

Pagamento diretto dei subappaltatori e “anticipazione” su fattura:
due novità che faranno discutere

di Massimo Gentile

1. In attuazione di quanto disposto dall’articolo 25, comma 3, della Legge 18 aprile 2005, n. 62 – che consente l’emanazione di disposizioni correttive ed integrative del Codice dei Contratti pubblici entro due anni dalla data di entrata in vigore dello stesso – il Consiglio dei Ministri ha approvato, nella seduta del 1° agosto 2008, lo schema di decreto legislativo recante “*Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163*”.

Come noto, il decreto – che è stato già firmato dal Capo dello Stato ed è in attesa di essere pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale – interviene in modo significativo su diverse tematiche disciplinate dal Codice.

Tra le novità che verranno introdotte da detto provvedimento di prossima pubblicazione, in questa sede, si segnalano quello in tema di <<pagamento diretto>> da parte delle stazioni appaltanti del corrispettivo dei subappaltatori affidatari di lavorazioni rientranti nelle cc.dd. categorie “superspecialistiche” (articolo 37, comma 11, ultima parte del codice) e quella in tema di pagamento delle fatture relative a materiali da costruzione (articolo 133, comma *1bis*, del codice).

2. La prima delle menzionate modifiche si inserisce nella più ampia riforma della disciplina dei lavori afferenti “strutture, impianti e opere speciali” (ossia quelli facenti parte delle cc.dd. categorie “superspecialistiche”), in relazione ai quali, con l’entrata in vigore del terzo decreto correttivo, è venuto meno il divieto di subappalto, anche nell’ipotesi in cui detti lavori abbiano un’incidenza superiore al 15% dell’ammontare dell’appalto.

All'appaltatore sarà infatti consentito subappaltare a imprese terze in possesso dei necessari requisiti una quota (massima) del 30% dei lavori di che trattasi; in tal caso, la stazione appaltante provvede alla corresponsione diretta al subappaltatore dell'importo delle prestazioni eseguite dallo stesso, nei limiti del contratto di subappalto.

Giova al riguardo rammentare che, in relazione a tutte le altre tipologie di subappalto, il pagamento diretto da parte della stazione appaltante non costituisce un obbligo, ma una mera possibilità rimessa alla scelta della stazione appaltante medesima, da indicarsi già in sede di bando di gara.

Come noto, per prassi, le stazioni appaltanti generalmente optano per non assumere tale incombenza, rimettendo il pagamento all'appaltatore.

Ebbene, con l'entrata in vigore del terzo decreto correttivo, qualora l'appaltatore, in relazione a lavorazioni rientranti in categorie "superspecialistiche", aventi un'incidenza superiore al 15% dell'ammontare complessivo dell'appalto, affidi parte di dette lavorazioni all'esterno, i soggetti esecutori delle stesse verranno pagati direttamente dalla stazione appaltante.

Nella versione novellata dell'articolo 37, comma 11, del D.lgs. n. 163/2006 è inoltre precisato che trova applicazione l'articolo 118, comma 3, ultimo periodo del Codice, a mente del quale gli appaltatori sono tenuti a comunicare alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore o dal cottimista, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento.

In considerazione di tale previsione, possono dunque individuarsi tre fasi nelle quali viene a scomporsi il procedimento di pagamento del corrispettivo del subappaltatore:

- a) maturazione del credito da parte del subappaltatore;
- b) comunicazione da parte dell'appaltatore alla stazione appaltante delle prestazioni eseguite, con specificazione dell'importo e proposta motivata di pagamento;
- c) pagamento da parte della stazione appaltante.

In relazione alle tre evidenziate fasi, si pone un problema di “tempistica” entro la quale debbono essere effettuate le pertinenti attività, atteso che, dalla norma (articolo 118 comma 3 ultimo periodo), non si evincono elementi utili ad individuare le modalità temporali di svolgimento della procedura.

A giudizio di chi scrive, alcun dubbio sussiste in ordine alla individuazione del momento di maturazione del credito da parte del subappaltatore.

Si osserva infatti che, attesa la indiscussa natura privatistica del rapporto intercorrente tra l'appaltatore e il subappaltatore (tra le altre, C. Stato, sez. V, 20 maggio 2003, n. 2755), non potranno che essere le previsioni contrattuali regolanti detto rapporto a stabilire le modalità ed i termini di pagamento del corrispettivo subappaltatore.

