

## **Parere n.50 del 21/03/2012**

### **PREC 288/11/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Società I.C.G. 2 S.p.A. – “*Procedura aperta per l’appalto dei lavori di realizzazione di una nuova Scuola Elementare di 25 aule in località “Il Pero”*” – Importo a base d’asta: euro 6.700.000,00 – S.A.: Comune di Bracciano (RM).

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 16 novembre 2011 è pervenuta l’istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la Società I.C.G. 2 Ingegneria e Costruzioni Generali S.p.A. ha chiesto una pronuncia di questa Autorità, deducendo l’illegittimità delle clausole contenute negli atti della gara in oggetto, volte a far ricadere sul futuro contraente il rischio di possibili ritardi nei pagamenti, dovuti a fatti ricollegabili agli enti finanziatori dell’opera appaltata.

All’istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità, è seguita la nota, acquisita al protocollo in data 17 febbraio 2012, con la quale la S.A. ha eccepito come le suddette clausole non ostino alla partecipazione alla gara ed alla stipula del relativo contratto ben potendo, il futuro contraente, farne accertare giudizialmente la nullità, ove ne fosse pretesa l’applicazione. Ha, inoltre, evidenziato che “*in sede di gara l’impresa I.C.G. 2 S.p.A. è stata ammessa all’apertura delle buste contenenti l’offerta economica, formulando un ribasso del 20,355 e risultando non aggiudicataria dell’appalto*”.

#### *Ritenuto in diritto*

Con l’istanza di parere indicata in epigrafe è stata chiesta una pronuncia di questa Autorità in merito alla asserita illegittimità della clausola contenuta in più punti della disciplina di gara, secondo cui dovrebbero ricadere in capo al futuro contraente i rischi di possibili ritardi nei pagamenti, dovuti a fatti ricollegabili agli enti finanziatori dell’opera.

Preliminarmente, con riferimento all’eccezione sollevata dalla Stazione Appaltante circa il fatto che la società istante si sia limitata a contestare la legittimità di una clausola non direttamente preclusiva della partecipazione alla gara, in quanto destinata ad essere eventualmente operativa solo dopo la stipula del contratto nei confronti dell’appaltatore, e che la stessa avrebbe in effetti partecipato alla procedura di gara risultando non aggiudicataria, si osserva che tale circostanza non fa venir meno l’interesse a formulare istanza di parere.

L’istituto del precontenzioso è concepito, infatti, come strumento alternativo alla classica lite giudiziaria e la sua *ratio* è quella di orientare l’azione amministrativa durante lo svolgimento delle

procedure di gara, in vista dell'adozione di un provvedimento conclusivo delle stesse, al fine di correggere eventuali violazioni riscontrate, in una fase in cui le stesse possano ancora essere efficacemente emendate. Alla luce di tali considerazioni non si ritiene che la partecipazione alla gara dell'istante possa considerarsi preclusiva della richiesta del presente parere né che la clausola oggetto di valutazione potesse essere contestata solo dall'impresa aggiudicataria all'esito della procedura di gara.

Andando al merito della questione, analizzando la *lex specialis*, al punto 16 del Bando di gara, "Modalità di finanziamento e di pagamento", si legge: "L'appaltatore si assoggetta agli eventuali ritardi che potranno sopravvenire nei pagamenti a causa dei ritardi di erogazione delle somme da parte dell'Ente finanziatore (Regione Lazio e Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.) e di conseguenza, rinuncia ad ogni richiesta di interessi per tali ritardi. L'appaltatore dichiara di aver tenuto conto di questi eventuali ritardi nella formulazione dell'offerta economica".

La stessa clausola è riportata anche nel Disciplinare di gara, Parte I, punto 3, lett. nn) e nel Capitolato Speciale d'Appalto, art.25 "Ritardi nel pagamento delle rate di acconto", comma 4.

Al fine di dirimere la questione prospettata, rientrando nell'ambito della problematica inerente i ritardati pagamenti della P.A., occorre preliminarmente operare una veloce ricognizione della normativa vigente oggi in Italia.

Allo stato, la disciplina in materia di ritardato pagamento dei crediti della Pubblica Amministrazione corre su un doppio binario: da un lato, le norme applicabili nell'ambito dei contratti pubblici di servizi e forniture, dall'altro, quelle dettate in tema di contratti di lavori pubblici.

