

LA DISCIPLINA SUI RITARDATI PAGAMENTI NEI CONTRATTI PUBBLICI E LE DEROGHE CONVENZIONALI, TRA PRASSI APPLICATIVA E DECISIONI GIURISPRUDENZIALI

*Alessandro Bonanni**

SOMMARIO: 1. La situazione dei ritardati pagamenti in Italia - 2. La vigente normativa nazionale di contrasto al fenomeno dei ritardati pagamenti - 3. Patti in deroga alle disposizioni del D.Lgs. 231/2002 e potere del giudice di dichiararne d'ufficio la nullità - 4. L'individuazione unilaterale, da parte della P.A., di termini di pagamento superiori a quelli previsti dal D.Lgs. 231/2002 - 5. La giurisprudenza recente e la determinazione dell'AVCP n. 4 del 7 luglio 2010 - 6. Considerazioni conclusive

1. La situazione dei ritardati pagamenti in Italia

Il tema del ritardo con cui la P.A. provvede al pagamento dei corrispettivi inerenti all'esecuzione dei contratti pubblici suscita, ormai da anni, l'interesse (ma soprattutto l'allarme) degli imprenditori che operano nel mercato italiano.

Le dimensioni del problema sono emerse con chiarezza nel corso della Relazione annuale del Presidente dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici per l'anno 2009: *"La questione in esame si pone in tutta la sua gravità soprattutto per le imprese che stipulano contratti con la Pubblica Amministrazione, le quali, in misura ancor più forte rispetto alle aziende che operano con committenze private, sono da*

* Sintesi della relazione presentata in occasione del convegno sui ritardati pagamenti, il 24 – 25 novembre 2011. Alessandro Bonanni è avvocato amministrativista del Foro di Roma, esperto in contenzioso in materia di affidamento di contratti pubblici. È ideatore e autore del sito web www.contratti-pubblici.it e collaboratore dell'Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici [www.osservatorioappalti.unitn.it].

sempre soggette al gravame di un onere aggiuntivo rappresentato dall'ulteriore costo che le stesse devono sostenere per far fronte al gap, spesso di proporzioni assai considerevoli, che si viene a determinare tra il momento della liquidazione dei costi gestionali e quello dell'incasso del corrispettivo pattuito; onere di cui ovviamente non si può non tener conto nella determinazione del prezzo offerto in sede di gara pubblica. ... La conseguenza è che questo tipo di mercato finisce con il privilegiare le grandi imprese e colpisce, in maniera irreversibile, le piccole e medie imprese che rischiano, pertanto, di uscire definitivamente dal sistema. Il tutto, come è facile intuire, determina conseguenze di rilevante entità sulla concorrenza, falsando, in misura considerevole, il regolare andamento del mercato" (cfr. Relazione annuale dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici per l'anno 2009, pagg. 8-9).

In effetti i dati numerici divulgati dall'Autorità di Vigilanza hanno restituito un'immagine preoccupante: i tempi di pagamento oscillano in un *range* compreso tra un minimo di 92 giorni ed un massimo di 664 giorni. L'entità dei ritardi mediamente accumulati è circa doppia rispetto a quanto si registra nel resto dell'Unione Europea: mediamente 128 giorni contro i 65 che si computano a livello europeo. Il ritardo è per lo più imputato ai tempi di emissione dei certificati di regolare esecuzione (46,3%) e dei mandati di pagamento (29,6%) da parte delle stazioni appaltanti e, ancor più in generale, a lentezze che derivano da vischiosità burocratiche interne alla Pubblica Amministrazione (32,5%).

La presunta esposizione debitoria della P.A., calcolata sulla base della stima effettuata dalle associazioni interpellate dall'Autorità di Vigilanza, ammonterebbe a circa 37 miliardi di euro (una somma pari al 2,4 per cento del PIL nazionale del tempo).

La medesima Autorità ha sottolineato, nella Relazione del 2009, come la problematica sia particolarmente avvertita dalle piccole e medie

imprese che, soprattutto nell'attuale congiuntura economica di difficile accesso al credito bancario, risentono in maniera grave della mancanza di liquidità. Ma le stesse amministrazioni appaltanti non sono certo al riparo dalle ricadute negative del fenomeno: l'assunzione del rischio connesso alla dilazione dei pagamenti induce infatti i partecipanti ad una gara pubblica a considerare l'onere finanziario che si presume di dover sostenere per il ritardo nei pagamenti nell'ambito del prezzo proposto alla stazione appaltante, con conseguente impoverimento della competitività delle offerte. Inoltre, l'obbligo di corrispondere gli interessi di mora conseguenti al ritardato pagamento implica l'aumento delle risorse economiche necessarie per il conseguimento delle prestazioni oggetto di appalto (risorse che, come è intuibile, potrebbero essere diversamente e più utilmente investite). Ed ancora, il ritardo nei pagamenti non incide solo sul contraente privato che si trova a sostenere un'attesa ingiustificata nella percezione dei corrispettivi dovuti da parte dell'amministrazione appaltante, ma ridonda in termini negativi anche sull'indotto a valle dell'appalto, investendo le imprese subappaltatrici e subfornitrici sulle quali i ritardi vengono sovente ulteriormente ribaltati.

