



# A.N.A.C.

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

(sito della già Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture)  
(art. 19 decreto legge 24 giugno 2014 n. 90 - delibera n. 102/2014)

**Al Comune di Forni di Sopra**

**All'Unifica Soc. Coop. e altri**

**AG26/12**

7 marzo 2013

**Oggetto:** richiesta di parere del Comune di Forni di Sopra – Realizzazione di una sala polifunzionale - Fallimento della società consorziata esecutrice dei lavori - Liquidazione del corrispettivo spettante ai subappaltatori

In relazione alla richiesta di parere in oggetto, si rappresenta che il Consiglio dell'Autorità, nella seduta del 6-7 marzo 2013, ha approvato le seguenti considerazioni. Con nota prot. n. 3532 del 6 luglio 2012, acquisita al protocollo dell'Autorità al n. 70366 del 16 luglio 2012, il Comune di Forni di Sopra (di seguito indicato anche come l'istante) ha sottoposto all'Autorità una richiesta di parere ai sensi del Regolamento sulla istruttoria dei quesiti giuridici, concernente l'interpretazione e l'applicazione dell'art. 118, comma 3 del Codice dei contratti pubblici in tema di liquidazione del corrispettivo spettante ai subappaltatori nell'ipotesi di fallimento della consorziata, designata per l'esecuzione dei lavori. L'istante assume, infatti, di aver affidato l'appalto dei lavori necessari alla realizzazione di una sala polifunzionale al Consorzio C.I.P.E.A - Consorzio fra Imprese di produzione Edilizia e affini Società Cooperativa (ora Consorzio UNIFICA), di seguito per brevità indicato anche come il Consorzio, che, in sede di gara aveva, aveva indicato come società esecutrice dei lavori la consorziata Marex srl, successivamente sostituita dalla CMR srl. Tale ultima società, previa autorizzazione della stazione appaltante, aveva stipulato alcuni contratti di subappalto per la realizzazione dei lavori che le erano stati affidati. Il Comune, nella fisiologia del rapporto, eseguiva i pagamenti a favore del Consorzio previa esibizione delle fatture quietanzate dei sub appaltatori. In occasione del pagamento del corrispettivo per i lavori attinenti al sesto, settimo e ottavo stato di avanzamento lavori, la Stazione appaltante non riceveva le fatture quietanzate dei sub appaltatori e sospendeva i pagamenti a favore del Consorzio (parzialmente con riferimento al settimo e sesto SAL e integralmente con riferimento all'ottavo SAL), accantonando le relative somme "a garanzia" del credito vantato dai subappaltatori e portato nelle fatture da questi emesse. Riferisce altresì l'istante che i lavori sono stati ultimati e che la CMR srl è stata dichiarata fallita e domanda quindi l'avviso dell'Autorità sulle corrette modalità di pagamento delle somme accantonate. Il quesito può dunque essere sintetizzato come segue:

- se la stazione appaltante debba essere considerata debitrice della consorziata fallita;
- se la stazione appaltante possa pretendere che il Consorzio paghi il residuo credito dei subappaltatori, non integralmente soddisfatti in sede fallimentare, e se, nel caso di mancato pagamento da parte del Consorzio, siano possibili forme di pagamento diretto dei subappaltatori, in deroga agli atti di gara;
- se, in alternativa, la stazione appaltante possa recedere dal contratto di appalto stipulato con il



# A.N.A.C.

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

(sito della già Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture)  
(art. 19 decreto legge 24 giugno 2014 n. 90 - delibera n. 102/2014)

Conorzio e pagare direttamente i subappaltatori, sulla base degli importi che la stessa stazione appaltante ha già accantonato a garanzia del loro credito. In seguito alla comunicazione di avvio del procedimento del 26 settembre 2012 prot. n. 92366 e della richiesta di integrazione documentale del 21 dicembre 2012 n. 123176, sono pervenute le controdeduzioni e le integrazioni documentali dell'istante, del Consorzio, del Curatore fallimentare della CMR srl e del subappaltatore Elettrocasa srl. In particolare, da ultimo, con la nota prot. n. 12552 del 01.02.2013, l'istante ha comunicato che il Consorzio, al fine di ottenere il pagamento delle somme asseritamente dovute dalla stazione appaltante, ha ottenuto un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo, che l'istante stesso ha inoltrato in copia con ulteriore nota di integrazione documentale prot. n. 17396 del 14 febbraio 2013.

