

## **Pagamento dei subappaltatori: il “circolo vizioso” dell’Autorità<sup>1</sup>**

*di Massimo Gentile*

Nell’attuale congiuntura economica, particolarmente critica, che il nostro paese sta attraversando, il pagamento dei subappaltatori costituisce oggi una tematica “calda”, portatrice di problematiche per la soluzione delle quali i pertinenti riferimenti normativi non sono sempre in grado di offrire utili strumenti.

Il problema nasce dalla formulazione dell’articolo 118 comma 3 del D.lgs. n. 163/2006 e s.m.i., in base al quale, al momento della indizione della procedura di gara, la stazione appaltante deve decidere per quale sistema di pagamento dei subappaltatori optare, specificando nel bando, in particolare, se intende corrispondere *"direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite"* o, in alternativa, se a tale pagamento dovrà provvedere l’appaltatore; in tale ultimo caso, la norma precisa che *“è fatto obbligo”* all’appaltatore *“di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato (...) copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti (...) corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l’indicazione delle ritenute di garanzia effettuate”*. In mancanza di tale trasmissione *“entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari”*.

Il pagamento diretto da parte della stazione appaltante – sul quale, nella prassi, non ricade mai la scelta da parte della stazione appaltante – diviene invece obbligatorio in caso di subappalto di lavorazioni altamente specialistiche di cui all’articolo 37 comma 11 del Codice, aventi valore superiore al quindici per cento dell’importo dell’appalto.

In caso di pagamento rimesso all’appaltatore, la questione che si pone è quella di comprendere se – al di là della sospensione dei pagamenti prevista

---

<sup>1</sup> In corso di pubblicazione su Appalti e Contratti.

all'articolo 118 – a carico della stazione appaltante cedano ulteriori obblighi, quale ad esempio, quello di sostituirsi all'appaltatore e provvedere direttamente a corrispondere gli importi dovuti al subappaltatore, stornandoli dal SAL maturato in relazione all'appalto.

Sul tema si registra una recente posizione dell'Autorità assunta nel parere del 17 maggio 2012.

L'Organo di Vigilanza riscontrava una richiesta di parere di una stazione appaltante, la quale evidenziava che un proprio appaltatore, non riuscendo ad onorare i crediti dei subappaltatori, aveva chiesto che questi ultimi venissero soddisfatti direttamente dalla stazione appaltante, anche se il bando di gara non prevedeva questa modalità di pagamento.

Osserva l'Autorità che, come più volte affermato anche dalla giurisprudenza, il contratto di subappalto, pur potendo essere ricompreso nella categoria dei contratti derivati e subendo pertanto alcuni effetti dal contratto soprastante, mantiene comunque un elevato grado di autonomia rispetto al contratto di appalto. Pertanto, non si creerebbe tra la stazione appaltante ed il subappaltatore alcun rapporto diretto di debito/credito<sup>2</sup>.

La stessa Autorità aveva in passato negato che, *"a seguito del contratto di subappalto ed anche nel caso di pagamento diretto al subappaltatore, possa sussistere alcun rapporto giuridico tra stazione appaltante e subappaltatore"*<sup>3</sup>.

Nella fisiologia delle relazioni negoziali, la corretta applicazione del menzionato art. 118, comma 3, del Codice assicura ai subappaltatori la continua e costante soddisfazione dei propri crediti nei confronti dell'appaltatore,

---

<sup>2</sup> Cass. civ. Sez. II, 21 ottobre 2009, n. 22344; Cass. civ. Sez. I, 9 settembre 2004, n. 18196; Cass., 24 luglio 2000, n. 9684; Cass. civ. Sez. II, 29 maggio 1999, n. 5237; AVCP, determinazione 26 marzo 2003, n. 8, determinazione 28 aprile 2004, n. 7, deliberazione 23 novembre 2004, n. 157.

