

Termini di pagamento derogabili con il bando di gara ma non con il contratto

Inversione di rotta del Consiglio di Stato che apre alla possibilità di indicare tempi diversi da quelli di legge, a patto che siano esplicitati nel bando. Nel febbraio 2010 i giudici di Palazzo Spada avevano bocciato tout court qualsiasi ipotesi di deroga.

DI ROBERTO MANGANI

Con la sentenza del 21 marzo 2011, n. 1728, il Consiglio di Stato affronta di nuovo il tema dei termini di pagamento nei contratti pubblici, in relazione ai vincoli e alle prescrizioni contenuti in specifiche disposizioni legislative e regolamentari.

Con questa pronuncia i giudici di Palazzo Spada, da una parte ribadiscono un principio già affermato in precedenza (Consiglio di Stato 469/2010) e cioè che in sede di stipulazione del contratto non sono ammessi accordi sui termini di pagamento derogatori rispetto a quanto previsto dal Dlgs 231/2002 ma, dall'altra ammettono la possibilità che termini diversi siano inseriti nel bando di gara in modo da consentire da subito la verifica della legittimità.

Si tratta di una parziale, ma importante, inversione di tendenza rispetto alla sentenza n. 469 del 2 febbraio 2010 con la quale il Consiglio di Stato aveva bocciato tout court la possibilità di deroga ai termini previsti dal Dlgs 231/2002.

Testo a pagina VII

Con quest'ultima pronuncia invece i giudici di Palazzo Spada aprono alla deroga, a patto che i diversi termini di pagamento siano esplicitati nel bando di gara e quindi sia possibile impugnarli da subito.

**Ribadito invece
il divieto
di prevedere
accordi derogatori
in sede di stipulazione
del contratto**

Il Dlgs 231

Si tratta di una materia la cui disciplina è influenzata in maniera significativa, almeno in parte, dalle disposizioni di cui al Dlgs 231/2002, contenente norme con-

tro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Appare quindi opportuno prendere le mosse dai contenuti di questo decreto per fare il punto delle questioni relative alle modalità e ai termini di pagamento nei contratti pubblici e alle conseguenze degli eventuali ritardi.

Il decreto, che costituisce attuazione della direttiva Ue 2000/35, riguarda ogni pagamento che sia effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale. Per transazione commerciale si intendono i contratti, comunque denominati, tra imprese o tra imprese e pubbliche amministrazioni che comportino la consegna di merci o la prestazione di servizi.

Da queste definizioni emerge che, per quanto riguarda i contratti pubblici, vengono ricompresi nel campo di applicazione del Dlgs 231 le forniture e i servizi. Si deve invece ritenere che siano esclusi i lavori in quanto la relativa prestazione non è riconducibile alla consegna di merci o alla prestazione di servizi. Il che non vuol dire però che non sia possibile

un'estensione analogica delle regole del Dlgs 231 anche al settore degli appalti di lavori. Ma su questo si veda il box in alto.

Nel merito, il Dlgs indica un termine di pagamento che opera qualora non vi sia una diversa disciplina nel singolo contratto. Tale termine è, normalmente, di trenta giorni dalla data di ricevimento della relativa fattura, ovvero dalla data di ricevimento delle merci o di prestazione dei servizi quando non è certa la data di ricevimento della fattura o quando il ricevimento della fattura avviene anteriormente al ricevimento delle merci o alla prestazione dei servizi.

Nel caso il termine di pagamento non sia rispettato decorrono automaticamente gli interessi che, salvo diverso accordo tra le parti, sono determinati al saggio che è anch'esso indicato dal Dlgs con riferimento a quello applicato dalla Banca centrale europea in relazione al principale strumento di rifinanziamento.

In sostanza, tanto i termini di pagamento che la misura degli interessi sono indicati dal Dlgs 231 che tuttavia fa salvi eventuali diversi accordi intervenuti tra le parti. Tuttavia l'ambito di operatività di questi eventuali diversi accordi non è incondizionato. Essi, infatti, non devono risultare gravemente iniqui a danno del creditore tenuto conto della corretta prassi commerciale, della natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, della condizione dei contraenti e dei rapporti commerciali tra i medesimi. Un accordo che, alla luce degli elementi indicati, risulti gravemente iniquo a danno del creditore è affetto da nullità. Tale nullità viene dichiarata anche d'ufficio dal giudice che, di conseguenza, applica i termini legali ovvero riduce a equità il contenuto dell'accordo medesimo.

