

N. R.G. 8859/2020

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di VERONA
SECONDA SEZIONE CIVILE

Foglio costituente parte integrante del verbale d'udienza del 18 maggio 2022

Sentenza a seguito di trattazione orale, ex art. 281-sexies, c.p.c.

Il Tribunale di Verona, in persona del Giudice monocratico dott.ssa Monica Attanasio, pronuncia la seguente

SENTENZA

nella causa n. 8859/2020 R.G., vertente tra

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione datato 12 novembre 2020 _____, in proprio e in nome e per conto del Fondo di Investimento Alternativo Immobiliare di tipo chiuso denominato _____, ha proposto opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. 2998/2020, notificato in data 8 ottobre 2020, con il quale il Tribunale di Verona le ha ingiunto il pagamento della somma di € 35.815,00, oltre spese ed accessori, in favore di _____, in forza del contratto di

subappalto stipulato da tale società con _____, ora in concordato preventivo. A sostegno dell'opposizione, essa ha affermato il proprio difetto di legittimazione passiva, giacché solo legittimato passivo è il Fondo, da essa gestito, denominato _____", dotato di una propria soggettività giuridica; nel merito, ha, inoltre eccepito che il contratto di subappalto pone una serie di condizioni per l'eventuale autorizzazione della procedura di pagamento diretto ai subappaltatori e fornitori; che a causa dell'intervenuta domanda di concordato il credito non è certo, né liquido ed esigibile; che l'iniziativa intrapresa dalla controparte è illegittima in quanto volta a superare la norma posta a tutela del rispetto della *par condicio creditorum* rispetto agli altri creditori di Franco. Sulla base di queste premesse ha quindi domandato la revoca del decreto ingiuntivo opposto e la condanna della controparte al risarcimento del danno per lite temeraria, chiedendo, inoltre, di essere autorizzata a chiamare in giudizio la società _____.

_____, ritualmente costituitasi, ha contrastato l'eccezione di difetto di legittimazione passiva facendo presente che i diritti e i rapporti nascenti dalla gestione del Fondo fanno capo alla _____, e che ad essa spetta, pertanto, la legittimazione processuale sia attiva che passiva; essa ha, inoltre, affermato la responsabilità solidale di _____ e di _____ in ordine alle obbligazioni originate dal contratto di subappalto, e, quanto alla pendenza della procedura di concordato preventivo di _____, ha evidenziato come essa non precluda l'esercizio di azioni di cognizione, ivi incluso il procedimento monitorio, nonché che in forza del rinvio operato dall'art. 169 l. fall. gli artt. 61, 62 e 63, dettati in tema di fallimento, resta valida l'obbligazione solidale e l'autonoma azione avverso il coobbligato.

Nel giudizio ha spiegato intervento volontario _____ in qualità di nuovo gestore del _____ (ex _____"), la quale ha aderito alle difese svolte da _____.

Negata l'autorizzazione alla chiamata in causa di _____, e, rigettata l'istanza dell'opposta intesa alla concessione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo opposto, all'esito del deposito delle memorie ex art. 183, comma 6, c.p.c. la causa è stata rinviata, per la precisazione delle conclusioni e la discussione ex art. 281 *sexies* c.p.c., all'odierna udienza, trattata in forma scritta ai sensi dell'art. 221, comma 4, del d.l. n. 34/2020.

Con ordinanza di data 17 luglio 2020 l'istanza di _____ intesa alla concessione della provvisoria esecutività del decreto opposto è stata disattesa sul rilievo che non era dato sapere se il

contratto d'appalto a suo tempo stipulato tra _____ e _____ fosse ancora pendente, né se i crediti azionati in via monitoria si riferissero a prestazioni eseguite prima o dopo la data di pubblicazione della domanda di concordato di _____ nel registro delle imprese, né, nel primo caso, se fosse stata richiesta ed ottenuta l'autorizzazione di cui all'art. 182 *quinquies* l. fall. Il rilievo rimane in ancora valido, in forza di quanto si verrà di seguito ad esporre, e conduce, quale "ragione più liquida", all'accoglimento dell'opposizione.

Il tema del trattamento dei crediti dei subappaltatori di opere pubbliche nelle procedure concorsuali ha, in passato, formato oggetto di un forte contrasto tra la giurisprudenza di legittimità e quella di merito.

La prima, argomentando dal disposto dell'art.118, comma 3, del D.lgs. n. 163/2006, nel testo modificato dal D.lgs. n. 113/2007 (a mente del quale il bando di gara può prevedere il pagamento diretto da parte della stazione appaltante del corrispettivo dovuto ai subappaltatori per le prestazioni da essi eseguite, ovvero l'obbligo per l'appaltatore di trasmettere copia delle fatture quietanzate dei pagamenti eseguiti in favore dei subappaltatori, con sospensione del successivo pagamento dovuto all'appaltatore in caso di inadempimento di tale obbligo), a partire dal 2012 ha ritenuto la natura prededucibile del credito vantato dai subappaltatori, sul rilievo che, nel caso di sospensione disposta dalla stazione appaltante, il pagamento del subappaltatore costituisce condizione di esigibilità del credito che la fallita vanta a sua volta nei confronti della stazione appaltante, sì da risulterne integrato il nesso di strumentalità fra tale pagamento e gli interessi della procedura richiesto dall'art. 111 l. fall. (cfr. Cass., 5 marzo 2012, n. 3402; Cass., 16 febbraio 2016, n. 3003; Cass., 22 marzo 2017, n. 7392).

