) fa sì che la qualifica di prededucibile potrà essere attribuita sia in maniera testuale, sia mediante rinvio alle norme; è il caso dell'art. 79, dell'art. 80, dell'art. 103 e degli artt. 161, comma 7, 182 quater e 182 quinquies L.F.

Il secondo criterio (crediti sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali) ha certamente portata più ampia ed individua nel primo caso un criterio temporale e nel secondo caso un criterio teleologico.

La pronuncia della Cassazione allarga l'interpretazione della prededuzione, agganciando la stessa non tanto o non solo ad un principio temporale (credito sorto in corso di procedura; l'esempio classico è il risarcimento del danno maturato in corso della procedura) o teleologico (nesso fra l'insorgenza del credito e gli scopi della procedura, es. credito di un professionista volto a stimare un bene al fine del migliore realizzo del bene), bensì anche al concetto di utilità dell'attività svolta prima della procedura, per la procedura stessa *“nel senso che il pagamento di quel credito, ancorché avente natura concorsuale, rientra negli interessi della massa, e dunque risponde allo scopo della procedura in quanto inerisce alla procedura fallimentare”*.

In altre parole, la Cassazione riconosce la prededuzione a tutti i crediti derivanti da attività, anche poste in essere precedentemente all'apertura della procedura, qualora il loro pagamento garantisca la miglior soddisfazione del ceto creditorio.

Secondo questa pronuncia i crediti garantiti ex articolo 118 comma 3 codice appalti rientrerebbero nella sfera applicativa dell'articolo 111 lf sulla base di un preteso collegamento occasionale ovvero funzionale.

Tale nesso strumentale viene individuato dalla Suprema Corte nella circostanza per cui il pagamento del credito del subappaltatore, ancorché avente natura concorsuale, rientrerebbe negli interessi della massa, e così della procedura, in quanto inerente alla gestione fallimentare. Infatti, secondo la Cassazione, *“ la prededuzione attua un meccanismo satisfattorio destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte al suo interno, ma quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare ed influiscono per l'effetto sugli interessi dell'intero ceto creditorio”*.

Il pagamento del credito del subappaltatore, alla luce della disciplina del codice degli appalti, è destinato ad incidere nel senso indicato sulla gestione fallimentare, dal momento che esso si atteggia, stando alla motivazione della sentenza, quale condizione di esigibilità del credito che la fallita vanta a sua volta nei confronti della stazione appaltante.

Tale affermazione sembra, quindi, smentire l'orientamento giurisprudenziale di merito secondo cui i crediti in prededuzione sono quelli sorti in corso di procedura, sia fallimentare che concordataria, mentre tutti i crediti sorti prima avrebbero natura concorsuale e come tali soggetti al principio della *par condicio creditorum*.

Nella giurisprudenza di merito, che propende largamente per la limitazione della prededuzione all'ambito fallimentare e concordatario (cfr. ex multis Trib. Bari 17.05.2010; Trib. Pordenone 8.10.2009) si registra un altro indirizzo, avallato dalla pronuncia in epigrafe, secondo cui l'espressione “in funzione delle procedure concorsuali” debba essere intesa nel senso che la

prededuzione debba essere riconosciuta anche ai crediti maturati prima del decreto di ammissione alla procedura quando la spesa sostenuta per l'attività, che è fonte del credito, sia definibile come utile per la massa dei creditori (Tribunale Prato 24 giugno 2011; Cassazione 8534/2013, in tema di crediti connessi al conferimento di incarichi professionali per l'accesso alla procedura concorsuale).

Sul punto la scrivente ritiene che il requisito teleologico non possa che essere interpretato in senso stretto, onde evitare un ingiustificato ampliamento dell'area della prededuzione, che in quanto soggetta al controllo del giudice, non può estendersi a fasi in cui tale controllo non può essere esercitato. Sono infatti solo le specifiche previsioni legislative che ex ante individuano i singoli casi di prededuzione che sorgono al di fuori della procedura.

Fatte queste premesse di carattere generale, si passa ad esaminare nello specifico i motivi per cui si ritiene di non condividere la pronuncia in materia della Suprema Corte.

1. La Corte di Cassazione parte dal presupposto fondamentale che nella fattispecie in esame sia applicabile l'articolo 118 comma 3 Codice Appalti. Per semplicità di lettura si riporta il testo dei commi 3 e 3 bis del citato articolo, come modificato dall'articolo 13 comma 10 lettera a) del DL 145 /2013, in vigore dal 24/12/2013.

