

08 Lug 2019

Di Crescita, per il fondo salva opere (e salva imprese) esordio con incertezza

Paola Conio e Luca Leone

La legge di conversione del D.L. n. 34/2019 (L. 58 del 28/06/2019), recante "Misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di specifiche situazioni di crisi" ha, tra l'altro, istituito un nuovo Fondo, c.d. "salva-opere" che dovrebbe far fronte, almeno in parte, all'eventualità - ormai non così rara - dei mancati pagamenti nei confronti di sub-appaltatori e sub-contraenti in genere da parte di appaltatori o, nel caso di opere affidate tramite contraenti generali, da parte degli affidatari di questi ultimi, assoggettati a procedure concorsuali.

La norma è stata fortemente voluta, in particolare da Ance, per tentare di superare l'impasse che, nei recenti tempi di crisi, si era più volte determinata a seguito del ricorso agli strumenti del concordato preventivo da parte di colossi del settore delle costruzioni. Dati gli effetti paralizzanti della richiesta di concordato - così come della dichiarazione di fallimento - a partire dalla quale non è più possibile per i creditori dell'impresa avviare o proseguire azioni individuali volte al recupero di quanto loro dovuto, tanto le opere quanto i sub-contraenti degli appaltatori e/o degli affidatari dei general contractors, restavano prigionieri delle procedure di gestione della crisi avviate dai loro danti causa, sospesi in un pericoloso limbo che spesso poteva condurre, in un inesorabile effetto domino, al travolgimento anche della filiera degli imprenditori coinvolti nei cantieri. In buona sostanza, in tempo di crisi soccombere schiacciati dal peso dei propri crediti sembrerebbe altrettanto (se non più) probabile che cedere sotto quello dei propri debiti.

La "seconda chance" per l'imprenditore in crisi e il rovescio della medaglia

Come noto, negli ultimi anni, anche per impulso del legislatore europeo, il tema della crisi di impresa si è fortemente evoluto, sino a culminare nella recente riforma della materia che ha, tra l'altro, persino bandito dal lessico ufficiale il termine «fallimento», sostituito da un più politicamente corretto «liquidazione giudiziale». La normativa ha visto il progressivo mutamento dell'approccio nei confronti dell'imprenditore in difficoltà: da punitivo e orientato all'eliminazione dal mercato, a tutelante e finalizzato alla conservazione dei valori ancora potenzialmente esistenti all'interno dell'azienda. Il cambio di prospettiva, certamente comprensibile e anche condivisibile date le recenti contingenze economiche che hanno spinto verso la crisi anche imprenditori storici, con dimensioni ed esperienza più che ragguardevoli, ha però un rovescio della medaglia che oggi mostra tutta la sua insidiosità.

Se all'imprenditore in crisi vengono offerte svariate soluzioni alternative al fallimento, che comportano anche la possibilità di proseguire nello svolgimento delle pubbliche commesse e, a determinate condizioni, di aggiudicarsene delle nuove, e all'imprenditore fallito, in regime di esercizio provvisorio, si consente di procedere nell'esecuzione dei contratti pubblici, dall'altro i soggetti che si sono visti in precedenza affidare sub-contratti rischiano di rimanere intrappolati

nelle maglie della crisi senza avere strumenti adeguati per far valere le proprie ragioni e i propri diritti nei confronti dell'appaltatore o dell'affidatario del general contractor, con conseguente paralisi anche delle attività dagli stessi svolte per il completamento delle opere pubbliche o l'erogazione di servizi. È esattamente a questo rischio che il Fondo c.d. salva-opere spera di far fronte.