Al riguardo, si può rappresentare quanto segue. Il Consorzio appaltatore, in fase di esecuzione, ha designato la CMR srl quale ditta esecutrice delle opere. Quest'ultima ha affidato ad altri operatori economici con plurimi contratti di subappalto le lavorazioni assegnate. I lavori sono stati ultimati e consegnati alla stazione appaltante, ma la CMR srl è fallita senza aver soddisfatto il credito dei subappaltatori, che reclamano le loro spettanze. In primo luogo si deve escludere che la stazione appaltante possa essere considerata debitrice della CMR srl, consorziata fallita. Il contratto di appalto è infatti intercorso tra il Comune di Forni e il Consorzio, che si è limitato a designare l'impresa esecutrice. Tale designazione è un atto meramente interno al consorzio, che non vale a instaurare un rapporto contrattuale tra la consorziata e la stazione appaltante. La designazione della consorziata per l'esecuzione dei lavori è un atto rilevante solo nei rapporti interni tra il Consorzio e le sue consorziate: tale atto determina unicamente una distribuzione interna di responsabilità, inopponibile ai terzi. La stazione appaltante, quindi, è obbligata solo nei confronti del consorzio appaltatore e non deve eseguire pagamenti a favore della CMR. Le somme accantonate a garanzia del credito dei subappaltatori, per quanto riguarda i rapporti tra la Stazione appaltante e la CMR non possono, pertanto, essere considerate "moneta fallimentare". L'istante prospetta, altresì, la possibilità del pagamento diretto ai subappaltatori, ipotesi questa che l'Autorità ritiene di dover escludere per una pluralità di motivi. E' opportuno in primo luogo premettere che, come affermato dalla giurisprudenza e ribadito dall'Autorità in numerose pronunce, a seguito del subappalto non si crea tra la stazione appaltante e i subappaltatori alcun rapporto diretto di debito/credito. Il contratto di appalto mantiene un'assoluta autonomia rispetto al contratto di subappalto e la diversità della fonte dell'obbligazione induce ad escludere la responsabilità solidale della stazione appaltante rispetto al credito dei subappaltatori (Avcp del. 157/2004 e giurisprudenza ivi richiamata). L'Autorità ha negato che "a seguito del contratto di subappalto e anche nel caso di pagamento diretto al subappaltatore, possa sussistere alcun rapporto giuridico tra stazione appaltante e subappaltatore" (Parere AG 30/2011 e giurisprudenza ivi richiamata.). Il pagamento diretto integra una delegazione di pagamento ex lege, che non ingenera un rapporto obbligatorio tra la stazione appaltante e i subappaltatori. La stazione appaltante pagando i subappaltatori estingue la propria obbligazione nei confronti dell'appaltatore e, in virtù delle delegazione, estingue anche l'obbligazione dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore. I rapporti giuridici insorti restano distinti e autonomi, pertanto anche se fosse previsto il pagamento diretto, comunque i subappaltatori non potrebbero vantare pretese creditorie nei confronti della stazione appaltante.



# A.N.A.C.

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

(sito della già Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture)  
(art. 19 decreto legge 24 giugno 2014 n. 90 - delibera n. 102/2014)

