

## Tribunale Milano Sez. II 17/07/2014

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI MILANO

Sezione Seconda Civile

Il Tribunale, riunito in Camera di Consiglio e composto dai Sigg.ri:

Dott. Filippo Lamanna	Presidente
Dott.ssa Irene Lupo	Giudice
Dott.ssa Francesca Savignano	Giudice Rel.Est.

ha pronunciato il seguente

DECRETO

nella causa iscritta al n. 80303/13 R.G., avente ad oggetto  
opposizione allo stato passivo, vertente

tra

F.LLI CA. S.R.L., in persona del rappresentante legale p.t.,  
rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Azzano e Sabrina Peron  
ed elettivamente domiciliata in Milano, alla via Vincenzo Monti 15,  
presso lo studio dell'avv. Peron

OPPONENTE

E

FALLIMENTO IMPRESA BR. S.R.L., in persona del curatore fallimentare,  
rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Salomoni ed elettivamente  
domiciliata presso il suo studio, in Milano, alla via Ludovico  
Ariosto 30

OPPOSTO

### FATTO E DIRITTO

I. F.lli Ca. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, ha proposto opposizione avverso il decreto di esecutività dello stato passivo del Fallimento Impresa Br. s.r.l., in persona del curatore fallimentare, lamentando che il suo credito di E 40.653,99 fossa stato ammesso in via chirografaria anziché in prededuzione.

L'opponente ha dedotto che il credito concerne il corrispettivo per la realizzazione di opere ad essa affidate, in subappalto, nell'ambito di lavori pubblici inerenti l'ampliamento dell'Istituto di Ricovero - Ospedale Busonera di Padova.

Su questo presupposto fattuale, ha invocato l'applicabilità dell'art. 118, comma 3, d. lgsl. n. 163/2006, richiamato dall'art. 7 delle Condizioni Generali di Contratto, nonché la regola juris sancita dalla Corte di Cassazione nella pronuncia n. 3402/2012. Più precisamente ha dedotto che, in forza dell'art. 118, comma 3, citato (n.d.r.: nel testo vigente anteriormente all'entrata in vigore del cosiddetto Decreto "Destinazione Italia" - decreto legge 23 dicembre 2013, n. 145, convertito in legge 21 febbraio 2014, n. 9), la stazione appaltante (Istituto Oncologico Veneto I.R.C.C.S.) ha l'obbligo di sospendere i pagamenti in favore dell'affidatario (oggi Fallimento Impresa Br. s.r.l.) in difetto di pagamento del subappaltatore (F.lli Ca. s.r.l.) e che quindi il credito del subappaltatore deve essere soddisfatto in via di prededuzione in quanto il suo pagamento "si attegga ... quale condizione di esigibilità del credito che la fallita a sua volta vanta nei confronti della stazione appaltante" (Cass. n. 3402/2012): in sostanza il pagamento del credito del subappaltatore sarebbe strumentale al soddisfacimento del credito della fallita verso la stazione appaltante e dunque, a detta dei giudici della legittimità, meriterebbe il rango preferenziale della prededuzione ex art. 111 L.F. in quanto funzionale agli interessi della procedura ed al soddisfacimento della massa dei creditori.

Il Fallimento opposto si è costituito in giudizio ed ha resistito alla domanda eccependo: - che il precedente di legittimità invocato dall'opponente è isolato ed in contrasto con la successiva giurisprudenza di merito, che riconosce natura prededuttiva solo ai crediti sorti dopo l'apertura della procedura concorsuale e non anche a quelli sorti in precedenza; - che l'art. 118, comma 3, invocato



presuppone che il rapporto contrattuale di appalto sia in corso di esecuzione laddove invece esso si è sciolto ex lege, in forza dell'art. 81 L.F., essendo indubbio che, negli appalti pubblici, la qualità soggettiva dell'appaltatore "è stata un motivo determinante del contratto", cosicché non è più applicabile la disciplina speciale dettata in materia di appalti pubblici, come ritenuto dalla più recente giurisprudenza di merito; - che tale conclusione è avvalorata (a contrario) dalla successiva normativa, che ha introdotto il comma 3 bis all'art. 118 citato, il quale consente espressamente alla stazione appaltante di provvedere ai pagamenti in favore dell'affidatario e dei subappaltatori e cottimisti, in pendenza della procedura di concordato preventivo e quindi nei casi di continuità aziendale; - che comunque l'art. 118 comma 3, citato non potrebbe trovare applicazione nella fattispecie, essendo il contratto di appalto cessato prima della dichiarazione di fallimento, ossia il 30.10.2012, allorché è stato sottoscritto lo stato di consistenza, e non essendo quindi la stazione appaltante vincolata alla disciplina posta dalla citata disposizione, una volta intervenuto il fallimento dell'appaltatore.