In sintesi, i termini di pagamento indicati dal legislatore sono astrattamente derogabili, ma l'accordo non deve risultare particolar-

■ GLI APPALTI DI LAVORI

Come accennato il Dlgs 231, con la sua disciplina sostanziale e il relativo regime sanzionatorio, non è in quanto tale applicabile agli appalti di lavori.

Per questi non valgono i termini di pagamento e il regime degli interessi stabiliti da tale decreto, bensì quelli contenuti agli articoli 141 - 144 del Dpr 207/2010. In base a essi è previsto un termine massimo di quarantacinque giorni dalla maturazione dello stato di avanzamento per l'emissione del certificato di pagamento. Dalla data di emissione di tale certificato decorre l'ulteriore termine massimo di trenta giorni per effettuare il pagamento. Per quanto attiene alla rata di saldo, il termine di pagamento non può superare i novanta giorni dall'emissione del certificato di collaudo provvisorio o di regolare esecuzione. In caso di ritardi nei pagamenti sono dovuti gli interessi, senza necessità di apposite domande o riserve, nella misura indicata dall'articolo 144.

Ci si può domandare se tali termini e condizioni siano derogabili per volontà delle parti. Pur non essendo immediatamente applicabile la disciplina del Dlgs 231, si può ritenere che i principi fissati dalla giurisprudenza con riferimento a essa possano trovare spazio anche in relazione agli appalti di lavori. Di conseguenza non appare costituire un valido accordo derogatorio il meccanismo fondato sulla fissazione in sede di bando di termini e condizioni di pagamento maggiori o più penalizzanti di quelli previsti dalle norme e sulla conseguente presunta accettazione degli stessi attraverso la partecipazione alla gara. Conclusione che appare rafforzata da quell'indirizzo giurisprudenziale in materia di rinuncia agli interessi - si veda l'articolo - che boccia gli accordi che per l'appaltatore siano peggiorativi della disciplina legale e che intervengano in fase di conclusione del contratto.

Va peraltro segnalato che la recente direttiva Ue n. 7 del 16 febbraio 2011 sui ritardi nei pagamenti - che modifica la precedente direttiva 35/2000 che è stata recepita con il Dlgs 231 - pur mantenendo la definizione di transazione commerciale già conosciuta, secondo cui essa si identifica con la fornitura di merci o la prestazione di servizi dietro corrispettivo, contiene una significativa novità in relazione ai lavori. Il considerando numero 11, infatti, stabilisce che la fornitura di merci e la prestazione di servizi dovrebbero essere intesi nel senso di includere nel loro ambito «la progettazione e l'esecuzione di opere ed edifici pubblici, nonché i lavori di ingegneria civile». Precisazione di cui si dovrà tenere il debito conto in sede di recepimento (che dovrà avvenire entro marzo 2013) al fine di chiarire in che termini le nuove norme comunitarie si applichino anche all'appalto di lavori.

mente svantaggioso per il creditore tenuto conto dell'insieme di circostanze sopra indicate. Di fronte a un accordo gravemente iniquo il giudice può operare in due direzioni: applicare tout court i termini di pagamento e le altre disposizioni previste dal Dlgs 231 ovvero intervenire sui contenuti dell'accordo modificandolo al fine di ripristinare l'equità complessiva dello stes-

so.