Gli atti di gara contemplavano la possibilità del subappalto, senza specificare le modalità di pagamento dei subappaltatori. La gara è stata celebrata nel vigore delle L.R. 14/2002, che richiama “le disposizioni statali in materia di subappalto” (art. 33): la disciplina di riferimento è dunque l’art. 18 della legge 55/1990, vigente all’epoca di indizione della gara, che consentiva alla Stazione appaltante, dandone notizia negli atti di gara, di optare tra il pagamento diretto ai subappaltatori, ovvero previa esibizione delle fatture quietanzate. L’art. 18, comma 3-bis, pur contemplando l’obbligo di trasmissione delle fatture quietanzate, non prevedeva alcuna sanzione per la mancata trasmissione delle fatture quietanzate dei subappaltatori, tanto che l’Autorità ha affermato che non essendo prevista dal legislatore la sospensione dei pagamenti nei confronti dell’appaltatore, questa non poteva essere disposta dalla stazione appaltante (AVCP Delibera 209/2002; Det. 8/2003; Det. 7/2004). Il contratto di appalto è stato stipulato il 19 aprile 2007 ed essendo riferito a una procedura di gara indetta prima dell’entrata in vigore del Codice dei Contratti pubblici, il Codice stesso non troverebbe applicazione (cfr. art. 253). Tuttavia le parti contraenti, autolimitandosi, hanno espressamente richiamato il Codice e in particolare l’art. 118. Tale norma, nella versione in vigore al tempo della stipula del contratto non prevedeva la sospensione dei pagamenti, introdotta nell’art. 118, comma 3 dal D.lgs. 113/2007, entrato in vigore, come noto, il 1° agosto 2007 (art. 5) e, dunque, dopo la stipula del contratto di appalto oggetto del parere. Ciò spiega il silenzio del contratto sul punto. Considerato, peraltro, che l’art. 10 del contratto di appalto in parte trascrive il contenuto dell’art. 118 del Codice e, in parte, lo richiama “per quanto non espressamente previsto”, con una tecnica di rinvio alla legge che può essere qualificata come rinvio “mobile” all’art. 118 e alle sue successive modifiche e integrazioni; considerato altresì che, nel caso di specie, le sospensioni dei pagamenti sono state effettuate dopo la novella apportata all’art. 118 del Codice, si ritiene che le sospensioni dei pagamenti operate dalla Stazione appaltante non presentino profili di rilevante criticità. In ogni caso, anche se il rinvio all’art. 118 non riguardasse le successive modifiche apportate a tale norma, l’applicabilità dell’istituto della sospensione troverebbe conforto nel Parere sulla normativa AG 28/08 ove l’Autorità, nel rivisitare l’orientamento espresso in anteriori pronunce (già citate), ha specificato in quale misura debba essere eseguita la sospensione dei pagamenti nei contratti in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del D.lgs. 113/2007, i quali, pertanto, soggiacciono all’istituto della sospensione.

Il contratto di appalto non prevedeva il pagamento diretto ai subappaltatori: l’art 10, comma 4, stabiliva, infatti, che il pagamento ai subappaltatori sarebbe stato eseguito “per il tramite del Consorzio” e previa esibizione delle fatture quietanzate relative ai pagamenti corrisposti ai subappaltatori.

La stazione appaltante ha rilasciato, su istanza del Consorzio, le autorizzazioni al subappalto, negando il pagamento diretto ed escludendo, in tal modo, qualsivoglia forma di affidamento in capo ai subappaltatori (cfr. autorizzazioni al subappalto, in atti). Peraltro si osserva che la rubrica e il contenuto dell’articolo 10, comma 4 del contratto di appalto e il contenuto dello stesso sono riferiti al sub appalto senza altra specificazione. Le clausole contrattuali dubbie, come noto, devono essere interpretate anche sulla base del comportamento tenuto dalle parti contraenti durante l’esecuzione del contratto. La stazione appaltante, infatti, ha eseguito i pagamenti a favore del Consorzio previa esibizione delle fatture quietanzate dei subappaltatori, che avevano stipulato il contratto non con il Consorzio stesso, ma con una delle consorziate, la CMR srl. Anche la sospensione dei pagamenti a partire dal sesto SAL è stata



# A.N.A.C.

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

(sito della già Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture)  
(art. 19 decreto legge 24 giugno 2014 n. 90 - delibera n. 102/2014)

applicata a garanzia delle pretese economiche di tali sub appaltatori. L'art. 10, comma 4 del contratto, considerato il comportamento delle parti in executivis, pertanto, deve essere riferito sia ai subappalti stipulati dal Consorzio che a quelli stipulati direttamente dalle consorziate designate per l'esecuzione dei lavori.

Da quanto esposto emerge che il pagamento diretto ai subappaltatori non era contemplato negli atti di gara; non era indicato nel contratto ed è stato espressamente negato nelle autorizzazioni al subappalto. Da ciò consegue che non può essere perseguito in fase di esecuzione. Le modalità di pagamento del corrispettivo debbono essere considerate parte integrante dell'accordo contrattuale e un'eventuale loro modifica in executivis, purchè debitamente motivata, sarebbe possibile solo con il consenso dell'appaltatore e del subappaltatore (AVCP Parere sulla normativa AG 4/12 del 17 maggio 2012).