Istituzione del Fondo e risorse in dotazione

Il Fondo è istituito presso il Mit e conterà su una dotazione iniziale di 12 milioni di euro per il 2019 e 33,5 milioni di euro per il 2020, da utilizzare in relazione a procedure concorsuali aperte dal 1° gennaio 2018 al 30 giugno 2019, data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto. Dall'entrata in vigore della legge di conversione, il fondo verrà alimentato attraverso un contributo pari allo 0,5% del valore del ribasso offerto dall'aggiudicatario delle gare di lavori pubblici con importo a base d'appalto pari o superiore a 200.000 euro e di servizi e forniture con importo a base di appalto pari o superiore a 100.000 euro. Ovviamente, mancando allo stato dati statistici relativi all'ammontare annuale medio della dotazione che si otterrebbe versando al Fondo un importo pari allo 0,5% dei predetti ribassi e, di contro, quale sia l'importo annuale dei crediti insoluti vantati da sub-appaltatori, sub-affidatari e sub-contraenti di appaltatori o affidatari di contraenti generali assoggettati a procedure concorsuali, risulta assai difficile valutare se si tratti o meno di una misura risolutiva del problema o, quanto meno, effettivamente significativa. Indubbiamente la situazione con il Fondo istituito è migliorativa della situazione precedente in cui il Fondo non esisteva affatto.

La destinazione delle risorse del Fondo

La disposizione non è in effetti chiarissima. Il comma 1-bis dell'articolo 47, introdotto appunto dalla legge di conversione, prevede, testualmente, 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 di lavori, quando questi sono assoggettati a procedura concorsuale, nei limiti della dotazione del Fondo». Così scritta, la norma potrebbe significare: i) che il Fondo, fino a concorrenza delle risorse disponibili, viene utilizzato per pagare i crediti insoluti vantati dai soggetti di cui sopra nella misura massima del 70%, oppure ii) che il 70% delle risorse disponibili del Fondo vengono utilizzati per pagare i crediti insoluti vantati dai soggetti di cui sopra, anche nella misura massima del 100%. Si segnala che il Dossier elaborato dal Servizio Studi del Senato sul provvedimento di conversione sembrerebbe condividere la prima delle due interpretazioni, mentre il Servizio Bilancio decisamente la seconda.

A sommo avviso di chi scrive, l'interpretazione corretta dovrebbe essere la prima, anche in relazione alla disposizione secondo cui il Ministero, surrogato nei diritti del sub-appaltatore, sub-affidatario o sub-fornitore, in deroga all'art. 1205 del codice civile, viene preferito ai predetti soggetti nei riparti effettuati nel corso della procedura concorsuale, fino all'integrale recupero della somma pagata. Si ricorda che l'art. 1205 c.c. prevede che, in caso di pagamento parziale, il terzo surrogato e il creditore concorrono nei confronti del debitore in proporzione di quanto è loro dovuto. Difatti, se il Fondo facesse fronte all'intero credito del subappaltatore e venisse conseguentemente surrogato interamente nei diritti di quest'ultimo, non si porrebbe il problema della preferenza nel riparto delle somme nell'ambito della procedura, in quanto sarebbe solo il Ministero a concorrere. Viceversa, se il soddisfacimento fosse parziale, nella misura del 70%, la disposizione che prevede la deroga all'art. 1205 c.c. avrebbe senso in quanto il Ministero e il subappaltatore parzialmente soddisfatto concorrerebbero entrambi per il riparto delle somme e, quindi, in carenza della deroga, verrebbero soddisfatti pro quota. Grazie alla deroga, invece, il pagamento del residuo importo dovuto al subappaltatore (30%) potrebbe avvenire solo una volta che il Ministero fosse stato integralmente soddisfatto dell'importo

pagato (70%).

Ove si optasse per la seconda interpretazione, invece, la deroga all'art. 1205 c.c. avrebbe senso nel momento in cui, terminate le risorse a disposizione, il subappaltatore i-esimo in graduatoria venisse soddisfatto solo in misura parziale. Inoltre, l'interpretazione sub ii) presupporrebbe che il 30% delle dotazioni del fondo non utilizzate per pagare i crediti insoluti venisse destinato ad altre finalità. In effetti il 30% residuo potrebbe essere presumibilmente impiegato per «garantire il rapido completamento delle opere», come indicato al comma 2-*bis*. Tuttavia nell'articolo non ci fa cenno a tale impiego, a meno di non voler ipotizzare che lo stesso verrà determinato con il Decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze da adottarsi entro 30 giorni dall'entrata in vigore per «individuare i criteri di assegnazione delle risorse e le modalità operative del Fondo salva-opere». Anche l'integrazione della rubrica dell'articolo – ancorché come noto non indicativa – disposta dalla legge di conversione recita «disposizioni per la tutela dei crediti delle imprese sub-affidatarie, sub-appaltatrici e sub-fornitrici», lasciando supporre che l'obiettivo del rapido completamento dell'opera non venga perseguito in via diretta, ma come effetto mediato della predetta tutela.

