



TRIBUNALE ORDINARIO di BRESCIA
SEZIONE FALLIMENTARE-FERIALE

Il tribunale, in composizione collegiale, nelle persone di:

- dott.ssa Simonetta Bruno – Presidente
- dott.ssa Alessia Busato - giudice
- dott. Stefano Franchioni - giudice rel.

ha pronunciato il seguente

DECRETO

nel procedimento di opposizione allo stato passivo iscritto al n. 2790 del ruolo generale dell'anno 2016

vertente tra

FALLIMENTO FARINA GUIDO S.R.L. IN LIQUIDAZIONE, con il patrocinio dell'avv. BALLABIO UMBERTO e dell'avv. TARDANICO NICOLA, elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in BRESCIA, VIA MORETTO 67

-opponente-

e

FALLIMENTO FIMET S.P.A. IN LIQUIDAZIONE, con il patrocinio dell'avv. PIGOLOTTI GIOVANNI, elettivamente domiciliato presso il suo studio in BRESCIA, VIA SOLFERINO 28

-opposto-

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con istanza di insinuazione datata 5.6.2015 il fallimento Farina Guido s.r.l. in liquidazione (Farina)¹ chiedeva di essere ammesso al passivo del fallimento Fimet s.p.a. in liquidazione (Fimet)² per l'importo di € 339.692,07 in prededuzione a titolo di compensi non corrisposti e ritenute di garanzia non svincolate dall'appaltatrice Fimet *in bonis* a favore della subappaltatrice Farina *in bonis* per i lavori di soppressione di passaggi a livello posti nei comuni di Corbetta (MI) e Santo Stefano Ticino (MI) realizzati dalla stessa Farina nel 2012 previa autorizzazione della committente RFI s.p.a..

¹ Fallimento dichiarato dal tribunale di Monza il 10.03.2014.

² Fallimento dichiarato dal tribunale di Brescia il 28.01.2015.



Con provvedimento del 9.2.2016 il g.d. rigettava la domanda del fallimento Farina con la seguente motivazione: “Respinta. Importo richiesto inferiore ai danni richiesti da Fimet s.p.a. per inadempimento contrattuale come da raccomandata via PEC in data 12.05.2014, a seguito di risoluzione del contratto per inadempimento del 6.06.2013”.

Contro il provvedimento ha proposto opposizione il fallimento Farina insistendo per l’ammissione del credito come da domanda di insinuazione.

Si è costituito il fallimento Fimet chiedendo il rigetto dell’opposizione e, per l’effetto, la conferma del provvedimento impugnato.

L’opposizione proposta dal fallimento Farina merita parziale accoglimento per i motivi che seguono.

Come anticipato, il preteso credito del ricorrente trae origine dai lavori di soppressione di passaggi a livello svolti nel 2012 dalla Farina *in bonis* presso i cantieri di Corbetta e Santo Stefano Ticino.

Nello specifico il 23.03.2012 Fimet (appaltatrice in forza di convenzione sottoscritta con RFI) e Farina sottoscrivevano un contratto di subappalto con la quale la prima affidava alla seconda i lavori appena descritti per l’ “importo presunto” di € 900.000,00.

Per i lavori eseguiti Farina emetteva le seguenti fatture:

- n. 160 del 31.03.2012 per € 66.040,59;
- n. 161 del 31.03.2012 per € 6.697,96;
- n. 256 del 30.04.2012 per € 28.435,00;
- n. 257 del 30.04.2012 per € 13.525,38;
- n. 484 del 31.08.2012 per € 192.530,00;
- n. 625 del 31.10.2012 per € 148.822,13;
- n. 729 del 30.11.2012 per € 155.602,59;

per un totale di € 611.653,65.

Farina chiedeva altresì lo svincolo delle ritenute applicate sui seguenti s.a.l.:

- primo s.a.l. del 31.08.2012: ritenute per € 10.133,16;
- secondo s.a.l. del 30.09.2012: € 7.832,75
- terzo s.a.l. del 30.11.2012: € 8.189,60;

per un totale di € 26.155,51.

