

---



# Edilizia e Territorio

## COMMENTI

# Pubblica amministrazione



Non è possibile introdurre nei bandi tempi di pagamento superiori ai 30 giorni previsti dal Dlgs 231/2002, in quanto non si tratta di un accordo tra le parti. Lo ha stabilito il Consiglio di Stato.

---

Testo a pagina

6

# Consiglio di Stato: no ai bandi che fissano tempi di pagamento superiori a 30 giorni

Inserire nei capitolati termini più lunghi rispetto a quelli previsti dal Dlgs 231/2002 rappresenta «un comportamento abusivo della parte contrattualmente più forte»: le clausole contrattuali che li prevedono sono quindi illegittimi.

DI VITTORIO MINIERO

**I**l Consiglio di Stato, sezione IV, con sentenza n. 469 del 2 febbraio 2010 ha ritenuto illegittime le prescrizioni di capitolato speciale che prevedono termini di pagamento e saggio degli interessi moratori differenti rispetto a quelli disposti dal decreto legislativo 231/2002.

Il decreto legislativo 231/2002, in attuazione della direttiva comunitaria 2000/35, ha introdotto nuove regole per combattere i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

## Il Dlgs 231/2002

La normativa prevede:

- una decorenza automatica degli interessi moratori;
- una imposizione normativa del termine per il pagamento, salvo il diverso termine concordato tra le parti;
- una imposizione normativa del saggio di interessi moratori, salvo il diverso accordo tra le parti;
- la nullità delle clausole, anche se concordate tra le parti, qualora, «avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del

## Testo a pagina 28

contratto, alla condizione dei contraenti e ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché a ogni altra circostanza», risultino gravemente inique in danno del creditore.

Il Dlgs 231/2001 si applica anche agli appalti di servizi e forniture

## La stazioni appaltanti hanno evitato di applicare le norme del Dlgs 231 inserendo nei capitolati prescrizioni diverse

re stipulati dalle amministrazioni pubbliche.

L'articolo 2 dispone, infatti, che il decreto si applica alle transazioni commerciali intese come «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».

## L'impatto sulle gare

Fino a ora, nonostante i numerosi anni trascorsi dalla sua vigenza, l'impatto della norma sulle gare pubbliche delle amministrazioni italiane è stato praticamente nullo.

Le stazioni appaltanti hanno, infatti, continuato a mantenere, nei propri capitolati, prescrizioni pattizie che prevedono termini di pagamento e modalità di calcolo degli interessi moratori ben differenti rispetto a quelli disposti dal decreto 231/2002.

Questo *modus operandi*, pressoché generalizzato, delle nostre amministrazioni ha trovato la propria giustificazione sull'articolo 4 comma 4 che dispone: «4. Le parti, nella propria libertà contrattuale, possono stabilire un termine superiore rispetto a quello legale di cui al comma 3 a condizione che le diverse pattuizioni siano stabilite

per iscritto e rispettino i limiti concordati nell'ambito di accordi sottoscritti, presso il ministero delle Attività produttive, dalle organizzazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale della produzione, della trasformazione e della distribuzione per categorie di prodotti deteriorabili specifici».

Ora il Consiglio di Stato denuncia la illegittimità di questa pratica.

### Il Consiglio di Stato

Ora anche il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, confermando una sentenza breve del Tar Lazio, dispone la illegittimità delle clausole dei capitolati che impongano termini di pagamento e saggi di interessi differenti rispetto a quelli previsti dal decreto 231/2002.

La sentenza affronta, preliminarmente, una interessante eccezione relativa alla questione di giurisdizione competente ad affrontare la legittimità di una clausola inserita in un capitolato speciale.

