

N. RG
N. Sent.
N. Cron.
N. Rep.



TRIBUNALE DI RAVENNA

composto dei Magistrati:

Dott. BRUNO GILOTTA	Presidente
Dott. ALESSANDRO FAROLFI	Giudice rel.
Dott. ALESSANDRA MEDI	Giudice

ha pronunciato il seguente

DECRETO

A scioglimento della riserva assunta all'udienza del 24/06/2016, sull'istanza ex art. 118 co. 3 bis del D.Lgs.vo 163/2006 proposta da S. s.p.a., volta ad ottenere il pagamento diretto da parte della stazione appaltante Ferrovie del G. s.p.a. di Euro 228.672,41 oltre interessi;

Udita la relazione del Giudice delegato,

Osserva

1. Va in primo luogo osservato che l'art. 217 del Nuovo Codice degli Appalti ha disposto l'abrogazione, a far tempo dalla sua entrata in vigore, fra l'altro, del D.Lgs.vo 163/2006; in altri termini l'intero previgente codice degli appalti è stato abrogato e sostituito integralmente dal nuovo a far tempo dalla sua entrata in vigore, che ai sensi dell'art. 220 è avvenuta “ *il giorno stesso della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale*”. Tale pubblicazione è avvenuta nella G.U. Serie Generale n. 91 del 19 aprile 2016 - Supplemento Ordinario n. 10, determinando l'abrogazione delle norme precedenti, fra cui il testo dell'art. 118 co. 3 bis del D. lgs.vo 163/2006, non riprodotto nell'attuale e vigente Nuovo Codice degli Appalti. Tale disposizione, introdotta dalla legge di conversione

del d.l. “Destinazione Italia”, disponeva che “ *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*”.

Ma la norma invocata dalla ricorrente S. s.p.a. risulta abrogata e non vi è dubbio che la stessa, lungi dal compiere riferimenti di carattere sostanziale sulla natura dei crediti (peraltro in sede concordataria non consentita, priva come è di un momento di accertamento giudiziale dello stato passivo) si rivela come una norma procedimentale atta, come ben messo in rilievo dalla stessa istante, a compiere un raccordo tra la disciplina dei contratti pubblici e la disciplina fallimentare e nello specifico concordataria. Pertanto, valendo il principio del *tempus regit actum* e non potendo certo il Tribunale emettere in assenza della norma che lo consente provvedimenti a carico di pubbliche amministrazioni o stazioni appaltanti, peraltro neppure notificate ad istanza della parte ricorrente, va soltanto per questo motivo disposto il rigetto sul ricorso in decisione.

2. Pur essendo il rilievo che precede assorbente, per completezza si deve rilevare come l'istanza presentata da S. s.p.a., ai sensi dell'art. 118 co. 3 bis D. lgs. 163/2006, non possa trovare accoglimento neppure nel merito.

In primo luogo, come già ritenuto da questo Tribunale con decisione **26 marzo 2014**, se è vero che l'art. 118, comma 3-bis, Codice Appalti, introdotto dalla legge di conversione (L. 9/2014 in vigore dal 22 febbraio 2014) del D.L. 145/2013, cd. “Destinazione Italia”, può applicarsi anche alla fase di “pre-concordato”, lo stesso deve confrontarsi con una normativa concorsuale di carattere più specialistico che, nella specie, nella parte in cui l'istanza riguarda l'autorizzazione al pagamento di crediti anteriori al deposito del ricorso “prenotativo” di cui all'art. 161 comma 6 l.fall., è rappresentata dall'art. 182-quinquies l.fall. In mancanza di ricorso a quest'ultima disposizione, non è consentito introdurre ulteriori eccezioni alla regola della *par condicio creditorum*, che il nuovo art. 118, comma 3-bis, non contempla espressamente. Il carattere specializzante della normativa a favore del cd. “fornitore strategico” vale a maggior ragione nei confronti del pure novellato comma 3 dell'art. 118 Codice Appalti.

Pertanto, in ambito concordatario, si deve ritenere che ove l'istanza di pagamento diretto riguardi crediti concorsualizzati ed anteriori al deposito del ricorso ex art. 161 co. 6 l.f., prevalga per specialità proprio la norma di cui all'art. 182 *quinquies* l.f. che consente al solo debitore in concordato con

continuità di chiedere l'autorizzazione ad eseguire il suddetto pagamento (ed a questi fini poco importa che lo faccia con esborso diretto od indiretto, per il tramite di una delegazione di pagamento verso la stazione appaltante), **purchè sia presentata un'attestazione "rafforzata"** relativa a due concorrenti requisiti: a) che il pagamento attiene a prestazioni di beni o servizi essenziali per la prosecuzione della attività di impresa; b) e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori.