Avendo Fimet acquistato nel corso del rapporto, per conto di Farina, parte del materiale utilizzato per la realizzazione delle opere in subappalto, le parti avevano concordato la compensazione delle fatture Farina n. 160, 161, 256, 257 e (parzialmente) 484 con quanto anticipato da Fimet.



Le pretese del fallimento Farina riguardano pertanto le sole fatture n. 484 (parzialmente compensata), 625 e 729, oltre alle ritenute non svincolate.

Occorre, in primo luogo, sottolineare che il fallimento Fimet, in sede di opposizione, ha contestato non l'esecuzione delle opere da parte di Farina, ma la "debenza" degli importi indicati nelle fatture: il fallimento ha rilevato in particolare come dette fatture non siano corredate dal libretto delle misure e, quanto alle fatt. 625 e 729, dal certificato di pagamento sottoscritto da Fimet.

Si ritiene tuttavia che la contestazione del fallimento non sia sufficientemente specifica. La curatela infatti, non disconoscendo i lavori, avrebbe dovuto precisare in che termini e in che misura gli importi richiesti da Farina debbano considerarsi eccessivi alla luce di quanto concretamente realizzato rispetto alle previsioni del contratto di sub-appalto. Ciò a maggior ragione per la fattura n. 484, che è corredata da certificato di pagamento emesso su carta intestata Fimet, sottoscritto da quest'ultima. In assenza di specifica contestazione da parte della curatela resistente va riconosciuto il credito insinuato da Farina a titolo di compensi per i lavori svolti in subappalto come da domanda (€ 313.536,56).

In relazione al preteso svincolo delle ritenute a garanzia la ricorrente non ha invece dato prova della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 10 del contratto di subappalto che prevedeva il mantenimento del vincolo "sino al collaudo con esito positivo di tutte le opere da parte della stazione appaltante ovvero sino al rilascio di apposita dichiarazione liberatoria da parte della stazione appaltante e previa stipula tra le parti dell'atto di definizione e sempre che non esistano contestazioni tra le parti..". Si ritiene pertanto che tale voce di credito non possa essere ammessa.

Il fallimento resistente ha in ogni caso ribadito di essere titolare di un credito risarcitorio (già opposto nel provvedimento impugnato) il cui ammontare supererebbe l'importo richiesto dal ricorrente. Il fallimento Fimet ha richiamato a tale proposito la ricostruzione dei fatti risultante dalla corrispondenza della società *in bonis* con RFI e Farina nella quale Fimet aveva lamentato "gravi inadempienze" a carico della subappaltatrice che avrebbero poi fondato la risoluzione di diritto del contratto di subappalto (comunicata da Fimet il 6.6.2013) e la richiesta di danni per € 453.698,99 (v. lettera del 12.5.2014).

Si ritiene tuttavia che la curatela di Fimet non abbia fornito la prova del danno asseritamente subito dalla società *in bonis* per le pretese "gravi inadempienze" di Farina. Il fallimento si è infatti limitato a richiamare la lettera di Fimet del 12.5.2014, che sul punto risulta però scarsamente intelligibile. Si fa riferimento infatti a un "importo contrattuale netto" di presunti € 4.482.983,82, che non trova riscontri documentali, e si utilizzano frazioni matematiche non decifrabili; vengono poi esposte voci di danno non meglio precisate per "spese generali", per "mancati interessi per ritardata percezione dell'utile", per "mancato ammortamento macchine/attrezzature", ecc..



Anche a fronte delle specifiche contestazioni mosse sul punto dal fallimento Farina, sarebbe stato onere del fallimento dettagliare le proprie allegazioni ed eventualmente formulare istanze istruttorie per la prova del danno, onere che la curatela non ha assolto.

Il preteso pregiudizio lamentato dal fallimento Fimet va ritenuto pertanto non provato.

Accertato il credito del fallimento Farina a titolo di compensi per i lavori svolti dalla società *in bonis*, occorre ora concentrarsi sul rango da attribuire a detto credito.