Il Consiglio di Stato conferma la competenza del giudice amministrativo, mediante l'applicazione degli articoli 244 del Dlgs 163/2006 e 6 legge 205/2000, disponendo che: «le procedure di affidamento di contratto di appalto di lavori pubblici, servizi e forniture, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che conosce delle posizioni di diritto o interesse (Cassazione a Ss. Uu. n. 11656 del 2008), esulando dalla giurisdizione del giudice amministrativo solo le controversie sulla esecuzione e cioè sul contratto ormai stipulato e quindi sul contratto non più in quanto negozio ma in quanto rapporto (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 9 del 2008). Nel caso in esame la contestazione riguarda formalmente il bando, ma soprattutto il contenuto iniquo di talune delle clausole contrattuali in esso inserite e il giudizio di invalidità sulla base della loro ritenuta iniquità. Pertanto, in

## I PRECEDENTI GIURISPRUDENZIALI

La prassi di imporre nei capitolati termini di pagamento maggiori, rispetto ai trenta giorni previsti dal secondo comma dell'articolo 4, è, invero, già stata anche in altre occasioni oggetto di confronto giurisprudenziale.

A favore della legittimità di una simile prescrizione pattizia si è espresso il Tar Veneto, sezione I, con sentenza del 25 novembre 2008 n. 3637, ritenendo legittima la prescrizione del capitolato che prevedeva un termine di pagamento di 90 giorni dal ricevimento della fattura, disponendo che «il decreto legislativo n. 231/2002 non impone il termine di trenta giorni e comunque non dispone nel senso che un termine superiore ai 30 giorni debba automaticamente considerarsi iniquo e quindi illegittimo. E, nella specie, il termine concretamente fissato di 90 giorni non può ritenersi iniquo tenuto conto della entità e della complessità e dell'oggetto della gara in questione».

In senso, invece, contrario si era già espresso diverse volte il Tar Piemonte.

Nella sentenza del 4 dicembre 2009 n. 3260, la prima sezione del Tribunale amministrativo piemontese ha disposto che: «È stato precisato che "per poter parlare di accordo tra le parti, è necessario che la formazione della volontà contrattuale sia libera per entrambi i contraenti, il che deve escludersi ove le clausole peggiorative, oltre che essere state unilateralmente predisposte da una delle parti, siano state imposte all'altra quali condizioni di partecipazione alla gara". (Tar Piemonte, sezione II, 26 ottobre 2007, n. 3292) conseguendone l'inconfigurabilità della deroga nei casi di deroga apportata con atti unilaterali dell'Amministrazione, quali i bandi o i disciplinari di pubbliche gare. Illegittimamente il capitolato speciale e quello generale d'appalto recano un termine dilatorio per il pagamento dei corrispettivi contrattuali e una misura degli interessi moratori in difformità dalla disposizioni di cui agli articoli 4 e 5 del Dlgs n. 231/2002 senza, peraltro, che dagli atti di gara consti l'emergenza di particolari, motivate e documentate ragioni.».

definitiva, sussistono le condizioni dell'azione; sussistono i presupposti per la tutela inibitoria o per l'accertamento di cui al decreto legislativo; sussiste la giurisdizione dell'adito giudice amministrativo; oggetto del giudizio sono le clausole inique di cui si vuole impedire l'inserimento.».

Entrando nel merito della questione di diritto, il Consiglio di Stato definisce la pubblica amministrazione quale «imprenditore forte», in quanto in grado di predisporre condizioni generali di contratto e utilizzarle nelle transazioni commerciali.

La condotta della amministrazione, di conseguenza, «integra e concreta proprio uno di quei com-

portamenti abusivi della parte contrattualmente più forte che il legislatore ha inteso contrastare attraverso la introduzione di un diritto diseguale mirante a stabilire un equilibrio giuridico antitetico rispetto al potere reale dei paciscenti (in tal senso Consiglio di Stato, V, 11 gennaio 2006, n. 43)».

### Clausole nulle

In particolare la sentenza dispone la illegittimità di clausole contrattuali che impongano unilateralmente le conseguenze dell'inadempimento contrattuale del contraente forte.