Pertanto, a prescindere della circostanza che a corrispondere il corrispettivo sarà la stazione appaltante, la tempistica di maturazione del credito da parte del subappaltatore dovrà essere dedotta dalle previsioni contenute nel contratto di subappalto.

Per quanto concerne invece la comunicazione dell'appaltatore alla stazione appaltante - a mezzo della quale sono indicate le prestazioni eseguite dal subappaltatore o dal cottimista, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento - si rileva che essa va presumibilmente effettuata dopo l'emissione del primo stato di avanzamento dei lavori utile, successivo alla maturazione del credito del subappaltatore.

E' evidente, infatti, che la stazione appaltante potrà legittimamente procedere al pagamento delle spettanze del subappaltatore solo dopo l'avvenuto completamento dell'*iter* procedurale di verifica dell'avanzamento dei lavori oggetto dell'appalto.

In altri termini, la stazione appaltante dovrà prima prendere atto del credito complessivamente maturato in relazione all'appalto e, in immediata successione, sulla scorta della comunicazione dell'appaltatore, individuare la parte di spettanza del subappaltatore.

L'ultimo passaggio procedurale è quello concernente il pagamento del corrispettivo.

Ebbene, in tal caso non potranno che trovare applicazione le previsioni normative e contrattuali disciplinate il rapporto di appalto; in tal senso, le spettanze del subappaltatore verranno corrisposte in conformità alla tempistica regolante il pagamento dell'appaltatore.

3. Ricostruito il verosimile “tragitto” contabile che dovrà compiersi per effettuare il pagamento del corrispettivo al subappaltatore, si richiama l'attenzione sulla circostanza che, secondo la menzionata previsione codicistica, la stazione appaltante è tenuta ad attivarsi solo in esito alla ricevuta comunicazione dell'appaltatore. Pertanto, in assenza di detta comunicazione, la medesima stazione appaltante, verosimilmente non effettuerà i pagamenti nei confronti del subappaltatore.

In tale contesto, al fine di una tutela degli interessi delle imprese subappaltatrici, sarà indispensabile inserire nel contratto di subappalto conseguenze sanzionatorie (es. penali) a carico dell'appaltatore che ometta di inviare tempestivamente la comunicazione di che trattasi alle stazioni appaltanti.

Inoltre, sempre nel contratto di subappalto, potrebbe essere opportuno specificare che, in caso di ritardato pagamento del corrispettivo da parte della stazione appaltante, laddove all'appaltatore spettino interessi per ritardato pagamento, il subappaltatore avrà diritto all'ottenimento della quota degli stessi riferita alla parte di corrispettivo di propria pertinenza.

Un ultimo accenno va fatto alla “proposta motivata di pagamento” che deve accompagnare la comunicazione dell'appaltatore di cui al menzionato articolo 118 comma 3.

E' opinione di chi scrive che detta “proposta motivata di pagamento” è di fatto priva di un'effettiva rilevanza sotto il profilo pratico, considerato che, una volta accertata l'esistenza di un credito in favore dell'appaltatore e la capienza di quest'ultimo rispetto a quanto maturato dal subappaltatore, alla stazione appaltante non dovrebbero occorrere particolari “motivazioni” per procedere al pagamento diretto.

In ogni caso, atteso il tenore della disposizione codicistica ed al fine di soddisfare la richiesta ivi contenuta, si ritiene atta a configurare una congrua motivazione la specificazione da parte dell'appaltatore degli estremi del contratto di subappalto e della relativa autorizzazione ottenuta.