“Nel bando di gara la stazione appaltante indica che provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore o all'ottimista l'importo dovuto per le prestazioni degli stessi eseguite o, in alternativa, chi è fatto obbligo agli affidatari di trasmettere, entro 20 giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copie delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore ottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate. Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanzate del subappaltatore o dell'ottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari. Nel caso di pagamento diretto, gli affidatari comunicano alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore o dall'ottimista,, con la specificazione del relativo importo e con la proposta motivata di pagamento. Ove ricorrano condizioni di particolare urgenza inerenti al completamento dell'esecuzione del contratto accertate dalla stazione appaltante per i contratti di appalto in corso può provvedersi, anche in deroga alle previsioni del bando di gara, al pagamento diretto al subappaltatore o all'ottimista dell'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguiti.

3 – bis. È sempre consentito alla stazione appaltante, anche per i contratti di appalto in corso, nella pendenza di procedura di concordato preventivo, provvedere ai pagamenti dovuti per le prestazioni eseguite dall'affidatario medesimo e dai subappaltatori e ottimisti, presso il tribunale competente per l'ammissione alla predetta procedura.”

Tale norma prevede un meccanismo che trova la propria *ratio* nell'esigenza di tutela della Pubblica Amministrazione, il cui interesse primario è quello di vedere realizzata l'opera pubblica nei termini e alle condizioni previsti dal contratto di appalto e di sapere che i denari versati alla società appaltatrice per i S.A.L. (stati avanzamento lavori) via via maturati siano stati da questa correttamente destinati ai subappaltatori.

In altre parole, l'articolo 118 terzo comma Cod. app. trova applicazione solamente nei rapporti tra ente pubblico e società appaltatrice che continui o sia in grado di continuare la propria attività oggetto del contratto d'appalto.

Ciò trova conferma nella recente modifica del comma 3 del predetto articolo, laddove è stata aggiunta la previsione che in condizioni di particolare urgenza inerenti al completamento dell'esecuzione del contratto, accertate dalla stazione appaltante, per i contratti di appalto in corso, possa provvedersi anche in deroga alle previsioni del bando di gara al pagamento diretto al subappaltatore.

Inoltre il comma 3 bis, aggiunto dal decreto legge 145 del 2013, prevede la possibilità per la stazione appaltante di provvedere ai pagamenti dovuti per le prestazioni eseguite dall'affidatario medesimo, nella pendenza di procedura di concordato preventivo di questo, e dai subappaltatori.

Pare pacifico che questa nuova disposizione si possa riferire solamente ai casi di concordato in continuità aziendale, essendo prevista solo per questa categoria di concordato la possibilità di proseguire, a determinate condizioni, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso di concordato stipulati con la P.A. (186 bis comma 3 lf).

Ciò supporta ulteriormente la tesi secondo cui il meccanismo di cui all'art. 118 cod. app. abbia ragion d'essere solo laddove vi sia una continuità nei rapporti fra stazione appaltante e affidatario.

Per contro, in caso di fallimento dell'affidatario (come nel caso di specie), il contratto fra questo e la stazione appaltante si scioglie ipso iure.

L'ente pubblico appaltante, infatti, non può consentire la prosecuzione del rapporto, né la procedura può optare di proseguire lo stesso a norma dell'articolo 81 comma 1 e 2 e l.f. (cfr. a tal fine Cass. 19165/2007; Cons.Stato 4575/ 2007 secondo cui "... *Nei pubblici appalti si deve escludere la possibilità che a seguito di fallimento dell'appaltatore il rapporto contrattuale possa proseguire fra la stazione appaltante pubblica e il fallito, ancorché il giudice fallimentare abbia autorizzato l'esercizio provvisorio dell'impresa... Il principio che si desume dal codice appalti, secondo cui le stazioni appaltanti pubbliche non possono intrattenere rapporti contrattuali con appaltatori falliti, prevale sulla disciplina generale dettata dall'articolo 81 lf, sia in base al carattere speciale della disciplina dei pubblici appalti, sia in virtù del principio della successione delle leggi nel tempo...*).

L'impossibilità dell'ente pubblico di proseguire il rapporto con la società appaltatrice fallita si ricava anche dalle disposizione contenute negli artt. 38 e 140 del codice degli appalti, laddove il primo prevede al comma 1 che: "*sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavoro, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: a che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186 bis del regio decreto 16 marzo 1942, numero 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni*".

L'art. 140 prevede, a sua volta, espressamente che le "*stazioni appaltanti in caso di fallimento dell'appaltatore ... potranno interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori. Cede all'interpello a partire dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta, sino al quinto migliore ente, escluso l'originario aggiudicatario*".

In conclusione si ritiene che il meccanismo dettato dall'art. 118, che prevede la sospensione del pagamento da parte dell'ente pubblico in favore della appaltatrice relativamente ai crediti da questa maturati fino a quel momento e relativi al S.A.L. accertato in contraddittorio fra le parti, presuppone l'esistenza di una contratto ancora in corso di esecuzione, che deve essere portato a termine, per poi giungere al collaudo dell'opera.