Sostiene, infatti, il massimo organo giurisdizionale amministrativo che «non può sostenersi la



prevalenza di tali clausole rispetto a quanto previsto dal decreto legislativo di recepimento della direttiva comunitaria: a parte il valore di supremazia della disciplina di derivazione comunitaria, oltre che della normativa nazionale imperativa, vale il principio per cui il contratto obbliga le parti non solo alle regole previste dal medesimo, ma anche al rispetto delle regole imperative e a tutto ciò che deriva dalla legge, dagli usi e dalla equità (articoli 1339, 1419, 1418 e 1374 del codice civile). Le norme imperative hanno pertanto un valore anche sostitutivo (articolo 1339 e 1419 Cc) di quanto previsto in violazione di esse».

La conseguenza è che le clausole del capitolato, in immediato e diretto contrasto con le disposizioni di cui al decreto 231/2002, sono da considerarsi nulle e sostituite dalle prescrizioni normative vigenti (termine di pagamento previsto in trenta giorni e saggio di interessi «determinato in misura pari al saggio d'interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di sette punti percentuali»).

La presentazione della offerta da parte dei soggetti privati non può essere considerato un diverso accordo tra le parti ai sensi dell'articolo 4 del Dlgs 231/2002.

Tale accordo, conclude il Consiglio di Stato, può rinvenirsi «solo a seguito di apposita contrattazione e trattativa sul punto, che evoca un concetto di contratto di tipo parapportuale (o precontrattuale) che non può certo rinvenirsi nel binomio "bando – presentazione dell'offerta", che già integra (quantomeno in parte) la conclusione del contratto».

### Le reazioni della Pa

Non è facile prevedere quali saranno le reazioni delle ammini-

strazioni pubbliche a questo importante e determinatissimo orientamento giurisprudenziale.

Certo è che, d'ora in poi, le clausole imposte dai capitolati speciali in difformità delle prescrizioni normative del decreto 231/2002 potranno essere censurate in sede giudiziale: sia in fase antecedente alla gara mediante azione davanti al Tar, che in fase di esecuzione contrattuale mediante azione davanti al giudice ordinario.

Le amministrazioni dovranno necessariamente e preliminarmente dotarsi di strumenti organizzativi che permettano di ridurre al minimo i termini di pagamento, al fine di rispettare, per quanto possibile, i trenta giorni previsti dalla normativa comunitaria e, in sede di recepimento,

tualmente previste dalla legge o dal contratto ai fini dell'accertamento della conformità della merce o dei servizi alle previsioni contrattuali, qualora il debitore riceva la fattura o la richiesta equivalente di pagamento in epoca non successiva a tale data.».

Le amministrazioni dovranno determinare con molta precisione, nei propri documenti progettuali, quando spetti agli appaltatori il diritto a emettere la fattura.

In particolare, ai sensi dell'articolo 4 comma 2 lettera d), le amministrazioni potranno subordinare la emissione del documento fiscale alla approvazione delle attività di collaudo imposte (anche per appalti di servizi e forniture) dall'articolo 120 del codice dei contratti.

La specificazione delle tempistiche di collaudo permetteranno di ritardare i tempi di emissione della fattura e, conseguentemente, del termine di pagamento. ■

© RIPRODUZIONE RISERVATA

## La presentazione delle offerte da parte dei privati non può essere considerata come un diverso accordo tra le parti

mento, da quella nazionale.

### La decorrenza dei termini

Inoltre si ritiene che, d'ora in poi, sarà importante per le amministrazioni specificare con particolare cura e precisione da quando dovranno cominciare a decorrere i termini per il pagamento della prestazione contrattuale.

L'articolo 4 del Dlgs 231/2002 dispone che il diritto agli interessi moratori decorre dal termine legale di:

«a) trenta giorni dalla data di ricevimento della fattura da parte del debitore o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente; [...]

d) trenta giorni dalla data dell'accettazione o della verifica even-