Di entrambi questi requisiti non v'è traccia nel procedimento in esame, né può far ricorso all'art. 182 quinquies altro soggetto che non sia la società o comunque il debitore in concordato in continuità (o preconcordato).

3. Ma anche a voler ritenere – accantonando per un attimo il tema dell'avvenuta abrogazione - che sia l'art. 118 co. 3 bis a prevalere per specialità (questa volta non fondata sulla caratteristica anteriore del credito rispetto alle regole generali della concorsualità, bensì sull'aspetto puramente soggettivo del subappaltatore negli appalti pubblici) sull'art. 182 quinquies l.f., e non viceversa, come invece si dovrebbe ritenere, resta il tema di fondo che anche questa specifica disposizione, nella parte in cui ha richiamato a giudicare “ *il Tribunale competente per l'ammissione alla predetta procedura*” (n.d.G. quella concordataria, posto che la norma non allude certamente al procedimento di affidamento dell'appalto), la stessa ha inteso ribadire una prevalenza della concorsualità sul diritto del creditore anteriore . Il quale è, per così dire, naturalmente sottoposto alla falciida concordataria prevista in relazione alla natura e tipologia del credito salvo che, in via del tutto eccezionale, il suo pagamento diretto sia consentito dal Tribunale al quale spetta una valutazione che si incentra, secondo i pochi interpreti che si sono occupati della norma, non tanto sul diritto di credito quanto sull'interesse dei creditori concordatari. Si deve infatti valutare se dal suddetto pagamento gli stessi ricavano benefici superiori e se, ancora, il venire meno del pagamento della stazione appaltante a favore della procedura (quantomeno per la porzione oggetto del pagamento diretto al subappaltatore) sia finanziariamente compatibile e sostenibile dalla continuità aziendale che, come è noto, nel concordato si deve sorreggere su di un *business plan* redatto in modo specifico, ai sensi dell'art. 186 bis co. 2 lett. a) l.f., e “ *contenere un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività di impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative coperture*”. Trattasi di un onere che non è solo formale, ma sottende e propizia quel *best interest* dei creditori pure oggetto di attestazione ai sensi della lett. b della stessa norma e che la Cassazione ha recentemente elevato a clausola generale della ristrutturazione dei debiti in ambito concordatario (vds. Cass. 19 febbraio 2016, in *ww.ilcaso.it*).

Ne deriva, ulteriormente, che l'istanza volta ad ottenere l'autorizzazione al pagamento diretto da parte della stazione appaltante (anche prima della recentissima abrogazione della norma invocata da creditore) non può che essere avanzata dalla società in concordato, dimostrando che il pagamento diretto non crea tensioni finanziarie al *budget* della continuità e, parimenti, risponde ad un interesse più generale rispetto a quello del singolo subappaltatore.

Ove si ritenesse il contrario (ed al caso che precede può forse aggiungersi solo quello della debitrice in concordato che aderisca all'altrui ricorso dimostrando la sussistenza dei presupposti che precedono), è evidente che l'intero sistema della concorsualità potrebbe essere messo in discussione, quantomeno nel settore delle imprese che operano attraverso appalti pubblici, da sporadiche e non prevedibili iniziative di singoli creditori subappaltatori, in grado di minare *ex post*, come in questo caso a concordato già ammesso, i presupposti di carattere economico e finanziario su cui la proposta di ristrutturazione è stata attestata prima, ex art. 161 co. 3 e 186 bis l.f., ed ammessa poi dal Tribunale, ex art. 163 l.f.

Tale interpretazione, peraltro, appare inoltre coerente con quella direttiva di contenimento delle prededuzioni che è contenuta nel recentissimo disegno di legge delega c.d. Rordorf, di cui l'avvenuta abrogazione dell'art. 118 previgente Codice Appalti rappresenta una prima applicazione.

La domanda avanzata da S. s.p.a., ai sensi dell'art. 118 co. 3 bis D. Lgs.vo 163/2006 deve, pertanto, essere respinta.

Spese compensate, attesa la natura del procedimento e la novità delle questioni trattate.

p.q.m.

Il Tribunale di Ravenna, in composizione collegiale, rigetta la domanda di ex art. 118 co. 3 bis D. Lgs.vo 163/2006 avanzata da S. s.p.a. nei confronti di A. soc. coop. p.a. in concordato

Spese del procedimento compensate

Ravenna, 30 giugno 2016

Il Giudice rel.

Il Presidente