Nel caso di specie, tale consenso non sussiste in quanto, come si evince dalle controdeduzioni pervenute, il Consorzio e la curatela fallimentare hanno manifestato un argomentato dissenso nei confronti del pagamento diretto dei subappaltatori. Peraltro, poiché i subappaltatori vantano un credito nei confronti della fallita CMR srl, se la Stazione appaltante pagasse direttamente i subappaltatori tale esborso, in considerazione degli effetti del fallimento per il fallito, potrebbe rivelarsi un atto pregiudizievole alla par condicio creditorum. Come già detto, infatti, il pagamento diretto dei subappaltatori è una delegazione di pagamento ex lege, e la giurisprudenza considera la delegazione un mezzo anomalo di pagamento, pregiudizievole per la massa e come tale soggetto a revocatoria (ex multis Cass. 17.01.2003, n. 649; Cass. 19.07.2000, n. 9479). Tale pagamento se eseguito, come nel caso di specie, dopo la dichiarazione di fallimento della CMR srl, a maggior ragione potrebbe essere considerato pregiudizievole per la massa, in quanto idoneo a sottrarre un nutrito gruppo di creditori alla procedura concorsuale, senza il controllo degli organi fallimentari. Il pagamento diretto ai subappaltatori, quindi, non è perseguibile non solo perché si tradurrebbe nella modifica unilaterale dei patti contrattuali, ma anche in considerazione del fallimento dell'appaltatore.

Il pagamento diretto non è perseguibile neppure ipotizzando il recesso dal contratto di appalto da parte della stazione appaltante, dalla stessa prospettato nella richiesta di parere. Come noto, infatti, il recesso della Stazione appaltante, è ammissibile solo previo pagamento dei lavori eseguiti (art. 134 del Codice; art. 122, D.P.R. n. 554/1999; art. 345, L. n. 2248/1865, all. F). Come si è detto, l'opera è stata ultimata e dunque il Consorzio ha adempiuto la sua obbligazione e ha diritto al corrispettivo, circostanza questa pacifica anche nella prospettazione dell'Istante che non contesta l'an o il quantum delle spettanze del Consorzio. La stazione appaltante, pertanto, non può sottrarsi all'obbligazione di pagamento, attraverso l'esercizio del diritto potestativo di recesso, al dichiarato fine di beneficiare soggetti, che, peraltro, non hanno intessuto con la stessa stazione appaltante alcuna relazione contrattuale.

L'Autorità, alla luce delle considerazioni svolte, ritiene dunque che la stazione appaltante debba pagare al Consorzio le somme accantonate a partire dal sesto SAL, senza che possa perdurare, stante il fallimento della CMR srl, il meccanismo del pagamento previa esibizione della fatture quietanzate. La consorziata fallita, infatti, non può più eseguire autonomamente alcun pagamento. Il Consorzio, pertanto, dopo aver ricevuto il pagamento del corrispettivo accantonato dalla stazione appaltante, dovrà pagare la consorziata CMR srl, necessariamente relazionandosi con la procedura



# A.N.A.C.

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

(sito della già Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture)  
(art. 19 decreto legge 24 giugno 2014 n. 90 - delibera n. 102/2014)

fallimentare, senza poter eseguire pagamenti diretti ai subappaltatori. L'Autorità, tuttavia, non può trascurare la delicata posizione dei subappaltatori, spesso piccole e medie imprese, che hanno eseguito materialmente gran parte dell'opera maturando crediti rimasti purtroppo insoddisfatti; tali pretese, tuttavia, possono trovare adeguato riscontro nell'ambito della procedura fallimentare, attraverso l'istituto della prededuzione, ai sensi dell'art. 111 della Legge Fallimentare.

Al riguardo, considerata la peculiarità della fattispecie oggetto del parere e soprattutto le sopravvenienze giurisprudenziali, allineate alla tendenza dell'ordinamento, d'ispirazione comunitaria, volta a favorire le piccole e medie imprese, l'Autorità ritiene di dover rimeditare in parte qua quanto assunto nel parere sulla normativa AG 30/11 sulla base della sentenza della Suprema Corte di Cassazione n. 3402/2012, sopravvenuta al parere stesso. Tale pronuncia, valorizzando la natura del credito dei subappaltatori (con argomentazioni alle quali si rinvia), lo qualifica prededucibile e dunque idoneo ad essere soddisfatto con precedenza rispetto agli altri crediti concorsuali.