La seconda, invece, ha variamente evidenziato come l'art. 118, comma 3, pur realizzando indirettamente una forma di tutela dei subappaltatori, parti deboli del rapporto, è prioritariamente diretto a tutelare l'interesse pubblico alla regolare esecuzione dell'appalto, evitando che i subappaltatori possano cessare di prestare la loro opera avvalendosi degli strumenti di autotutela loro concessi dal codice civile; che il meccanismo da esso congegnato opera nella fisiologia delle dinamiche degli appalti, tra contraenti in bonis, e non è quindi estensibile in caso di fallimento; che l'applicabilità della norma soltanto ove il contratto sia in corso è confermata dai commi 3 *bis* e 3 *ter* del medesimo art. 118, che parlano espressamente di "contratti di appalto in corso"; che il fallimento dell'appaltatore comporta, a mente del combinato disposto degli artt. 38 e 140 del Codice degli Appalti, la risoluzione del contratto di appalto, e, con essa, viene meno il potere/dovere della stazione appaltante di sospendere i pagamenti dovuti all'appaltatore.

L'orientamento della Cassazione ha conosciuto una prima incrinatura nel 2017, con le sentenze n. 15479 del 22 giugno 2017 e n. 19615 del 4 agosto 2017, per poi essere messo recisamente in discussione dalla sentenza n. 33350 del 21 dicembre 2018 n. 15479, la quale ha affermato che l'art. 118, comma 3, del D.lgs. n. 163/2006 deve ritenersi riferito all'ipotesi di un rapporto di appalto in corso con un'impresa *in bonis*, non trovando, invece, applicazione nel caso in cui, con la dichiarazione di fallimento, il contratto di appalto si scioglie. A quest'ultimo indirizzo hanno infine aderito le Sezioni Unite della Cassazione, con sentenza n. 5685 del 2 marzo 2020.

Il rapporto tra crediti dei subappaltatori e procedure concorsuali è stato, quindi, prevalentemente indagato sotto il profilo della natura, prededucibile o meno, di tali crediti, con riferimento al fallimento e non al concordato preventivo, ed in relazione alle disposizioni vigenti prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice degli Appalti.

La norma ora applicabile – o, più precisamente, quella applicabile ai contratti per i quali i bandi di gara o gli avvisi di avvio della procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati successivamente alla data dell'entrata in vigore del nuovo Codice (così l'art. 216, comma 1) – è quella contenuta nell'art. 105, comma 13, del D.lgs. n. 50/2016, a mente del quale *“La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi: a) quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa; b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore; c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente”*.

È dunque venuta meno l'alternativa fra pagamento diretto dei subappaltatori e sospensione dei pagamenti disposta dalla stazione appaltante, e la tutela riconosciuta ai subappaltatori – anche in attuazione della Direttiva Europea 2014/24/UE – è affidata esclusivamente al pagamento diretto.

Tuttavia, come osservato dalle Sezioni Unite, il nesso intrinseco e non occasionale tra l'interesse pubblico alla regolare e tempestiva esecuzione dell'opera e la tutela dei subappaltatori non può comportare *“deroghe, in via giurisprudenziale, al principio della par condicio creditorum, restando il subappaltatore che abbia adempiuto le sue prestazioni in favore del debitore in bonis pur sempre un creditore concorsuale come gli altri”*.

La speciale disciplina valevole per gli appalti pubblici era e resta operante, pertanto, soltanto nel caso in cui il contratto di appalto sia in corso, cosa che, nel caso di apertura di una procedura concorsuale a carico dell'appaltatore, è possibile, ove si tratti di procedura fallimentare, solo ove sia stato autorizzato

l'esercizio provvisorio, e, nel caso di concordato preventivo, alle condizioni stabilite dagli artt. 186 *bis* l. fall. e 110 del D.lgs. n. 50/2016 – mutate nel corso del tempo per effetto delle modifiche apportate al secondo di tali articoli, tutte applicabili alle procedure bandite successivamente alla loro entrata in vigore.

Nella specie, il bando di gara venne pubblicato nel marzo 2018 (cfr. doc. n. 1 del fascicolo dell'opponente), e, a quella data, l'art. 110 del D.lgs. n. 50/2016, stabiliva:

- al comma 1, che *“Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione dell'appaltatore ... interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture”*;
- al comma 3, che *“Il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato, possono: b) eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita o ammessa al concordato con continuità aziendale”*;
- al successivo comma 4, che *“L'impresa ammessa al concordato con cessione di beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, può eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato”*.