Sul punto il ricorrente, richiamando due precedenti della Corte di cassazione (Cass. civ., 5.3.2012, n. 3402 e Cass. civ., 16.02.2016, n. 3003), ha chiesto il riconoscimento della prededuzione in quanto, ai sensi dell'art. 118, comma 3 del d.lgs. 163/2006, c.d. codice degli appalti, applicabile *ratione temporis* (ora abrogato dal d.lgs. 50/2016, c.d. codice dei contratti pubblici), il pagamento del credito del fallimento Farina sarebbe condizione di esigibilità dei crediti vantati dal fallimento Fimet verso la committente RFI: sussistendo un nesso di strumentalità tra il pagamento del credito del subappaltatore e la soddisfazione del credito della fallita e rientrando pertanto il pagamento del primo negli interessi della massa, la soddisfazione di detto credito, in quanto utile alla gestione fallimentare, dovrebbe avvenire con preferenza ai sensi dell'art. 111 l.f..

La stessa Corte di cassazione, negli ultimi anni, ha tuttavia gradualmente rivisto la propria posizione recependo l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito, che aveva costantemente escluso l'applicabilità del meccanismo di sospensione dei pagamenti *ex art. 118 c.d.a.* nel caso di fallimento dell'appaltatore e, di conseguenza, negato la prededuzione al credito del subappaltatore: si vedano a tale proposito tribunale di Bolzano, 25.02.2014; tribunale di Pavia, 26.02.2014; tribunale di Milano, sez. II, 17.7.2014.

Già nel 2017 la Corte, seppur in *obiter dictum*, ha esplicitamente affermato che “gli argomenti esposti [...] appaiono idonei a rimettere in discussione il precedente del 2012, perchè il riconoscimento di una particolare tutela alle imprese subappaltatrici in appalti pubblici è indiscusso, ma attiene al loro rapporto con le imprese appaltatrici e non può incidere sugli interessi degli altri creditori concorsuali nel caso di fallimento di tali imprese. Sicchè non può riconoscersi la prededuzione a un credito che non ha alcun rapporto nè genetico nè funzionale con la procedura concorsuale” (Cass. civ., 22.6.2017, n. 15479; Cass. civ., 4.8.2017, n. 19615).

Nel 2018 la Cassazione ha ripreso e sviluppato gli argomenti esposti nei precedenti dell'anno prima, arrivando esplicitamente alla negazione della prededuzione per il credito del subappaltatore: “non essendo il credito del subappaltatore espressamente qualificato prededucibile da una norma di legge, nè potendosi considerare “sorto” in funzione della procedura fallimentare ai sensi dell'art. 111, comma 2 l.f., non sussistono più ostacoli – una volta rimosso, alla luce dei successivi interventi del legislatore, quello derivante dalla iniziale lettura dell'art. 118, comma 3 cda come disposizione



applicabile anche in caso di fallimento dell'appaltatore – ad un trattamento concorsuale conforme alla sua natura, in ossequio ai principi della par condicio creditorum e del rispetto dell'ordine delle cause di prelazione” (Cass. civ., 21.12.2018, n. 33350).

Questo tribunale intende dare continuità all'orientamento ora recepito anche dalla giurisprudenza di legittimità per le seguenti ragioni.

In primo luogo si ritiene che, per i crediti sorti “in funzione delle procedure concorsuali” di cui all'art. 111, comma secondo l.f., il nesso di “funzionalità” vada imprescindibilmente apprezzato, sotto l'aspetto cronologico, con riguardo al momento genetico dell'obbligazione e, sotto l'aspetto teleologico, con riguardo alla stretta strumentalità alla procedura da valutare *ex ante*, indipendentemente dall'eventuale vantaggio per la massa che si determini *ex post* (cfr. Cass. civ., 5.12.2016, n. 24791).

Lascia dunque perplessi il riconoscimento di una prededuzione “*secundum eventum*” tale cioè da sussistere o meno a seconda delle contingenze accidentali della procedura e delle iniziative della stazione appaltante, dunque sulla base di una valutazione di funzionalità non *ex ante* ma *ex post*, senza possibilità di riscontrare il necessario nesso di funzionalità del credito nel suo momento genetico.

