

**Destinazione Italia: pagamento diretto dei subappaltatori
anche in corso di contratto.**

Prime riflessioni. ¹

di Massimo Gentile

1. Il decreto legge 23 dicembre 2013 n. 145 meglio noto come decreto “Destinazione Italia” ha introdotto interessanti novità in tema di pagamento dei subappaltatori.

Sul tema vale la pena rammentare che l’articolo 118 comma 3 del Codice prevede che nel bando di gara la stazione appaltante indichi la modalità prescelta per il pagamento dei subappaltatori e cottimisti.

Come noto, le alternative sono due:

- a) il pagamento diretto da parte della stazione appaltante;
- b) il pagamento da parte degli affidatari (appaltatori o concessionari) con obbligo in capo a questi ultimi di trasmettere, “entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti”, copia delle fatture quietanzate del subappaltatore o cottimista. La stessa norma precisa che qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanzate, entro il predetto termine, la stazione appaltante è tenuta a sospendere il successivo pagamento a favore dei medesimi affidatari.

Dunque, in relazione alla modalità di pagamento sub lettera b) – che è indubbiamente quella più diffusa nella prassi – la conseguenza prevista dalla legge per la mancata trasmissione da parte dell’affidatario delle fatture quietanzate del subappaltatore/cottimista è esclusivamente la “sospensione” dei successivi pagamenti, con esclusione della possibilità per la stazione appaltante di provvedere essa stessa al pagamento delle somme dovute dall’affidatario al subappaltatore/cottimista.

Sul tema si è espressa di recente l’Autorità, la quale ha evidenziato che “*le modalità di pagamento del corrispettivo debbono essere considerate parte integrante dell’accordo contrattuale e un’eventuale loro modifica in executivis, purché debitamente motivata, sarebbe possibile solo con il consenso*

¹ "In corso di pubblicazione su www.appaltiecontratti.it"

dell'appaltatore e del subappaltatore” (AVCP Pareri sulla normativa AG 26/12 del 7 marzo 2013 e AG 4/12 del 17 maggio 2012).

In buona sostanza, secondo l’Autorità, sarebbe possibile procedere al pagamento diretto del subappaltatore, ancorché non previsto in sede di gara, previa modifica del contratto di appalto “debitamente motivata” e con il consenso dell’appaltatore e del subappaltatore.

Ebbene, il decreto Destinazione Italia sembra aver sostanzialmente recepito la posizione dell’Autorità.

Più nel dettaglio, in calce al richiamato comma 3 dell’articolo 118 è stato aggiunto il seguente periodo: *“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 al cottimista dell’importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguiti”*.

Il legislatore ha dunque legittimato, *“anche in deroga alle previsioni del bando di gara”*, la possibilità per la stazione appaltante di procedere al pagamento “diretto” del subappaltatore; detto pagamento è tuttavia condizionato al ricorrere delle *“condizioni di particolare urgenza inerenti al completamento dell’esecuzione del contratto accertate dalla stazione appaltante”*.

Dunque, condizione essenziale per procedere a siffatta forma di pagamento - in deroga a quanto previsto in sede di gara e nel contratto di appalto - è la sussistenza di una situazione di “particolare urgenza” relativamente al completamento dei lavori; in buona sostanza, la stazione appaltante deve accertare, da un lato, il carattere di urgenza che riveste il completamento dei lavori e, dall’altro lato, che il mancato pagamento delle spettanze dovute dall’affidatario al subappaltatore possa determinare un ritardo in detto completamento dei lavori.

In tal senso, è evidente che in ipotesi di lavori oggetto di subappalto già ultimati, non possono considerarsi ricorrenti le condizioni di cui sopra.

Non vi è invece la necessità di accettazione della deroga nelle modalità di pagamento da parte dell’affidatario – contrariamente a quanto rilevato nelle richiamate pronunce dell’Autorità – atteso che la norma non opera alcun riferimento al riguardo.

Per espressa previsione contenuta nella norma, la disposizione in questione si applica anche ai contratti di appalto in corso alla data di entrata in vigore della stessa.