Si tratta, a ben vedere, di un meccanismo di tutela per la P.A. più che del subappaltatore, come invece afferma la Suprema Corte (*“la sanzione della sospensione, prevalentemente intesa quale forma di garanzia per le ragioni del subappaltatore, contraente più debole, tesa ad evitare abusi da parte dell'appaltatore, sia ed ancor di più se si riferisce a tutti i pagamenti successivi che spettano all'appaltatore in forza del contratto d'appalto*).

In sostanza, la tutela derivante al subappaltatore è solo indiretta, nel senso che la sospensione dei pagamenti all'appaltatore realizza una situazione di fatto astrattamente idonea ad indurre l'appaltatore medesimo - in corso d'opera - ad assolvere le sue obbligazioni verso il subappaltatore. Ma questo meccanismo non inficia l'autonomia del contratto d'appalto rispetto al subappalto, né produce il sorgere di un rapporto giuridico fra la pubblica amministrazione ed il subappaltatore, tantomeno crea un diritto del subappaltatore al pagamento delle sue prestazioni da parte dell'ente pubblico. Ciò è stato più volte enunciato dalla Cassazione nelle decisioni nr. 18.146 del 2004, nr. 22.344 del 2009, nr. 9.684 del 2000 e 5.237 del 1999. Esclusa l'esistenza di un rapporto giuridico fra stazione appaltante e subappaltatore, il quale dunque non può agire nei confronti della prima per ottenere il pagamento dei corrispettivi dovuti, non è plausibile che il fallimento della società appaltatrice e lo scioglimento dei contratti (d'appalto e di subappalto) conducano ad un rafforzamento, in senso giuridico, e ad un miglioramento, in senso economico, della posizione del subappaltatore.

Alla stessa conclusione si perviene anche per altra via.

Un meccanismo di maggiore tutela del subappaltatore è sempre stato rappresentato dalla possibilità di prevedere nel bando di gara il pagamento diretto a questi da parte della stazione appaltante, possibilità che ora è stata potenziata dalla facoltà, in casi di urgenza, di provvedervi anche in assenza di una previsione in tal senso nel bando di gara. Pertanto non si ritiene applicabile la citata normativa nel caso in cui il rapporto con la PA si sia interrotto *ipso iure* in seguito al fallimento della società appaltatrice.

Conseguentemente non sarà necessario, al fine di poter incassare quanto maturato nei confronti dell'ente pubblico, che è e rimane senza dubbio debitore nei confronti della società appaltatrice per le prestazioni da questa eseguite, attivare il “meccanismo di tutela”, pena la sospensione dei pagamenti.

2. L'articolo 118, terzo comma, inoltre non può trovare applicazione, in quanto, in presenza di fallimento prevalgono i principi cardine che regolano lo svolgimento della procedura fallimentare nel suo insieme, anche con riferimento alle tutele che tale procedura offre (insinuazione di tutti i crediti nello stato passivo, possibilità di opposizioni, possibilità di impugnazioni, ecc.). Diversamente verrebbe lesa non solo il fondamentale principio della *par condicio creditorum*, che ispira la normativa concorsuale, ma anche l'altrettanto fondamentale principio, secondo cui tutti i pagamenti devono essere effettuati nell'ambito della procedura concorsuale in osservanza dei privilegi di legge e delle norme sulla prededuzione.

Pertanto un meccanismo come quello dettato dall'art. 118, comma 3, che condizionerebbe la procedura stessa all'obbligo della presentazione delle quietanze dei subappaltatori preventivamente al pagamento di quanto dovuto alla procedura dalla stazione appaltante, sarebbe in totale contrasto con i suddetti principi e le garanzie della procedura fallimentare.

3. Anche volendo prescindere dalla questione giuridica appena esaminata, e ipotizzare di condividere l'affermazione della Cassazione secondo cui *“il disposto del D.lgs. n. 163 del 2006, art. 118, comma 3, applicabile indiscutibilmente al caso di specie ...”* questo GD non condivide il ragionamento svolto dalla Cassazione ed il conseguente principio affermato nella pronuncia, secondo cui *il pagamento del credito al subappaltatore rappresenta una condizione di esigibilità del credito che la fallita vanta a sua volta nei confronti della stazione appaltante; che pertanto detta costruzione rappresenta il necessario nesso di strumentalità tra il pagamento del proprio credito, che, solo se assistito da prededuzione, può essere eseguito con preferenza seppur a seguito di riparto, e la soddisfazione del credito della fallita in termini di funzionalità rispetto agli interessi della procedura di quel pagamento, meritevole per l'effetto di quel rango preferenziale.*

a) Il primo punto debole di questa ricostruzione è rappresentato, a parere di questo GD, dal fatto che il pagamento al subappaltatore, cui venisse riconosciuta la prededuzione in sede di ammissione allo stato passivo, potrebbe essere eseguito solamente a seguito di riparto: nessun subappaltatore potrebbe rilasciare una fattura quietanzata senza avere percepito l'importo dovutogli, né potrebbe farlo solamente perché è stato ammesso allo stato passivo. Quindi l'appaltatore fallito non avrebbe comunque titolo per incassare dall'ente il suo credito.