Le procedure di utilizzo

Il comma 1-*ter* dell'art. 47 prevede che il sub-appaltatore, sub-affidatario o sub-fornitore, al fine di ottenere il pagamento da parte del Fondo dei crediti maturati prima della data di apertura della procedura concorsuale e alla stessa data insoddisfatti debba trasmettere all'amministrazione aggiudicatrice o al contraente generale, in caso di affidamento tramite quest'ultimo, la documentazione comprovante l'esistenza del credito vantato e il suo ammontare. I predetti soggetti, effettuate le opportune verifiche, certificano l'ammontare del credito, trasmettendo la relativa certificazione - che costituisce prova del credito nei confronti del fondo - al Mit il quale, accertata la sussistenza delle condizioni per il pagamento dei crediti, provvede all'erogazione delle risorse. La norma non indica la tempistica delle diverse fasi di accertamento e neppure precisa quali siano in concreto le condizioni da verificare da parte del Mit, eventualmente ulteriori rispetto alla sussistenza della dotazione. Si suppone, quindi, che debba attendersi l'adozione del Decreto già citato per comprendere nel dettaglio le modalità operative di funzionamento. Tale decreto contemplerà anche l'ipotesi di affidare a soggetti terzi in possesso di idonei requisiti tecnici, organizzativi e di terzietà, selezionati mediante gara, il compito di effettuare l'istruttoria delle pratiche. L'adozione del decreto potrà, altresì, sciogliere i dubbi interpretativi sulla destinazione delle risorse disponibili.

Il rapporto con la procedura concorsuale in atto

Il comma 1-*ter* prevede che la certificazione del credito fatta dall'amministrazione aggiudicatrice o dal contraente generale non sia opponibile alla massa dei creditori concorsuali. Il Servizio Bilancio del Senato, nella propria relazione tecnica, aveva paventato che ciò potesse mettere a repentaglio l'effettiva operatività della surroga e della preferenza in deroga all'art. 1205 c.c., di cui si è accennato. In effetti, tuttavia, sembrerebbe più opportuna la scelta dell'inopponibilità operata dal legislatore, in quanto l'ipotesi di una certificazione formata al di fuori della procedura concorsuale che renda incontestabile la sussistenza di un credito, sottraendola di fatto all'accertamento del suo giudice naturale, non sarebbe apparsa congruente con il sistema. Si è già detto al precedente paragrafo («La destinazione del fondo») della disposizione che prevede, opportunamente, la surroga del Ministero nei diritti del subappaltatore, subaffidatario o subcontraente nel limite degli importi agli stessi pagati e della deroga all'art. 1205 c.c. in forza della quale i crediti residui vantati dai predetti soggetti potranno essere soddisfatti solo una volta che il Ministero abbia ottenuto, attraverso i riparti disposti nel corso della procedura, la restituzione integrale delle somme versate.

Conclusioni

Certamente un meccanismo che tuteli gli anelli più deboli della filiera dell'appalto evitando che su di essi si scarichi il rischio dell'insolvenza del contraente principale è da salutare con favore. Non vi è dubbio, tuttavia, che per valutare compiutamente l'efficacia dello strumento introdotto dalla legge di conversione del decreto-crescita si dovrà attendere non solo l'adozione del decreto attuativo previsto dalla norma per la compiuta disciplina dell'operatività del Fondo, ma anche il concreto funzionamento delle procedure che da tale decreto verranno previste. Va anche rammentato che il Fondo opera solo con riferimento agli appalti di competenza statale e non può, quindi, essere attivato per le gare aggiudicate da Comuni, Città Metropolitane, Province, anche autonome, e Regioni.