

TRIBUNALE DI TREVISO

Sezione seconda civile

R.G. 233/14-2

Il Tribunale,

riunito in camera di consiglio e composto da:

- dott. Antonello Fabbro      Presidente
- dott. Caterina Passarelli    Giudice relatore
- dott. Elena Rossi            Giudice

in relazione al ricorso ex art.98 lf presentato da

██████████ Import Export srl

Contro

Fallimento ██████████ srl

letti gli atti e i documenti prodotti;

sentite le parti all'udienza del 30.10.2015.

osserva

██████████ Import Export srl, quale sub-appaltatrice di ██████████ srl per la fornitura e posa di pavimentazione e battiscopa all'interno del nuovo complesso scolastico del Comune di ██████████, affermava il diritto al pagamento delle prestazioni eseguite.

Intervenuto il fallimento della appaltatrice, ██████████ Import Export srl chiedeva di essere ammessa allo stato passivo, vantando un credito di € 77.035,64 la cui collocazione, secondo la ricorrente, doveva essere in prededuzione ex art. 118, comma terzo, codice appalti.

Esclusa da parte del GD la prededucibilità ed ammesso il credito in chirografo, █████ Import Export srl ha proposto opposizione allo stato passivo richiamando l'orientamento espresso dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 3402/12.

Il curatore del fallimento █████ srl, pur non costituendosi, ha dimesso memoria con la quale ha chiesto il rigetto dell'opposizione sulla base delle ragioni esposte dalla giurisprudenza di merito successiva alla sentenza citata da parte opponente.

Il ricorso non può essere accolto.

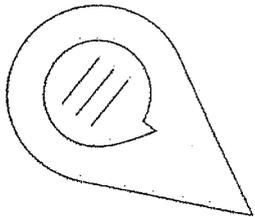
Va innanzitutto evidenziato quanto disposto dall'art. 118, comma 3, del codice appalti che recita: *" Nel bando di gara la stazione appaltante indica che provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite o, in alternativa, che è 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, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate. Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanzate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari. ..."* e quanto disposto dal successivo comma 3bis che così dispone: *"È sempre consentito alla stazione appaltante, anche per i contratti di appalto in corso, nella pendenza di procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, provvedere ai pagamenti dovuti per le prestazioni eseguite ... dai*

subappaltatori e dai cottimisti, secondo le determinazioni del tribunale competente per l'ammissione alla predetta procedura".

Le norme appena riportate non hanno univoca interpretazione nel caso di credito maturato dal subappaltatore nei confronti di appaltatore che abbia fatto accesso ad una procedura di concordato preventivo o nei cui confronti sia stato dichiarato il fallimento.

Infatti, da un lato, il principio espresso dalla Suprema Corte con la sentenza n.3402/12, richiamata da parte opponente, secondo cui il pagamento del subappaltatore si pone quale condizione di esigibilità del credito dell'appaltatore verso la stazione appaltante, assume natura di credito prededucibile; dall'altro, la successiva giurisprudenza di merito secondo cui la normativa in questione è applicabile solo in presenza di determinati presupposti che così possono essere sintetizzati:

- laddove il contratto di appalto sia ancora in corso. E, quindi, la norma non sarebbe applicabile in caso di fallimento della società affidataria dei lavori in quanto il relativo contratto concluso con la stazione appaltante si scioglie *ipso iure*; per contro, la norma di cui all'art.118 del codice appalti è destinata a disciplinare soltanto i rapporti tra ente pubblico e società appaltatrice che continui o sia in grado di continuare la propria attività oggetto del contratto di appalto (Trib. Bolzano 25/2/14; 8/11/13);
- laddove il contratto di appalto riguardi società *in bonis*. Il legislatore non fa alcun riferimento a società affidatarie dei lavori soggette a procedure concorsuali se non con riferimento all'art.118 comma 3 *bis* ma per il solo caso di concordato in continuità aziendale (Trib. Pavia 26/2/14);