Altro elemento peculiare della disciplina è quello relativo all'assegnazione della tutela degli interessi collettivi alle associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel Cnel, e in particolare a quelle che rappresentano le piccole e medie imprese. Tali soggetti sono legittimati ad agire per chiedere al giudice di accertare la

LE ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA

Proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto la giurisprudenza ha chiarito quale è la ratio della previsione che consente l'intervento delle associazioni di categoria relativamente ai contratti pubblici. Esse tutelano interessi collettivi rispetto a clausole contrattuali contenute nel bando che, proprio a causa della loro iniquità, possono avere un effetto dissuasivo rispetto a una partecipazione alla gara potenzialmente più allargata. In questa logica non assume alcun rilievo, ai fini di contestare l'interesse ad agire in giudizio delle associazioni, la presenza di una pluralità di concorrenti alla gara. Infatti l'interesse ad agire sussiste sulla base della considerazione che, in assenza delle clausole che si assumono inique e che vengono pertanto contestate, presumibilmente avrebbero partecipato alla gara un numero maggiore di imprese di quelle che effettivamente si sono presentate (Consiglio di Stato, sezione V, decisione 2 febbraio 2010, n. 469). Sotto questo profilo, le associazioni di categoria sono titolari di un'azione che non mira all'impugnazione di clausole del bando ritenute illegittime quanto piuttosto all'accertamento della grave iniquità di dette clausole e all'inibitoria del loro utilizzo. Si tratta di una forma di tutela generale e preventiva e che si pone a livello collettivo rispetto alla tutela individuale e successiva del singolo imprenditore che contesti la iniquità di specifiche clausole del contratto eventualmente stipulato.

grave iniquità degli accordi in deroga, con conseguente dichiarazione di nullità degli stessi; ma anche di inibirne l'uso, con una pronuncia che può anche intervenire in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 669-bis del codice di procedura civile.

La derogabilità

In giurisprudenza si è posto il tema delle condizioni e limiti entro cui deve considerarsi ammissibile che la disciplina legale sulle modalità di pagamento sia derogata da un diverso accordo tra le parti.

In particolare, nell'ambito dei contratti pubblici, si è posta la questione se il diverso accordo delle parti possa essere individuato nella pubblicazione del bando e nella conseguente presentazione dell'offerta, che finirebbero per riprodurre la dinamica proposta-accettazione relativamente alle clausole potenzialmente inique.

La questione è passata più di una volta al vaglio della giurisprudenza, che si è espressa in termini

non sempre perfettamente coincidenti.

La sentenza del 2010

Secondo un primo orientamento non è ammissibile la possibilità di deroga consistente nella fissazione nel bando di clausole che stabiliscano termini di pagamento o saggi di interesse diversi da quelli previsti dalla normativa e nell'implicita accettazione di tali clausole conseguente alla presentazione dell'offerta (Consiglio di Stato, sezione IV, decisione 2 febbraio 2010, n. 469). Ciò in quanto l'accettazione di tali clausole non può derivare dal semplice fatto della presentazione dell'offerta, poiché l'accordo derogatorio tra le parti deve essere il risultato di un'apposita trattativa, che non può certo essere ricondotta al binomio bando-presentazione dell'offerta che manca di una fase propriamente precontrattuale in cui le parti definiscono il contenuto del loro reciproco accordo.

Si deve quindi ritenere invalida ogni clausola contrattuale che,

facendo applicazione di quanto previsto in sede di gara, stabilisca regole in materia di pagamenti diverse da quelle definite dalla relativa disciplina legale. Tali clausole, in sede di esecuzione del contratto, potranno essere dichiarate nulle, con immediata sostituzione con le previsioni contenute nella normativa di riferimento.

Come corollario e in coerenza con le conclusioni esposte lo stesso giudice amministrativo ha affermato che deve considerarsi illegittima l'esclusione dalla gara basata sulla non accettazione o sull'espresso dissenso da parte di un partecipante della clausola sui pagamenti considerata gravemente iniqua.

La posizione dell'Authority

Sulla stessa linea interpretativa si è posta l'Autorità dei contratti pubblici con la determinazione n. 4 del 7 luglio 2010. Anche secondo l'organo di vigilanza la partecipazione a una procedura di gara non può valere come accettazione tacita di condizioni di pagamento diverse da quelle predeterminate *ex lege*. Le relative clausole contenute nel bando, in quanto non costituiscono il frutto di un accordo tra le parti raggiunto a seguito di una libera negoziazione, devono considerarsi nulle e oggetto di sostituzione automatica con le previsioni contenute nella legge.

