

Convertito il D.L. “Destinazione Italia”.
Permangono i dubbi sull’articolo 118¹

di Massimo Gentile

1. Il decreto legge 23 dicembre 2013 n. 145, meglio noto come decreto “Destinazione Italia”, è stato convertito in Legge 21 febbraio 2014 n. 9.

In sede di conversione sono state apportate alcune significative modifiche ai commi 3 e 3bis dell’articolo 118 in tema di pagamento dei subappaltatori ed è stato introdotto un nuovo comma, il 3 ter.

Andiamo a vedere di cosa si tratta, iniziando dal comma 3 e, più precisamente dal periodo finale, che era stato introdotto dal decreto n. 145/2013.

La nuova formulazione di detto periodo è la seguente: *“Ove ricorrano condizioni di crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario, comprovate da reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti, o anche dei diversi soggetti che eventualmente lo compongono, accertate dalla stazione appaltante, per il contratto di appalto in corso può provvedersi, sentito l'affidatario, anche in deroga alle previsioni del bando di gara, al pagamento diretto alle mandanti, alle società, anche consortili, eventualmente costituite per l'esecuzione unitaria dei lavori a norma dell'articolo 93 del regolamento di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, nonché al subappaltatore o al cottimista dell'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite”*.

Di fatto, è stato completamente stravolto lo scopo della norma.

Nella precedente versione il presupposto per l’applicazione dell’articolo era individuato nella sussistenza di *“condizioni di particolare urgenza inerenti al completamento dell'esecuzione del contratto accertate dalla stazione appaltante”*.

In buona sostanza, la modifica delle modalità di pagamento dei subappaltatori, si appalesava legittima ogniqualvolta ragioni di “interesse pubblico” (*rectius*, l’urgenza di completare l’opera appaltata) suggerivano alla stazione appaltante di provvedere essa stessa a detto pagamento. Ovviamente,

¹ Pubblicato su www.appaltiecontratti.it

anche se la norma non precisava nulla, la possibilità di modificare le modalità di pagamento non poteva che scaturire da una situazione di criticità finanziaria dell'appaltatore tale da impedire allo stesso di corrispondere le spettanze dei propri subappaltatori.

L'attuale versione muta radicalmente il presupposto di applicazione, individuandolo ora nella *“crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario, comprovate da reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti”*.

Dunque non vi è più alcuna necessità di accertare *“l'urgenza”* del completamento dei lavori, essendo sufficiente una conclamata *“crisi di liquidità finanziaria”* dell'appaltatore.

La sussistenza di siffatta *“crisi di liquidità finanziaria”* deve scaturire da *“reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti”* ovvero (ed è l'altra novità introdotta dalla legge di conversione) *“anche dei diversi soggetti che eventualmente lo compongono”*.

Il termine *“reiterati ritardi”*, lascia intendere che è possibile modificare le modalità di pagamento, non solo in caso di mancata corresponsione dei corrispettivi dovuti dall'appaltatore ai propri dante causa, ma anche in ipotesi di semplice ritardo nei pagamenti, ripetuto nel tempo.

L'accertamento va effettuato dalla stazione appaltante

In presenza di tali condizioni la stazione appaltante può provvedere al pagamento diretto non solo del subappaltatore o cottimista, ma, nel caso in cui l'esecutore sia un'associazione temporanea di imprese, anche delle mandanti e della società operativa costituita ai sensi dell'articolo 93 del Regolamento.

La disposizione trova applicazione anche ai rapporti in corso ed il pagamento diretto può essere disposto *“anche in deroga alle previsioni del bando di gara”*.

La soppressione del riferimento all'urgenza dei lavori oggetto di appalto rende decisamente più ampio l'ambito di applicazione della norma, il quale può ritenersi esteso anche alle ipotesi di lavori oggetto di subappalto già ultimati.

Ciò che resta invece da comprendere è se, al ricorrere delle condizioni stabilite dalla legge, la stazione appaltante abbia l'obbligo o la facoltà di provvedere al pagamento diretto.

In effetti, nella norma è specificato che la stazione appaltante <<può>> optare per la modifica delle modalità dei pagamenti (“*può provvedersi*”), lasciando intendere con ciò che trattasi di una facoltà e non di un obbligo.