2. In materia di appalti di lavori pubblici trova applicazione la disciplina stabilita dal D.Lgs. 163/2006 e, per quanto in questa sede interessa, l'art. 118, comma 3, che, nel testo vigente all'epoca dell'insinuazione al passivo, consentiva alla stazione appaltante di lavori pubblici di indicare, nel bando di gara, che avrebbe provveduto a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dovuto per le prestazioni eseguite ovvero, in alternativa, che era "fatto obbligo agli affidatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore o cottimista". In questa seconda ipotesi ed in caso di mancata trasmissione delle quietanze, è stabilito che "la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari".

Nella fattispecie, il bando di gara nulla specificamente indica circa le modalità di pagamento del subappaltatore, se in via diretta da parte della stazione appaltante ovvero previa trasmissione delle fatture quietanzate da parte dell'affidataria, ma semplicemente rinvia, "per quanto concerne la disciplina del subappalto, all'art. 118 del decreto Legislativo 163/2006", senza ulteriori puntualizzazioni.

In ogni caso la società subappaltatrice è stata ammessa al passivo dell'affidataria, sia pure in via chirografaria, sicché la questione è superata e non rientra nell'oggetto del presente giudizio.

Ciò che invece è oggetto della presente causa ed è controverso, è l'applicabilità della citata disposizione alla fattispecie in esame, circostanza contestata dal Fallimento opposto in forza dell'art. 81 L.F., a mente del quale "Nel caso di fallimento dell'appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto. Sono fatte salve le norme relative al contratto per le opere pubbliche" (comma 2). Tanto premesso, è indubbio che, negli appalti di lavori pubblici, la qualità soggettiva dell'appaltatore costituisca sempre un motivo determinante del contratto, stante la normativa stringente che concerne i requisiti che vengono richiesti all'affidatario degli stessi (artt. 34 e seguenti D. lgs n. 163/2006).

Conseguentemente il comma 2 dell'art. 81 L.F. citato va interpretato nel senso che il rapporto contrattuale si scioglie automaticamente col fallimento dell'impresa affidataria dei lavori e che la clausola di salvezza prevista in favore del committente ("salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto") deve essere coordinata con la disciplina dettata in materia di contratti di appalto per le opere pubbliche. Tale normativa esclude la possibilità di prosecuzione del rapporto, atteso che, a mente dell'art. 38 D. lgs n. 163/2006, "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui



all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni". Sotto il profilo interpretativo, può infatti ragionevolmente desumersi che, se non possono essere stipulati contratti con imprese sottoposte a procedure concorsuali (salvo la deroga specificamente prevista dei concordati in continuità), nemmeno possano proseguire i rapporti con imprese che, successivamente all'affidamento, vengano assoggettate ad esse. Poste tali premesse, deve concludersi che, essendosi il contratto di appalto pubblico sciolto, non può trovare applicazione la relativa disciplina, e specificamente quella dettata in materia di pagamento delle imprese affidatarie e di quelle subappaltatrici, quale più sopra sinteticamente descritta. Non è pertanto configurabile il presupposto giuridico al quale la Suprema Corte ha ancorato la prededucibilità del credito del subappaltatore, ossia che il credito della stazione appaltante - fallita - sia esigibile solo previo pagamento di quello del subappaltatore, il quale sarebbe perciò funzionale all'interesse dei creditori concorsuali.

Per le ragioni esposte l'opposizione non merita accoglimento.

Ogni altra questione resta assorbita.

Le spese di lite seguono la soccombenza e, tenuto conto del valore della causa e dell'attività difensiva svolta, vengono liquidate come da dispositivo.

P.T.M.

rigetta l'opposizione e condanna l'opponente alla refusione, in favore del fallimento opposto, delle spese di lite, che liquida in E 5.534,00, oltre rimborso forfetario spese generali, IVA e CPA se dovute.

Milano, 17 luglio 2014

Depositata in Cancelleria il 17/07/2014