Sempre l'Autorità ha considerato illegittima non solo l'eventuale esclusione dalla gara conseguente alla mancata accettazione delle clausole sui pagamenti, ma anche l'attribuzione di un punteggio, nell'ambito del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, all'offerta che preveda termini di pagamento più lunghi di quelli stabiliti dalla legge. In sostanza, l'Autorità sembra ritenere che l'attribuzione di un valore premiante all'allungamento dei termini di pagamento offerto da un concorrente costituisca una

modalità di alterazione della concorrenza, a fronte di una disciplina che fissa le condizioni di pagamento come elemento non suscettibile di contrattazione in sede di gara.

L'ultimo Consiglio di Stato

Su una linea parzialmente diversa si muove la recente sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, decisione 21 marzo 2011, n. 1728. Nel caso di specie l'amministrazione aveva inserito nel capitolato generale e speciale alcune clausole con cui veniva rinviata al momento della stipulazione del contratto la fissazione di termini e condizioni di pagamento, che potevano quindi essere anche diversi da quelli stabiliti dal Dlgs 231. A fronte del ricorso di alcune associazioni di categoria il giudice amministrativo di primo grado aveva sancito l'iniquità di dette clausole nella misura in cui non sancivano che, in mancanza di accordo derogatorio da raggiungere in sede di stipulazione del contratto, si dovevano comunque applicare i termini previsti dalla legge. In sostanza il giudice aveva ritenuto possibile che in sede di gara fosse prevista la possibilità di avere termini di pagamento diversi da quelli previsti dalla legge purché la loro effettiva applicazione fosse subordinata a un successivo accordo derogatorio da concludere a opera delle parti all'atto dell'instaurazione del relativo rapporto contrattuale.

Inoltre il Tar aveva ritenuto che l'amministrazione potesse invitare i concorrenti a formulare un'offerta anche in relazione ai termini e alle modalità di pagamento. Ciò in quanto ben potrebbero le parti, in base alle previsioni dello stesso Dlgs 231, addivenire a un accordo derogatorio, e questa facoltà non potrebbe subire limitazioni per la semplice circostanza che uno dei due soggetti contraenti sia una pubblica amministrazione.

Il Consiglio di Stato ha parzialmente corretto le conclusioni del giudice di primo grado. In primo luogo, respingendo un'eccezione che era stata sollevata dalle parti, ha ritenuto che fosse astrattamente ammissibile che il TAR riformulasse, nei fatti, la clausola del capitolato rispetto a quanto prescritto dall'amministrazione. Ciò in quanto, in base alla previsione dell'articolo 7, comma 3 del Dlgs 231, è consentito al giudice, oltre che di dichiarare la nullità della clausola gravemente iniqua, anche di ricondurre ad equità detta clausola. In questo contesto, è ammesso che, nell'operazione di riduzione ad equità, la clausola originaria sia modificata dal giudice.

Il principio di irrinunciabilità vale solo al momento della definizione del contratto

Nel merito, tuttavia, il Consiglio di Stato si è discostato da quanto statuito dal giudice di primo grado. Nella sentenza di secondo grado si trova infatti affermato che le circostanze che inducono l'amministrazione a operare per l'accordo derogatorio e i contenuti di detto accordo devono essere resi noti già in sede di bando, in modo che sia consentito da subito di verificarne la relativa legittimità.

Ne consegue che posporre il perfezionamento dell'accordo derogatorio al momento della stipulazione del contratto è da considerarsi contrario allo spirito della legge e questa illegittimità non può considerarsi sanata per il semplice fatto di stabilire che, in mancanza del

raggiungimento di tale accordo in deroga, si applicherebbero comunque i termini di pagamento previsti dalla legge.

Come si vede si tratta di una posizione non perfettamente coincidente con quella espressa dallo stesso Consiglio di Stato nella pronuncia 469/2010. Infatti, mentre in quella sede il massimo giudice amministrativo aveva nella sostanza bocciato la stessa possibilità per l'amministrazione di stabilire condizioni di pagamento diverse da quelle previste *ex lege*, in questa seconda pronuncia tale possibilità sembra astrattamente ammessa, con l'unico vincolo che sia esplicitamente dichiarata in sede di gara nei suoi termini effettivi. Restando naturalmente salvo il diritto, delle associazioni di categoria in prima istanza e poi dei soggetti interessati, di contestare la grave iniquità delle clausole in deroga rese note in sede di gara.

