

CHIARIMENTI ANAC SUL PAGAMENTO DIRETTO DELLE MICRO E PICCOLE IMPRESE SUBAPPALTATRICI

11 Dicembre 2020

È derogabile l'obbligo del pagamento diretto dei subappaltatori/subcontraenti ad opera della stazione appaltante

Con un comunicato del Presidente datato 25 novembre 2020, pubblicato sul sito istituzionale il successivo 4 dicembre, l'ANAC ha fornito interessanti chiarimenti sulla norma del codice dei contratti pubblici che prevede il pagamento diretto delle micro e piccole imprese subappaltatrici.

1. Il quadro normativo

L'art. 105, comma 13, lett. a), del D. Lgs. 50/2016 (c.d. Codice dei contratti pubblici), stabilisce che *"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 ... quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa"*.

Tale disposizione va letta in correlazione con l'art. 3, comma 1, lett. aa), dello stesso D. Lgs. 50/2016, che richiamando le definizioni contenute nella Raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003, precise che *"sono piccole imprese le imprese che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; sono micro imprese le imprese che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro"*.

2. La finalità della disciplina

L'ANAC premette che l'esigenza di intervenire, fornendo indicazioni operative sul punto, discende dalle segnalazioni ricevute riguardo a criticità originate dall'applicazione della prima delle norme sopra riportate.

Questa, seppur chiaramente finalizzata a meglio tutelare le micro e le piccole imprese subappaltatrici, cottimiste, prestatrici di servizi o fornitrici di beni a valle di un appalto pubblico - accollando alla stazione appaltante l'obbligo del pagamento diretto di quanto loro dovuto a titolo di corrispettivo della prestazione resa in esecuzione del subcontratto - le espone alla tempistica (comprensiva degli eventuali ritardi) propria dell'emissione dei SAL e dell'esecuzione dei conseguenti pagamenti da parte della stazione appaltante.

Ne consegue che una disposizione pensata per offrire maggiori tutele alla parte "debole" del subcontratto finisce, in fase applicativa, per tradursi in ulteriore elemento di criticità a danno della parte che intendeva astrattamente tutelare.

3. - Le posizioni giuridiche della stazione appaltante e del subcontraente

A fronte di tale situazione l'ANAC considera che l'art. 105, comma 13, lett. a), del D. Lgs. 50/2016 delinea un **obbligo vincolante in capo alla stazione appaltante** di procedere al pagamento diretto delle micro o piccole imprese subappaltatrici, cottimiste, prestatrici di servizi o fornitrici di beni a valle di un appalto pubblico, cui corrisponde un **diritto potestativo in capo alle subcontraenti**.

3.1 - La rinunciabilità del pagamento diretto

Tale ricostruzione giuridica della disposizione comporta che mentre la stazione appaltante non può unilateralmente sottrarsi all'obbligo del pagamento diretto, **le micro o piccole imprese subcontraenti possono rinunciare al beneficio del pagamento diretto, pattuendo con**

l'appaltatore principale che sia quest'ultimo a corrispondere il prezzo del subcontratto, previa accettazione da parte della stazione appaltante.

Il comunicato del Presidente dell'ANAC sottolinea che l'accordo tra l'appaltatore principale ed il subappaltatore o subcontraente – volto a derogare al pagamento diretto a carico della stazione appaltante, riportandolo in capo all'appaltatore principale – può essere contenuto, sotto forma di specifica clausola, nello stesso contratto di subappalto (oppure di cottimo, di prestazione di servizi o di forniture di beni all'appaltatore principale).

In considerazione della ricordata finalità di tutela del c.d. “contraente debole”, che ha indotto il legislatore delegato ad introdurre l'obbligo del pagamento diretto delle micro e delle piccole imprese subappaltatrici o subcontraenti ad opera della stazione appaltante, **sembra opportuno che** laddove le parti del subappalto o del subcontratto decidano di rinunciarvi, **la stazione appaltante, nell'aderire a questa diversa modalità, disponga l'onere, a carico dell'appaltatore principale, di documentare, esibendo le fatture quietanzate del subappaltatore/subcontraente, l'avvenuto pagamento di quest'ultimo**, subordinando a tale prova il pagamento nei suoi confronti del SAL successivo, in tal modo ripristinando convenzionalmente la procedura “tradizionale” di controllo disciplinata dall'art. 118, comma 3, del D. Lgs. 163/2006 (e, prima ancora, dall'art. 18, comma 3-bis, della legge 55/1990), norma abrogata dall'art. 217 del D. Lgs. 50/2016.

3.2 - Il ripristino del pagamento diretto nel caso di inadempienza dell'appaltatore

Ovviamente, qualora nell'esecuzione del subappalto o del subcontratto l'appaltatore principale non dovesse rispettare l'impegno contrattuale al tempestivo pagamento delle prestazioni rese dal subappaltatore o subcontraente, a quest'ultimo è data la facoltà di invocare l'art. 105, comma 13, lett. c), del D. Lgs. 50/2020, che configura altra fattispecie di pagamento diretto da parte della stazione appaltante *“su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente”*.

3.3 - Il rapporto tra l'emissione del SAL principale ed il pagamento del subappaltatore/subcontraente

L'ANAC chiarisce, infine, che qualora tra l'appaltatore ed il subappaltatore o subcontraente venga pattuito, con il consenso della stazione appaltante, il pagamento ad opera del primo delle prestazioni rese dal secondo, **le stesse parti possono prevedere termini di pagamento che prescindano dall'adozione dei SAL riferiti all'appalto principale, soluzione, questa, impossibile qualora al pagamento del subappaltatore o del cottimista provveda direttamente la stazione appaltante**, in applicazione dell'art. 105, comma 134, lett. a), del D. Lgs. 50/2020.

Da quest'ultimo passaggio della comunicazione in esame sembra conseguire che, a giudizio dell'Autorità, nel caso in cui il pagamento del subappaltatore o del subcontraente avvenga ad opera della stazione appaltante, in applicazione dell'art. 105, comma 13, del D. Lgs. 50/2020, tale pagamento non possa che avvenire a fronte dell'emissione del SAL contenente le prestazioni rese dal subappaltatore o dal subcontraente, senza che la stazione appaltante risulti vincolata da eventuali, diverse, previsioni presenti nel contratto tra l'appaltatore ed il subappaltatore o subcontraente.