<sup>3</sup> Deliberazione Autorità n. 157/2004. Nella pronuncia è evidenziato come l'interpretazione letterale della disposizione in oggetto permetta di qualificare la fattispecie del pagamento diretto quale delegazione di pagamento *ex lege* tra l'appaltatore, il subappaltatore e la stazione appaltante. Non sorge, pertanto, un autonomo rapporto obbligatorio tra il subappaltatore e la stazione appaltante, ma quest'ultima, pagando, adempie la propria obbligazione nei confronti dell'appaltatore e, in virtù della delegazione, estingue anche l'obbligazione dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore. I rapporti, sorti in virtù di distinti contratti, rimangono pertanto autonomi. Lo stesso avviene, a fortiori, nel caso in cui la stazione appaltante preveda nel bando di gara di sospendere il pagamento all'appaltatore in caso di mancata presentazione delle fatture quietanzate.

mitigando la posizione di debolezza contrattuale nella quale normalmente questi soggetti versano<sup>4</sup>.

Nel caso sottoposto all'attenzione dell'Autorità, invece, è la stazione appaltante che intende modificare in corso di esecuzione le modalità di pagamento dei subappaltatori contenute nei contratti di appalto e di subappalto.

Ebbene - si legge nel parere - per una corretta valutazione della legittimità della prospettata modifica in fase esecutiva, si deve innanzitutto ricordare che, secondo consolidata giurisprudenza nazionale e comunitaria, le *"modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, ai sensi della direttiva 92/50, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto"*<sup>5</sup>.

La modifica di un appalto pubblico in corso di validità *"può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata"*<sup>6</sup>.

Nel caso di specie, il perseguito cambiamento delle modalità di pagamento dei subappaltatori non è, a giudizio dell'Autorità, tale da apportare modifiche "sostanziali" al contratto.

L'adozione dell'una o dell'altra modalità di pagamento offerte dall'art. 118 del d. lgs. n. 163/2006, infatti, non costituisce una condizione atta ad alterare sostanzialmente e radicalmente l'assetto negoziale definito con l'aggiudicazione, ma può solo determinare, in linea teorica, un aggravio procedimentale per la stazione appaltante. L'appaltatore, invece, anche quando si adotta il c.d. pagamento indiretto, è comunque messo in grado di far fronte ai propri debiti verso i subappaltatori grazie al pagamento ricevuto dalla stazione appaltante.

---

<sup>4</sup> Cfr. Parere dell'Autorità sulla normativa 10 novembre 2011, AG 30/2011.

<sup>5</sup> Si veda, in tal senso, sentenza 5 ottobre 2000, causa C337/98, Commissione/Francia, Racc. pag. I8377, punti 44 e 46.

<sup>6</sup> Corte di Giustizia, sentenza 19 giugno 2008, resa nella causa C-454/06.

Ciò posto, l'Autorità rimarca come il pagamento diretto da parte della stazione appaltante sia sostanzialmente più efficace nel tutelare la posizione del subappaltatore e, inoltre, maggiormente idoneo a garantire anche un miglior funzionamento del meccanismo di sostituzione di cui agli art. 4 e 5 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

Ciò nonostante, nel parere in esame è rilevato che le modalità di pagamento costituiscono parte integrante del contratto di appalto e, pertanto, in assenza di specifiche deroghe ed eccezioni contenute nel D.lgs. n. 163/2006, la stazione appaltante non può intervenire unilateralmente sulle stesse.

È indispensabile, quindi, acquisire in merito al loro cambiamento tanto il consenso dell'appaltatore, quanto quello del subappaltatore, considerato l'elevato grado d'autonomia del contratto di subappalto<sup>7</sup>.

Dunque, l'Organo di Vigilanza sembrerebbe favorevole alla possibilità di un "cambiamento in corsa" delle modalità di pagamento dei subappaltatori, laddove la criticità finanziaria degli affidatari dell'appalto non consentisse loro di provvedere come da contratto.

Tale possibilità, ad avviso di chi scrive, costituirebbe un'evidente agevolazione sia per i subappaltatori, sia per gli appaltatori, sia per le stazioni appaltanti.

I subappaltatori riuscirebbero, infatti, ad ottenere il pagamento di prestazioni eseguite e già regolarmente contabilizzate dalla stazione appaltante in relazione al contratto principale, evitando così di avviare inutili e defatiganti procedure esecutive nei confronti degli appaltatori.

Gli appaltatori eviterebbero di subire gli effetti negativi derivanti da esigenze di "cassa", riuscendo a sanare situazioni di insolvenza verso i subappaltatori mediante l'utilizzo di somme teoricamente ad essi spettanti, ma bloccate proprio in ragione di siffatta insolvenza.