Per i contratti pubblici di servizi e forniture esiste, infatti, una specifica normativa nazionale di contrasto al fenomeno dei ritardati pagamenti, che è racchiusa nel D.lgs. 231/2002 con cui è stata recepita la direttiva europea 2000/35/CE (finalizzata alla lotta contro i ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali). In tale ambito il legislatore nazionale ha previsto ad esempio: la decorrenza automatica degli interessi moratori dal giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento fissato, in assenza di diverso accordo, in trenta giorni (art.4); la determinazione legale degli interessi moratori in misura pari al saggio di interesse del principale strumento di rifinanziamento della BCE (art.5), nonché la nullità di ogni accordo in deroga alle disposizioni del D.lgs.231/2002 che risulti gravemente iniquo per il creditore, e il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità dell'accordo derogatorio e di modificare il contenuto del contratto applicando i termini legali o riconducendolo ad equità, avendo riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale e ad altre circostanze connotanti il caso concreto (art.7).

La disciplina appena richiamata non trova però applicazione per quanto attiene, invece, ai contratti pubblici di lavori; è lo stesso D.lgs.231/2002, infatti, che, stabilendo il proprio ambito di applicazione, lo circoscrive "ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale" chiarendo poi, all'art.2, comma 1, lett.a), che sono da intendersi transazioni commerciali "i contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo."

Manca dunque, ad oggi, una specifica normativa di contrasto al fenomeno dei ritardi nei pagamenti che sia applicabile anche ai contratti pubblici di lavori.

Le norme che garantiscano un tempestivo pagamento dei crediti dell'appaltatore nell'ambito di un affidamento di lavori pubblici, quale appunto quello oggetto del presente esame, andranno dunque rinvenute nell'art.133 del D.lgs.163/2006 e nel Nuovo Regolamento di Attuazione del Codice dei Contratti Pubblici (artt.142, 143 e 144), in cui sono confluite le disposizioni del Capitolato Generale dell Opere Pubbliche approvato con D.M. n.145 del 19 aprile 2000 (artt.29 e 30).

Il citato art. 133, nel disciplinare i termini di adempimento, prevede, infatti, che *“In caso di ritardo nella emissione dei certificati di pagamento o dei titoli di spesa relativi agli acconti e alla rata di saldo rispetto alle condizioni e ai termini stabiliti dal contratto, che non devono comunque superare quelli fissati dal regolamento di cui all'art.5, spettano all'esecutore dei lavori gli interessi, legali e moratori...”* e appunto al Regolamento di Attuazione del Codice è demandata la fissazione di una puntuale tempistica per il pagamento di acconti e saldo maturati nell'esecuzione di lavori pubblici nonché l'entità degli interessi da corrispondere in caso di ritardato pagamento.

È previsto, infatti che alla maturazione di ogni stato di avanzamento dei lavori, il termine per l'emissione dei certificati di pagamento relativi agli acconti non possa superare i quarantacinque giorni; una volta emesso il certificato, il pagamento deve essere disposto entro i successivi trenta giorni. Ove il certificato venga emesso oltre i previsti quarantacinque giorni, all'appaltatore andranno riconosciuti gli interessi legali sulle somme dovute e se il ritardo supera i sessanta giorni, andranno riconosciuti gli interessi moratori. Qualora il pagamento sia effettuato oltre i trenta giorni dall'emissione del certificato, a partire dal giorno successivo e fino al sessantesimo giorno di ritardo spettano gli interessi legali, oltre il sessantesimo giorno di ritardo spetteranno gli interessi di mora. (artt.143 e 144 del Regolamento)

Per quanto riguarda infine il pagamento della rata di saldo, è previsto un termine di novanta giorni successivi all'emissione del certificato di collaudo provvisorio, ovvero del certificato di regolare esecuzione.(artt.143 e 144 del Regolamento)

Risulta altresì determinata la misura degli interessi di mora applicabili, per cui si rinvia ad un apposito Decreto Ministeriale da emanarsi annualmente.