E’ evidente tuttavia che, in caso di diniego, la stazione appaltante sarà comunque tenuta a motivare la propria decisione.

Infine, il decreto di conversione ha introdotto la necessità che la stazione appaltante, prima di procedere al pagamento diretto, abbia “*sentito l’affidatario*”; ad avviso di chi scrive, non occorre che l’affidatario rilasci un assenso specifico, ma un eventuale motivato diniego da parte di quest’ultimo potrebbe essere utilizzato dalla stazione appaltante quale elemento giustificativo per rifiutare di procedere al pagamento diretto.

2. Anche il comma 3bis è stato significativamente modificato dalla legge di conversione.

Ecco il nuovo testo: “*E’ sempre consentito alla stazione appaltante, anche per i contratti di appalto in corso, nella pendenza di procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, provvedere ai pagamenti dovuti per le prestazioni eseguite dagli eventuali diversi soggetti che costituiscano l’affidatario, quali le mandanti, e dalle società, anche consortili, eventualmente costituite per l’esecuzione unitaria dei lavori a norma dell’articolo 93 del regolamento di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, dai subappaltatori e dai cottimisti, secondo le determinazioni presso il Tribunale competente per l’ammissione alla predetta procedura*”.

Almeno tre le novità.

Una prima è il restringimento dell’ambito di applicazione al solo caso del concordato preventivo con continuità aziendale. Sono dunque esclusi gli altri casi di procedure concordatarie previsti dalla legge.

Una seconda è rappresentata dalla intervenuta esclusione dell’affidatario dal gruppo dei soggetti nei confronti dei quali la stazione appaltante può procedere al pagamento e dalla inclusione in detto gruppo, oltre che del subappaltatore e del cottimista, anche delle mandanti di raggruppamenti temporanei e delle società costituite per l’esecuzione unitaria dei lavori a norma dell’articolo 93 del d.P.R. n. 207/2010.

In relazione alle società ex articolo 93 del Regolamento, va rilevato come una quota – in ipotesi anche rilevante – delle stesse è in genere detenuta dallo

stesso affidatario il quale, in questo caso, verrebbe ad essere beneficiato, ancorché indirettamente, del pagamento effettuato dalla stazione appaltante.

Infine – veniamo alla terza novità - la norma prevede che il pagamento debba avvenire “secondo le determinazioni presso il Tribunale competente per l'ammissione alla predetta procedura”. Nel decreto n. 145/2013 era invece riportato che il pagamento andava effettuato “presso il Tribunale competente per l'ammissione alla predetta procedura”.

Di certo l'inciso “secondo le determinazioni presso il Tribunale competente” non sembra rappresentare, sotto il profilo lessicale, la scelta migliore.

Ad ogni buon conto, volendo ignorare l'evidente esistenza di refusi, deve ritenersi che il legislatore abbia voluto rimettere al Tribunale ogni decisione in ordine alle modalità di versamento degli importi, anche al fine di preservare e tutelare ogni esigenza di *par condicio creditorum*.

E' rimasto invece il riferimento ai pagamenti “dovuti” da parte della stazione appaltante, il quale rischia di generare dubbi interpretativi, atteso che la stazione appaltante ha un “dovere” di provvedere al pagamento dei subappaltatori/cottimisti solo se previsto in sede di *lex specialis*; negli altri casi alcun obbligo di pagamento sussiste e, dunque, a stretto rigore, le relative somme andrebbero comunque versate all'appaltatore, seppur riferite a somme da quest'ultimo dovute ai subappaltatori.

Ad ogni buon conto, anche in questo caso deve ritenersi che sarà il Tribunale della procedura concordataria a compiere ogni valutazione al riguardo e ad assumere ogni conseguente decisione.

3. In sede di conversione è stato infine introdotto un nuovo comma, il 3 ter, in base al quale nelle ipotesi di cui ai commi 3, ultimo periodo, e 3-bis, la stazione appaltante è tenuta a pubblicare nel proprio sito internet istituzionale le somme liquidate con l'indicazione dei relativi beneficiari.

La previsione fa comunque salve “le disposizioni previste in materia di obblighi informativi, pubblicità e trasparenza”.