In forza dell'articolo 15 della legge n. 180 del 2011, la disposizione dovrebbe trovare applicazione anche alle somme dovute agli esecutori in subcontratto di forniture le cui prestazioni sono pagate in base allo stato di avanzamento lavori ovvero stato di avanzamento forniture.

Appare dunque sostenibile ritenere applicabile la possibilità di "pagamento diretto" in corso di appalto anche ai subcontratti di forniture non rientranti nell'ambito dei subappalti.

2. Altra novità contenuta nel decreto "Destinazione Italia" concerne l'introduzione all'articolo 118 del Codice del nuovo comma 3 bis, in base al quale *"E' 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 cottimisti, presso il Tribunale competente per l'ammissione alla predetta procedura"*.

Tale introduzione è volta a raccordare l'articolo 118 con la normativa fallimentare e, più specificamente, con gli strumenti negoziali di superamento della crisi aziendale – come quello previsto dall'art. 186-bis del R.D. 16 Marzo 1942, n. 267 (Legge Fallimentare), introdotto con il decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 Agosto 2012, n. 134 (Decreto Crescita) di concordato preventivo con continuità aziendale – che consentono la continuità aziendale, con lo scopo di riattivarne l'attività imprenditoriale e, quindi, di consentire la prosecuzione dei contratti pubblici.

Nella relazione di accompagnamento del decreto in parola è evidenziato come il concordato preventivo (ex art. 160 e segg. del R.D. 16 Marzo 1942, n. 267 (Legge Fallimentare) non costituisca una procedura tesa ad estromettere l'affidatario dai lavori, rappresentando piuttosto uno strumento idoneo a consentire la prosecuzione dei contratti pubblici.

Ora, nel caso in cui l'appaltatore sia soggetto ad una procedura di concordato preventivo, il medesimo si troverebbe in una situazione di oggettiva impossibilità a far fronte ai pagamenti dovuti nei confronti dei subappaltatori.

Né sarebbe in linea con lo spirito della disciplina sul concordato preventivo applicare per tale ipotesi la sospensione del pagamento dei SAL successivi, considerato che essa inciderebbe inevitabilmente sulla prosecuzione delle attività e, quindi, su quella continuità aziendale o sull'accrescimento e conservazione del valore degli asset, che la disciplina sul concordato preventivo mira a preservare.

Sempre nella relazione di accompagnamento si legge che l'emendamento prevede che il versamento dei corrispettivi dovuti per l'appalto sia effettuato distintamente all'appaltatore principale ed ai subappaltatori, secondo le istruzioni impartite dal Tribunale competente, al fine di assicurare sia il rispetto della *par condicio* tra i creditori dell'appaltatore in crisi aziendale, sia la continuità del contratto di appalto.

Invero, la norma si limita a sancire l'obbligo per la stazione appaltante di "*provvedere ai pagamenti dovuti (...) presso il Tribunale*" e non - come riportato nella relazione di accompagnamento - ad effettuare gli stessi direttamente nella mani dell'appaltatore e dei subappaltatori/cottimisti, ancorché secondo le indicazioni impartite dal Tribunale medesimo.

Non solo, ma il riferimento ai pagamenti "dovuti" da parte della stazione appaltante sembra escludere la possibilità di procedere al versamento degli importi nelle mani dei sub appaltatori e cottimisti, in assenza di una originaria clausola di gara e contrattuale che prevedesse il pagamento diretto.

In altri termini, la stazione appaltante "deve" provvedere al pagamento solo ed esclusivamente dell'appaltatore e dei subappaltatori/cottimisti 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.

In tal caso, a tutela degli interessi dei subappaltatori/cottimisti potrebbe essere invocato il principio di prededucibilità del credito affermato dalla giurisprudenza di legittimità (Cassazione sez. I, 5 marzo 2012 n. 3402).

Ma questa è un'altra storia ...

E' in ogni caso auspicabile che le incertezze interpretative possano essere tutte fugate in sede di conversione del decreto.