- 
- laddove, nel rapporto in corso, permangano i requisiti richiesti all'affidataria dei lavori per la stipula di un appalto pubblico. E ciò non può essere in caso di fallimento posto che, se la normativa in materia di appalti (cfr. art.38 codice appalti) esclude la partecipazione alle procedure di affidamento dei lavori pubblici a quei soggetti che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis lf, per la stessa ragione non può essere consentita la prosecuzione di quello stesso rapporto contrattuale laddove quello stato sopravvenga all'affidamento dei lavori (Trib. Milano 5/9/14).

Rappresentato tale quadro interpretativo, questo Tribunale ritiene di far propri i rilievi svolti dai giudici di merito con i provvedimenti appena citati, condividendone le motivazioni dirette ad escludere l'applicabilità dell'art.118 cod appalti, comma 3, nel caso di fallimento dell'affidataria dei lavori.

Infatti, la *ratio* dell'art.118, terzo comma, cod. appalti ed, in particolare, la sanzione della sospensione deve essere, ~~si,~~ prevalentemente intesa quale forma di garanzia per le ragioni del subappaltatore, contraente più debole, onde evitare abusi da parte dell'appaltatore ma deve essere intesa anche:

- come forma di tutela dell'interesse dell'ente appaltante, finalizzato ad ottenere il completamento dell'opera senza correre il rischio di interruzioni o ritardi qualora, nel corso del rapporto, l'appaltatore, una volta percepito il proprio corrispettivo, non provveda al pagamento del subappaltatore;
- come forma di controllo riconosciuta all'ente appaltante onde evitare l'affidamento in subappalto di lavorazioni o prestazioni facenti parte del

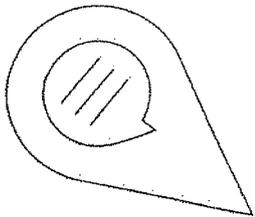
contratto di appalto a prezzi troppo bassi che possano compromettere la corretta esecuzione delle opere pubbliche.

E una tale finalità della norma, in ogni caso, presuppone la prosecuzione del rapporto di appalto, destinata, come è, a garantire l'equilibrio delle complesse prestazioni contrattuali nella fisiologia della dinamica degli appalti.

Con il fallimento, invece, nel momento in cui il curatore non abbia dichiarato di voler subentrare nel rapporto di appalto, tale esigenza di tutela non risorge in quanto il meccanismo contrattuale si interrompe *ex lege*; in ogni caso, il curatore, quale organo della procedura, è terzo rispetto agli interessi sottesi al rapporto di appalto ed è in grado di garantire l'equilibrio tra le prestazioni nel rispetto del principio della *par condicio creditorum* alla cui salvaguardia è finalizzata la procedura concorsuale; infatti, con il fallimento

- da un lato, il subappaltatore trova soddisfazione nella valutazione delle proprie posizioni creditorie in sede di verifica del passivo che, diversamente, verrebbe a mancare;
- dall'altro, la stazione appaltante trova garanzia dal fatto che non sarà esposta ad eventuali doppi pagamenti in quanto, una volta pagata la procedura fallimentare, sarà questa a farsi carico in sede di riparto alla soddisfazione di tutti i crediti anteriori.

Né può dirsi che l'art. 81 lf faccia espressamente salve le norme relative al contratto di appalto per le opere pubbliche in base ad una prevalenza di queste su altre discipline normative tra cui quella fallimentare, atteso che una tale interpretazione derogatrice non è ricavabile né dall'articolo citato né dal sistema ordinamentale.