In secondo luogo si osserva come il meccanismo della sospensione dei pagamenti a favore dell'appaltatore contemplato dall' art. 118 c.d.a. sia calibrato sull'ipotesi di un rapporto di appalto di opere in corso con un'impresa (necessariamente) *in bonis*, in funzione dell'interesse pubblico primario al regolare e tempestivo completamento dell'opera (senza il rischio di interruzioni o ritardi causati dal subappaltatore che non sia stato regolarmente pagato dall'appaltatore) nonché al controllo della sua corretta esecuzione (che potrebbe restare compromessa dall'applicazione di prezzi troppo bassi da parte del subappaltatore) e solo indirettamente a tutela anche del subappaltatore. Per la sua *ratio* detto meccanismo non ha dunque ragion d'essere nel momento in cui, con la dichiarazione di fallimento, il contratto di appalto per le opere pubbliche si scoglie ai sensi del combinato disposto dell'art. 81 l.f. e dell'art. 38, comma 1 lett a) e 140 c.d.a.. Ciò trova conferma anche da un punto di vista sistematico alla luce della modifica dell'art. 118 c.d.a. ad opera del d.l. 145/2013 (convertito in l. 9/2014) che, integrando il comma 3³ e aggiungendo il comma 3-

³ Il comma 3 è stato integrato con il seguente periodo: “Ove ricorrano condizioni di crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario, comprovate da reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti, o anche dei diversi soggetti che eventualmente lo compongono, accertate dalla stazione appaltante, per il contratto di appalto in corso può provvedersi, sentito l'affidatario, anche in deroga alle previsioni del bando di gara, al pagamento diretto alle mandanti, alle società, anche consortili, eventualmente costituite per l'esecuzione unitaria dei lavori a norma dell'articolo 93 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, nonché al subappaltatore o al cottimista dell'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite”.



*bis*⁴, ha disciplinato due specifiche ipotesi (crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario e pendenza di una procedura di concordato preventivo in continuità) così chiarendo che l'art. 118 c.d.a. si riferiva solo alle imprese *in bonis*⁵.

In terzo luogo, il mancato riconoscimento della prededuzione al credito del subappaltatore risulta coerente con i principi generali del concorso, quali la *par condicio creditorum*, il rispetto dell'ordine delle cause legittimate di prelazione e la tassatività (o comunque stretta interpretazione) delle ipotesi di prededuzione contemplate dall'art. 111 comma 2 l.f..

In conclusione il credito vantato dal fallimento Farina a titolo di compensi per i lavori svolti dalla società *in bonis* va ammesso al passivo del fallimento Fimet in via chirografaria.

Tenuto conto, da un lato, dell'ammissione (parziale) del credito e, dall'altro, del mancato riconoscimento della prededuzione richiesta dall'opponente, sussistono i presupposti per la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il tribunale,

a modifica del provvedimento impugnato,

ammette il fallimento Farina Guido s.r.l. in liquidazione al passivo del fallimento Fimet s.p.a. in liquidazione per l'importo di € 313.536,56 in via chirografaria, oltre interessi legali sino alla data di presentazione della domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo *ex art.* 161, sesto comma l.f. (18.11.2014).

Spese compensate.

Brescia, 21.08.2019

Il Presidente
Simonetta Bruno

⁴ Il comma 3-*bis* prevedeva: "E' 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 dagli eventuali diversi soggetti che costituiscano l'affidatario, quali le mandanti, e dalle società, anche consortili, eventualmente costituite per l'esecuzione unitaria dei lavori a norma dell'articolo 93 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, dai subappaltatori e dai cottimisti, secondo le determinazioni del tribunale competente per l'ammissione alla predetta procedura.

⁵ Il vigente art. 105, comma 13 c.c.p. dettato in tema di subappalto in sostituzione dell'abrogato art. 118 c.d.a., ha fatto venire meno l'appiglio ermeneutico che, secondo il primo orientamento della Cassazione, giustificava il riconoscimento della prededuzione: "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.