Sebbene la normativa in tema di ritardato pagamento nei lavori pubblici appena richiamata appaia, evidentemente, meno favorevole all'appaltatore di quella sancita dal D.lgs.231/2002 per gli affidamenti di servizi e forniture, nondimeno, anche tali disposizioni, al pari di quelle dettate per gli appalti di servizi e forniture, non sono suscettibili di deroghe in danno dell'appaltatore; è prevista infatti la possibilità che i capitolati speciali e i singoli contratti stabiliscano solamente termini “inferiori” a quelli previsti dalle norme e pertanto più favorevoli al contraente privato (art.143, comma 3 del citato Regolamento). Non è dunque ravvisabile alcun margine per accordi derogatori peggiorativi della posizione dell'appaltatore, tanto meno una rinuncia integrale agli interessi per ritardo nei pagamenti.

Ricostruito così sinteticamente l'attuale quadro normativo, occorre valutare, con riguardo al caso di specie, la legittimità di una clausola che preveda una rinuncia integrale da parte dell'appaltatore agli interessi di mora, laddove il ritardo nel pagamento derivi da ritardi nella erogazione delle somme previste da parte degli enti finanziatori.

Una tale previsione, inserita in uno schema di contratto unilateralmente predisposto dalla Stazione Appaltante al fine di far convergere su di esso la volontà dell'offerente, secondo il tipico schema dell'invito *ad offerendum*, in una situazione di sostanziale assenza di libertà contrattuale, è da ritenersi senza dubbio vessatoria ai sensi dell'art.1341, comma 2 del Codice Civile e gravemente iniqua dal momento che espone l'appaltatore a rilevanti oneri finanziari e organizzativi e al rischio

di insolvenza, determinando una palese sproporzione tra il vantaggio economico riconosciuto all'amministrazione e il sacrificio imposto ai creditori.

Se è legittimamente previsto che la Pubblica Amministrazione operi sulla base di principi e regole particolari nella fase di selezione del contraente privato, e ciò a tutela della concorrenza, della trasparenza della scelta e dell'efficienza della spesa, lo stesso non può affermarsi per quanto riguarda invece la fase dell'esecuzione e quella conclusiva del contratto, ovvero il momento del pagamento del corrispettivo pattuito.

In tale fase infatti i rapporti tra amministrazione e contraente privato devono essere improntati ad una sostanziale *par condicio* con applicazione quindi di regole paritarie e di abbandono di quella posizione di supremazia riconosciuta in passato all'autorità pubblica in nome della prevalenza dell'interesse pubblico rispetto a quello privato.

In conclusione, dunque, nonostante persista una diversa disciplina dei ritardati pagamenti per gli affidamenti di servizi e forniture da un lato e l'affidamento di lavori dall'altro, e nonostante le norme di maggior favore per l'appaltatore dettate nell'ambito degli appalti di servizi e forniture, è possibile affermare la illegittimità di una clausola che, in un appalto di lavori pubblici preveda la integrale rinuncia da parte dell'appaltatore agli interessi per ritardato pagamento, non potendo considerarsi idonea a giustificare una previsione così iniqua nei confronti del contraente privato la circostanza che il ritardato pagamento sia imputabile a fatti ricollegabili agli enti finanziatori dell'opera.

*De iure condendo*, poi, merita almeno un cenno il recente intervento in materia del legislatore comunitario, che, con la direttiva 2011/7/UE del 16 febbraio 2011, che dovrà essere recepita entro il marzo 2013, ha reso ancor più severa la disciplina dei pagamenti delle Pubbliche Amministrazioni, prevedendo tra l'altro un limite massimo alla facoltà di estensione del termine di pagamento, un aumento del tasso degli interessi moratori e inoltre l'applicabilità di tale disciplina al settore dei lavori pubblici (l'undicesimo considerando della nuova direttiva prevede infatti che “*la fornitura di merci e la prestazione di servizi dietro corrispettivo a cui si applica la presente direttiva dovrebbero anche includere la progettazione e l'esecuzione di opere e edifici pubblici, nonché i lavori di ingegneria civile*”), andando così, tra l'altro, in direzione di una equiparazione delle tutele normative approntate in favore del creditore della P.A.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, illegittima la clausola della *lex specialis* in base alla quale l'appaltatore si assoggetta ai rischi degli eventuali ritardi nei pagamenti dovuti a ritardi nella erogazione dei finanziamenti da parte degli enti competenti, rinunciando ad ogni richiesta di interessi per tali ritardi.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

*Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 29 marzo 2012*

Il Segretario Maria Esposito