La rinuncia agli interessi

In tema di pagamenti relativi a contratti pubblici una questione che si è posta è quella della legittimità della rinuncia da parte dell'appaltatore alla corresponsione degli interessi dovuti dall'ente appaltante per ritardato pagamento.

La giurisprudenza, con riferimento ai lavori, ha ritenuto che debbano essere considerate nulle le clausole attraverso cui si preveda una rinuncia preventiva a ogni ristoro per il ritardo nei pagamenti, escludendo la corresponsione dei relativi interessi dovuti per legge e per contratto (Cassazione 21 luglio 2006, n. 16814; 10 maggio 2005, n. 9747; 24 ottobre 2002, n. 14974). Orientamento maturato in relazione a una norma di legge non più in vigore – l'articolo 4 della legge 741/1981 – ma che deve ritenersi mantenga una sua validità anche nel quadro normativo vigente.

Tuttavia questo principio è stato interpretato da una giurisprudenza successiva in termini relativi.

Sempre la Cassazione ha infatti ritenuto che debba considerarsi legittima una clausola di rinuncia agli interessi quando questa faccia parte di un accordo transattivo intervenuto tra le parti nel corso dello svolgimento del contratto di appalto. In base a tale orientamento il principio di irrinunciabilità dei crediti per interessi vale solo al momento della definizione del contratto, in cui occorre tutelare la parte più debole (l'appaltatore) nei confronti del contraente forte (la stazione appaltante). Al contrario, tale principio non

troverebbe spazio qualora la rinuncia avvenga rispetto a un diritto nel frattempo maturato, ritenendosi che in questa fase vengano meno quelle esigenze di tutela del contraente più debole sopra richiamate (Cassazione, sezione I, sentenza 29 febbraio 2008, n. 5433).

Si deve ritenere che i richiamati principi, sanciti dalla giurisprudenza con riferimento agli appalti di lavori, siano applicabili anche alle forniture e ai servizi. Tenuto conto delle previsioni contenute nel Dlgs 231, l'eventuale

clausola che prevedesse la rinuncia agli interessi andrebbe considerata gravemente iniqua, come tale affetta da nullità rilevabile dal giudice. Mentre, per analogia, sono da ritenersi legittimi gli accordi tra le parti, intervenuti in un momento successivo alla conclusione del contratto, con cui le stesse dispongono di diritti maturati nel corso dell'esecuzione del rapporto, come appunto quelli relativi agli interessi per ritardato pagamento. ■

© RIPRODUZIONE RISERVATA

PROPRIETÀ E IMMOBILI

NUOVA
EDIZIONE

LE DISTANZE IN EDILIZIA

di M. Rezzonico, S. Rezzonico

L'opera è divisa in cinque parti. Nella prima viene inquadrata la normativa generale sulle distanze. La seconda affronta tutte le problematiche relative alle costruzioni in appoggio, in aderenza o a distanza legale. La terza si occupa, in particolare, di luci e vedute. La quarta, invece, è dedicata alle cosiddette "altre distanze". La quinta, verte interamente sulle distanze in condominio. Un'appendice, infine, riporta le risposte ai quesiti più ricorrenti in materia. Il libro è corredato di una nutrita bibliografia sull'argomento e – dal momento che la materia non riguarda solo gli operatori del diritto, ma anche i professionisti tecnici – anche di alcune esemplificazioni grafiche che completano, pure sotto il profilo squisitamente tecnico, il quadro generale dell'argomento. Nel CD-Rom è riportata una completa rassegna di giurisprudenza (oltre 2.800 massime), collegata al volume attraverso un intuitivo sistema di codifiche.

Pagg. 512 – € 69,00

Il prodotto è disponibile anche nelle librerie professionali.

Trova quella più vicina all'indirizzo

www.librerie.ilsolo24ore.com

GRUPPO 24ORE