Le stazioni appaltanti vedrebbero assottigliarsi i rischi (viceversa estremamente concreti) di ritardi o sospensione nei lavori, conseguenti, da un lato, alla necessità di bloccare i pagamenti nei confronti degli appaltatori e,

---

<sup>7</sup> La determinazione delle somme dovute all'appaltatore e al subappaltatore, poi, dovrà essere effettuata secondo quanto disposto dall'art. 118, co. 3, ultimo periodo del d. lgs. n. 163/2006 che recita "*nel caso di pagamento diretto, gli affidatari comunicano alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore e dal cottimista, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento*".

dall'altro lato, al probabile ostruzionismo in fase esecutiva che potrebbero porre in essere i subappaltatori.

Tuttavia, nel parere dell'Autorità, dopo essere stato affermato tale principio, vengono aggiunti alcuni passaggi che rendono di fatto gli effetti di tale affermazione del tutto "neutralizzati".

In particolare, l'Autorità richiama l'attenzione sulla circostanza che – come già evidenziato in passato - il mancato pagamento dei subappaltatori da parte dell'appaltatore costituisca un caso di "*inadempimento sufficiente a giustificare la risoluzione del contratto da parte dell'amministrazione*"<sup>8</sup> e che tale considerazione è pienamente compatibile - e, dunque, valida - anche con l'attuale quadro normativo di riferimento.

Si legge infatti nel parere di cui occupa che l'appaltatore "*è generalmente posto in condizione di adempiere le proprie obbligazioni verso il subappaltatore dal pagamento previo, da parte della stazione appaltante, dello stato di avanzamento lavori (che comprende tutte le opere sino ad allora realizzate ex art. 194 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207)*".

Il mancato pagamento dei subappaltatori, pertanto, è un comportamento che, "*se non adeguatamente giustificato da peculiari circostanze oggettive*", concreta una rilevante mancanza professionale da parte dell'appaltatore e può compromettere la realizzazione dei lavori pubblici affidati.

L'Autorità precisa quindi che, in mancanza di "*specificata e circostanziata motivazione*", non si possa procedere alla modifica contrattuale relativa alle modalità di pagamento "*fino a quando l'appaltatore non abbia adempiuto le proprie obbligazioni nei confronti dei subappaltatori*".

Orbene, ci si chiede come possa un appaltatore, il quale evidenzi di non riuscire ad onorare i crediti dei propri subappaltatori e chieda alla stazione appaltante di intervenire direttamente, "*adempiere le proprie obbligazioni nei confronti dei subappaltatori*".

In buona sostanza, l'Autorità è dell'avviso che possa procedersi ad un pagamento diretto solo una volta che l'appaltatore abbia "sanato" il pregresso.

---

<sup>8</sup> Determinazione n. 7/2004.

Il problema è comprendere come possa sanare il pregresso un appaltatore in difficoltà economica e con il SAL bloccato, senza l'intervento della stazione appaltante.

Siamo di fronte ad un vero e proprio circolo vizioso.

Non si comprende nemmeno in cosa consista la “*specificata e circostanziata motivazione*” che giustifichi il cambio di sistema di pagamento.

In altre parole, quale migliore motivazione può sussistere rispetto alla richiesta di “aiuto” avanzata dall'appaltatore verso la stazione appaltante con il beneplacito del subappaltatore?

Una posizione più coraggiosa dell'Autorità avrebbe potuto togliere dall'imbarazzo molte stazioni appaltanti, aiutandole a risolvere problemi che assillano diversi contratti di appalto.

Una lancia va comunque spezzata in favore dell'Autorità.

Il tenore della legge non aiuta a risolvere problematiche delicate come quella del pagamento dei subappaltatori, anche in considerazione della circostanza che, laddove il legislatore ha voluto prevedere un regime sostitutivo di pagamento con intervento della stazione appaltante, l'ha fatto in modo chiaro (cfr. articoli 4 e 5 del D.P.R. n. 207/2010). Nel caso del pagamento del compenso dei subappaltatori non si rinviene alcuna disposizione di siffatto tipo.

Urge dunque un intervento del legislatore che disciplini quantomeno la possibilità del “cambiamento in corsa”.

Soprattutto in un momento nel quale il blocco del pagamento dei SAL e la risoluzione del contratto di appalto – passaggi che per la stazione appaltante devono considerarsi quasi scontati - costituiscono sicuramente i sistemi migliori per affossare ulteriormente l'economia del settore.