Tale qualificazione del credito non consente ovviamente il pagamento diretto dei subappaltatori, né da parte della Stazione appaltante, né da parte del Consorzio, che è tenuto ad eseguire il pagamento di quanto dovuto alla CMR srl nelle mani del curatore fallimentare; i subappaltatori che abbiano presentato istanza di ammissione al passivo potranno quindi chiedere di essere soddisfatti in prededuzione ex art. 111 della L.F. e confidare nella predisposizione di un piano di riparto, che, in ossequio alla pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, non frustri le loro legittime pretese.

L'istituto della prededuzione, quindi, appare l'unico rimedio per soddisfare il credito degli operatori economici che hanno materialmente realizzato l'opera pubblica e, sotto tale profilo, non si condividono le argomentazioni assunte dalla curatela fallimentare nelle controdeduzioni. Diversamente opinando, infatti, i crediti dei subappaltatori sarebbero soggetti alla falcidia fallimentare e gli stessi non potrebbero trovare soddisfazione né verso la Stazione appaltante, né verso il Consorzio. La Stazione appaltante, infatti, onora il proprio debito pagando al Consorzio quanto dovuto e non potrebbe pagare direttamente i subappaltatori rimasti insoddisfatti o parzialmente soddisfatti in sede fallimentare, per le motivazioni già espresse. Il Consorzio, del resto, non potrebbe rispondere dei crediti dei subappaltatori rimasti insoddisfatti, né sussiste la responsabilità degli altri consorziati. Si ricorda, infatti, che il legislatore ha previsto la responsabilità solidale dei consorziati, che hanno presentato l'offerta, nei confronti dei fornitori e dei subappaltatori, ma solo per alcune tipologie di consorzi e tra queste non vi rientrano né i consorzi tra imprese artigiane, né i consorzi stabili (cfr art. 13, co.2 L. 109/1994 e art. 37, comma 5 D.lgs. 163/2006).

Infine, anche nell'abito della disciplina civilistica dei consorzi il credito dei subappaltatori resterebbe insoddisfatto, perché i subappaltatori hanno stipulato il contratto con una delle consorziate e come tali sono creditori particolari della stessa. Essi, pertanto, non potranno rivalersi né sul fondo consortile, che è destinato esclusivamente alla soddisfazione dei creditori del consorzio; né possono chiedere la liquidazione della quota del singolo consorziato, né espropriarla (art. 2614, cc.). Infine tali creditori non possono giovare del particolare regime di responsabilità disciplinato dall'art. 2615 cc., il quale stabilisce che "Per le obbligazioni assunte in nome del consorzio dalle persone che ne hanno la rappresentanza, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo consortile. Per le obbligazioni assunte dagli organi del consorzio per conto dei singoli consorziati rispondono questi ultimi solidalmente col fondo consortile. In caso di insolvenza nei rapporti tra i consorziati il debito dell'insolvente si ripartisce tra tutti in proporzione



# A.N.A.C.

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

(sito della già Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture)  
(art. 19 decreto legge 24 giugno 2014 n. 90 - delibera n. 102/2014)

delle quote”.

A ciò si aggiunga che al momento della presentazione della offerta e della stipula del contratto di appalto, il Consorzio aveva già assunto la forma di società consortile a responsabilità limitata ex art. 2615-ter. La società consortile è una fattispecie tipica, alla quale, per effetto del rinvio implicito contenuto nella norma e in assenza di una disciplina specifica, si applica la disciplina del tipo societario prescelto dalle parti. La società a responsabilità limitata, come noto, gode di autonomia patrimoniale perfetta e per le sole obbligazioni sociali, ossia i debiti della società, risponde la società stessa con il suo patrimonio; i creditori particolari del socio, invece, non possono aggredire il patrimonio della società per essere soddisfatti, ma possono solo compiere atti conservativi sulla quota del socio che è loro debitore. Da ciò consegue che i subappaltatori, in quanto creditori particolari di una consorziata, non potranno rivalersi sul patrimonio consortile per avere soddisfazione del credito integralmente o parzialmente rimasto insoddisfatto in sede fallimentare.

Le considerazioni esposte, che escludono la residuale responsabilità del fondo consortile verso i creditori particolari del socio, rendono ulteriormente opportuna, nella fattispecie in oggetto, la prededuzione dei crediti dei subappaltatori.

Maria Luisa Chimenti