A sua volta, l'art. 186 *bis*, comma 3, l. fall. stabilisce che *“Fermo quanto previsto nell'articolo 169 bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni. Le disposizioni del presente comma si applicano anche nell'ipotesi in cui l'impresa è stata ammessa a concordato che non prevede la continuità aziendale se il*

predetto professionista attesta che la continuazione è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio".

Dunque, poiché _____ ha presentato una domanda di concordato preventivo in continuità aziendale (così la diffida dell'opposta di data 21 aprile 2020), ai fini della prosecuzione del contratto d'appalto concluso con _____ sarebbe stato necessario, nella fase di preconcordato, un'autorizzazione del giudice delegato, e, successivamente, l'attestazione di un professionista indipendente della conformità al piano della prosecuzione del contratto e della ragionevole capacità di adempimento della società in concordato. Nulla di tutto ciò è stato però allegato e provato da parte opposta, sì che difetta, in primo luogo, la prova della prosecuzione del contratto di appalto tra _____ necessario presupposto per l'applicazione dell'art. 105, comma 13, del D.lgs. n. 50/2016.

In secondo luogo, poiché risulta che la domanda di concordato preventivo con riserva venne presentata il 5 marzo 2020 (v. la visura camerale depositata dall'opposta con la seconda memoria ex art. 183, comma 6, c.p.c.), i crediti azionati in via monitoria da _____ relativi a stati di avanzamento lavori del settembre ed ottobre 2019 (così l'opposta nella memoria appena citata), sono crediti sorti precedentemente alla pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese.

Ciò comporta che, non essendo possibile una tutela incondizionata dei subappaltatori, "pur sempre creditori concorsuali come gli altri", il pagamento dei loro crediti, vietato in via generale dall'art. 168 l. fall., sarebbe possibile soltanto alle condizioni previste dall'art. 182 *quinquies*, comma 5, l. fall., e, quindi, previa attestazione della essenzialità delle prestazioni alla prosecuzione dell'attività di impresa, e della loro finalizzazione al miglior soddisfacimento dei creditori (in questo senso già Trib. Ravenna, 26 marzo 2014). Pure sotto questo profilo, nulla è stato allegato e provato da parte opposta.

In definitiva, in caso di apertura di una procedura concorsuale nei confronti dell'appaltatore-subappaltante, non può esservi un pagamento diretto dei subappaltatori per il semplice fatto dell'inadempimento dell'appaltatore ex art. 105, comma 13, del D.lgs. n. 50/2016 – o per il ricorrere di altra delle condizioni ivi contemplate –, ma tale disposizione deve essere necessariamente raccordata con quelle dettate dall'art. 110 dello stesso decreto, nonché con le norme ed i principi vigenti per le procedure concorsuali.

Se ne ravvisa ulteriore conferma nel disposto dell'art. 47 del d.l. n. 34/2019, convertito con modificazioni con l. n. 58/2019, il quale ha istituito presso il Ministero delle infrastrutture un fondo

denominato “
”, al dichiarato fine “*di garantire il rapido completamento delle opere pubbliche e di tutelare i lavoratori*”, stabilendo che “*Le risorse del Fondo sono destinate a soddisfare, nella misura massima del 70 per cento, i crediti insoddisfatti dei sub-appaltatori, dei sub-affidatari e dei sub-fornitori nei confronti dell'appaltatore ovvero, nel caso di affidamento a contraente generale, dei suoi affidatari, sub-fornitori, sub-appaltatori, sub-affidatari, quando questi sono assoggettati a procedura concorsuale*”, con la precisazione, inoltre, che “*I sub-appaltatori, i sub-affidatari e i sub-fornitori, al fine di ottenere il pagamento da parte del Fondo salva-opere dei crediti maturati prima della data di apertura della procedura concorsuale e alla stessa data insoddisfatti, devono trasmettere all'amministrazione aggiudicatrice ovvero al contraente generale la documentazione comprovante l'esistenza del credito e il suo ammontare*”, e che “*Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti è surrogato nei diritti dei beneficiari del fondo verso l'appaltatore, il contraente generale o l'affidatario del contraente generale e, in deroga a quanto previsto dall'articolo 1205 del codice civile, è preferito al sub-appaltatore, al sub-affidatario o al sub-fornitore nei riparti ai creditori effettuati nel corso della procedura concorsuale, fino all'integrale recupero della somma pagata*”.

Per l'effetto, in accoglimento dell'opposizione, deve dichiararsi che nulla è dovuto da
, ed il decreto ingiuntivo opposto deve essere revocato.

La novità della questione giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti, escludendo, inoltre, la sussistenza dei presupposti per una condanna dell'opposta ex art. 96 c.p.c.

P.Q.M.

Il Tribunale, nella causa portante il n. 8859/2020 R.G. promossa da
, avverso

, con l'intervento di
, definitivamente decidendo:

Accerta e dichiara che l'opponente
, nulla deve a
e, per

l'effetto, revoca il decreto ingiuntivo opposto n. 2998/2020.

Spese compensate

Verona, 18 maggio 2022

Il Giudice

Dott.ssa Monica Attanasio