4. La seconda novità sulla quale si intende richiamare l'attenzione riguarda la modifica dell'articolo 133 del D.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. in tema di "caro materiali". Più nel dettaglio, il terzo decreto correttivo introduce un nuovo comma (il comma 1bis) a mente del quale *"Fermi i vigenti divieti di anticipazione del prezzo, **il bando di gara può individuare i materiali da costruzione per i quali i contratti, nei limiti delle risorse disponibili, prevedono le modalità e i tempi di pagamento degli stessi, ferma restando l'applicazione dei prezzi contrattuali ovvero dei prezzi elementari desunti dagli stessi, previa presentazione da parte dell'esecutore di fattura o altro documento comprovanti il loro acquisto nella tipologia e quantità necessaria per l'esecuzione del contratto e la loro destinazione allo specifico contratto, e previa accettazione dei materiali da parte del direttore dei lavori; senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica per tali materiali non si applicano le disposizioni di cui al comma 3, nonché ai commi da 4 a 7 per variazioni in aumento. Il pagamento dei materiali da costruzione è subordinato alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari al pagamento maggiorato del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero del pagamento stesso secondo il cronoprogramma dei lavori. L'importo della garanzia è gradualmente ed automaticamente ridotto nel corso dei lavori, in rapporto al progressivo recupero del pagamento da parte delle stazioni appaltanti"***

E' dunque ammessa la possibilità per gli appaltatori di acquistare "in anticipo" alcuni materiali occorrenti per l'esecuzione delle attività oggetto di appalto ed ottenere subito il pagamento del relativo costo affrontato.

Trattasi, dunque, di una norma volta ad evitare le conseguenze negative correlate ad aumenti del costo dei materiali da costruzione che potrebbero verificarsi nel corso dell'appalto.

Restano tuttavia diversi punti oscuri nella norma.

Innanzitutto, va sottolineato che il tenore della riportata previsione non sembra lasciare dubbi sulla circostanza che la possibilità, per l'appaltatore, di ottenere il rimborso "anticipato" del costo affrontato per l'acquisto dei materiali, è condizionata dalla scelta discrezionale della stazione appaltante da compiersi in sede di bando di gara (<<*il bando di gara può individuare*>>).

Pertanto, in assenza di una specifica previsione in sede di gara, la norma è destinata a non assumere rilievo.

Ciò detto, si rileva inoltre che non è affatto chiaro quale sia il momento in cui l'appaltatore può procedere all'acquisto dei materiali. La norma nulla dice in proposito. Tuttavia, anche nel silenzio del legislatore, deve ritenersi che il momento vada individuato dalla stazione appaltante in sede di contratto; tale interpretazione sembra confortata dalla circostanza che l'articolo 133, comma *1bis*, specifica che i contratti "*prevedono le modalità e i tempi di pagamento degli stessi*".

Peraltro, nessun ostacolo sembrerebbe sussistere alla possibilità per l'appaltatore di organizzare l'acquisto del materiale in più *tranche* anticipate rispetto all'effettivo momento in cui, secondo il cronoprogramma dei lavori, le forniture avrebbero dovuto essere eseguite.

La norma precisa inoltre che la scelta della stazione appaltante è comunque limitata alle <<*risorse disponibili*>>. E' evidente che tale limitazione assume una valenza meramente temporale, in quanto nelle risorse a disposizione della stazione appaltante non possono che esserci anche quelle relative a tutti i materiali da costruzione da impiegarsi nell'appalto, atteso che, prima della indizione della gara, la stessa stazione appaltante è tenuta ad effettuare le necessarie verifiche circa la capienza dei finanziamenti disponibili per l'esecuzione dell'opera.

La questione si pone quindi esclusivamente in termini di verifica della disponibilità delle risorse anticipatamente rispetto al momento in cui, secondo, il cronoprogramma, il materiale di che trattasi deve essere effettivamente impiegato in fase di costruzione dell'opera.

Il pagamento anticipato è in ogni caso condizionato alle seguenti ulteriori circostanze:

- fatturazione del materiale;
- dimostrazione che lo stesso è destinato alla realizzazione dell'opera per la quale si chiede il pagamento anticipato;
- accettazione dei materiali da parte del direttore dei lavori;
- costituzione di garanzia fideiussoria.

Per quanto concerne la dimostrazione della destinazione, attesa la evidente difficoltà insita nell'individuare un documento da ritenersi idoneo a tal fine, appare legittimo ritenere la sufficienza di un'autodichiarazione dell'appaltatore. Vieppiù se si consideri che il materiale deve comunque essere accettato dal direttore dei lavori.

Fermo quanto sopra, in appresso si riporta quelle che potrebbero essere le fasi nelle quali si articola la procedura di rimborso delineata dall'articolo 133 comma 1bis.