In sostanza l'ammissione di un credito al passivo fallimentare, sia pure in prededuzione, non equivale ad un pagamento al subappaltatore, non legittima la quietanza delle fatture da parte del subappaltatore e, pertanto, non risulta di per sé uno strumento idoneo a realizzare il presupposto per il pagamento da parte della stazione appaltante (trasmissione di fatture quietanzate) di cui all'art. 118 comma 3 codice appalti (se fosse davvero operante nei confronti del fallimento).

D'altra parte il fallimento potrebbe non avere la disponibilità di anticipare i pagamenti ai subappaltatori (in evento ammessi in prededuzione) o addirittura potrebbe non avere nemmeno in sede di riparto finale le risorse per pagare integralmente i crediti prededucibili. Visto che le somme verrebbero messe a disposizione dall'ente all'appaltatore fallito solamente dopo avere presentato le rispettive fatture quietanzate, il meccanismo pare essere imperfetto.

b) Secondo aspetto criticabile è rappresentato dalla circostanza che la Suprema Corte da per pacifico che le somme relative al SAL maturato, e non ancora incassato dall'appaltatore, sarebbero sempre almeno sufficienti a coprire le prestazioni da pagare ai subappaltatori. Ma ciò postula invece, con tutta evidenza, la necessità di un accertamento caso per caso.

Se, infatti, i crediti che vengono riscossi dalla società appaltatrice per il SAL maturato, che dovrebbero essere composti dai corrispettivi per i subappaltatori, oltre ovviamente, dall'utile che la società ha previsto, sono in realtà inferiori alle aspettative (perché la società ha lavorato in generale sottocosto o ha operato in sottocosto per determinate lavorazioni), si destinerebbero ai subappaltatori somme maggiori rispetto a quelle ricavabili

dalla procedura. In questo caso il pagamento in prededuzione ai subappaltatori creerebbe non un vantaggio, bensì un danno al ceto creditorio. La stessa situazione di danno interverrebbe qualora la stazione appaltante non liquidasse alla società appaltatrice per intero i SAL maturati, avvalendosi essa della facoltà di compensarli in tutto od in parte, con danni derivati ad essa stazione appaltante per ritardi, penali, vizi delle lavorazioni, ecc.

c) Terzo punto debole: lo stesso ragionamento dovrebbe applicarsi anche alla problematica relativa al DURC (documento unico di regolarità contributiva), ove si ritiene, invece, che l'art. 4, 2 comma DPR 05.10.2010 n. 207 non possa essere applicabile, per gli stessi motivi sopra evidenziati, in costanza di procedura fallimentare.

Anche in questo caso si ritiene che, a prescindere dal rilascio del DURC, l'ente pubblico sia tenuto a pagare alla procedura quanto dovuto per le prestazioni eseguite, indipendentemente dalla presentazione del DURC.

Concludendo, alla luce delle argomentazioni sopra esposte e dei principi di diritto evidenziati, si ritiene che l'ente pubblico, il quale ha un debito nei confronti della appaltatrice fallita per opere da questa realizzate (anche per mezzo dei subappaltatori), deve adempiere le sue obbligazioni e pagare quanto dovuto alla procedura fallimentare, la quale poi provvederà a ripartire l'attivo fra i creditori nel rispetto della graduazione determinata dalla norme fallimentari e civilistiche.

P.Q.M.

Ammette i crediti di cui alle domande cronologici nr. 12, 13, 36, 67, 70, 98, 103, 104, 123 e 124, come sopra specificato.

Rigetta per tutti i menzionati crediti il riconoscimento della prededuzione.

Dichiara esecutivo lo stato passivo relativamente alle domande di cui ai cronologici nr. da 1 a 15, da 22 a 82, da 96 a 106, da 108 a 160 (avendo già provveduto nei sensi rispetto alle domande dei lavoratori dipendenti, di cui ai cronologici nr. da 16 a 21, da 83 a 95 e 107).

Bolzano, 25.02.2014

Il Giudice Delegato

(dott.ssa Francesca Bortolotti)