Del resto, la sentenza della Suprema Corte, intervenuta prima delle varie modifiche alle norme in questione, ha, sì, affermato il principio generale secondo cui *"Ai fini della prededucibilità dei crediti nel fallimento, il necessario collegamento occasionale o funzionale con la procedura concorsuale, ora menzionato dall'art. 111 legge fall., va inteso non soltanto con riferimento al nesso tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, ma anche con riguardo alla circostanza che il pagamento del credito, ancorché avente natura concorsuale, rientri negli interessi della massa e dunque risponda agli scopi della procedura stessa, in quanto utile alla gestione fallimentare. Invero, la prededuzione attua un meccanismo soddisfattorio destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte al suo interno, ma anche tutte quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare ed influiscono sugli interessi dell'intero ceto creditorio"* (Cass.3402/12); tuttavia, in relazione alla specifica questione in esame circa la correlazione tra il pagamento del credito verso il subappaltatore e la soddisfazione del credito verso il committente, la Suprema Corte non ha escluso che il pagamento avvenga in moneta fallimentare e secondo le regole del concorso (nella sentenza si legge: *"...Siffatta correlazione, costruita in termini di necessaria subordinazione delle iniziative cui è legittimato il curatore verso il proprio committente alla soddisfazione, seppur in moneta fallimentare, delle ragioni del proprio subappaltatore, svuota di rilevanza il dato cronologico che caratterizza in termini di concorsualità il credito in discorso in quanto sorto in periodo anteriore al fallimento dell'appaltatore-committente, e rende conto dell'imprescindibile incidenza dell'adempimento, attuato, giova ribadire secondo le regole del concorso seppur*

*in via preferenziale, sull'altro adempimento, che va eseguito al di fuori del concorso, di cui si avvantaggia l'intero ceto creditorio").*

In ogni caso, oltre a riconoscere il credito del subappaltatore come soggetto alla regola del concorso, la SC non ha stabilito un principio generale di prededucibilità automatica ma ha riconosciuto la natura di prededuzione del credito solo laddove si sia verificata l'effettiva sospensione da parte della stazione appaltante per il pagamento del creditore. Afferma, infatti, la Corte che il riconoscimento della prededuzione è subordinato all'accertamento dell'effettiva sospensione da parte della stazione appaltante del pagamento del credito di spettanza della società fallita disposta a mente del disposto del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 118, comma 3, e che solo in quel caso il giudice fallimentare potrà attribuire al credito dell'odierna ricorrente, già ammesso allo stato passivo, la chiesta collocazione in prededuzione (Cass.3402/12).

Pertanto, secondo questo Tribunale, tale subordinazione sussiste se il rapporto prosegue nonostante la procedura concorsuale poiché il fallimento, e con esso, l'accertamento del credito concorsuale del subappaltatore in sede di verifica del passivo, fa venire meno il potere di sospensione dei pagamenti dovuti all'appaltatore da parte del committente ed esclude il nesso di strumentalità tra pagamento al subappaltatore e pagamento all'appaltatore, nesso riferibile al caso di rapporto in corso.

In ogni caso, il potere di sospensione avrebbe dovuto essere stato esercitato dalla stazione appaltante prima della dichiarazione di fallimento e il relativo onere probatorio era a carico di parte opponente.

In realtà, nel caso di specie, non è documentato che, prima del fallimento, fosse intervenuta la sospensione del pagamento da parte del Comune di

Denno, ente committente. Con la conseguenza che manca la prova di un presupposto essenziale per la valutazione, in termini di utilità e di necessità, della correlazione tra il pagamento del subappaltatore e la riscossione del credito nei confronti della stazione appaltante.

Ne consegue il rigetto dell'opposizione e la conferma del provvedimento impugnato.

Nulla per le spese tenuto conto della mancata costituzione del curatore.

pqm

Rigetta l'opposizione e, per l'effetto, conferma il provvedimento del Giudice Delegato del 10/2/15.

Si dà atto che ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'art.13, comma 1 *quater*, DPR 115/02.

Si comunichi.

Treviso, 15/3/16

Il Giudice relatore

*Caterina Passarelli*

Il Presidente

TRIBUNALE DI TREVISO

24 MAR. 2016

Depositato in cancelleria