A tale proposito, deve considerarsi come altri governi europei, a fronte della gravità della tematica, abbiano già assunto iniziative volte ad attenuare (o risolvere) le preoccupazioni degli operatori del settore.

La Spagna, ad esempio, che è considerata - unitamente all'Italia - un paese assai lento in punto di pagamenti, ha già emanato un provvedimento volto ad accelerare il pagamento dei crediti della Pubblica Amministrazione (il provvedimento, che entrerà a regime dal 2013, anticipando i contenuti della nuova direttiva 2011/7/UE, stabilisce che la P.A. avrà trenta giorni per pagare le fatture delle imprese creditrici, senza possibilità di ammettere alcuna deroga).

La situazione italiana in merito ai ritardati pagamenti ha invece subito – se possibile – persino un peggioramento a seguito del sopravvenire

dei vincoli imposti dal patto di stabilità interno: spesso gli enti locali committenti, pur in presenza di una lecita assunzione di impegni di spesa in precedenti esercizi, si trovano a dover decidere se pagare il debito maturato dall'appaltatore (violando il patto di stabilità) o non effettuare i pagamenti dovuti (violando la normativa in materia di transazioni commerciali).

Non è infrequente, quindi, che la P.A. – una volta esperita la gara d'appalto – prolunghi oltremodo il momento della stipula del contratto proprio per tentare di scongiurare la possibilità di incorrere nella predetta *impasse* (con conseguente aggravio per l'impresa aggiudicataria, per il soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso all'intervento da eseguire, per il funzionamento del sistema delle commesse pubbliche nel suo complesso). Al punto che taluni enti si sono finanche risolti a stipulare specifiche convenzioni con istituti di credito al fine di garantire la possibilità, per i propri appaltatori, di farsi anticipare, attraverso la cessione del credito, gli importi dei corrispettivi dovuti, ovvero per ottenere l'anticipazione su fattura a condizioni più favorevoli rispetto a quelle concesse da altre banche (fenomeno che offre la misura della drammatica rilevanza che ha assunto il problema dei ritardati pagamenti nel nostro Paese).

A ciò devono aggiungersi gli oneri burocratici ed organizzativi che sono andati ad aggravare la fase dei pagamenti ad effetto della sopravvenuta normativa sulla tracciabilità dei flussi finanziari. Trattasi di rigidi adempimenti – accompagnati da pesanti sanzioni – che se, da un lato, hanno la virtuosa finalità di prevenire le infiltrazioni della criminalità organizzata nel mercato degli appalti pubblici, dall'altro, anche in ragione della confusa formulazione dei precetti normativi, implicano ulteriori inceppamenti e ritardi nelle procedure di pagamento della P.A.. Basti considerare che le incertezze interpretative sulle disposizioni normative in materia di tracciabilità hanno persino determinato, in sede di prima applicazione, un

fenomeno di sostanziale paralisi sistemica di tutti i pagamenti della pubblica amministrazione.

In tale disastrosa congiuntura si è inserita, da ultimo, la nuova direttiva europea 2011/7/UE concernente – appunto – il contrasto ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Ad essa guardano gli operatori economici italiani con la speranza che possa dare impulso a quella (ormai improrogabile) opera di ristrutturazione delle insoddisfacenti procedure di pagamento della Pubblica Amministrazione.

2. La vigente normativa nazionale di contrasto al fenomeno dei ritardati pagamenti

Al fine di affrontare la tematica delle deroghe convenzionali alla disciplina legislativa sui ritardati pagamenti, si ritiene opportuno premettere una sintetica ricognizione delle disposizioni normative attualmente vigenti.

2.1. Contratti pubblici di forniture e servizi

La vigente normativa nazionale di contrasto al fenomeno dei ritardati pagamenti è dettata, per i contratti pubblici di servizi e forniture, dal D.Lgs. 231 del 9 ottobre 2002, che ha dato attuazione all'art. 26 della legge comunitaria n. 39 dell'1 marzo 2002, che a sua volta delegava al Governo italiano l'attuazione della direttiva europea 2000/35/CE (finalizzata alla lotta contro i ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali, ed oggi in via di sostituzione da parte della nuova direttiva 2011/7/UE in materia di contrasto ai ritardati pagamenti).

Le norme del D.Lgs. 231/2002 trovano senz'altro applicazione ai contratti di servizi e forniture stipulati tra imprese e pubbliche amministrazioni, afferendo ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una <<transazione commerciale>>, per tale dovendosi intendere, in base a quanto sancito dall'art. 2, comma 1, lett. a) dello

stesso decreto legislativo, “*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*”.

La disciplina del D.Lgs. 231/2002, nell'intento di arginare il fenomeno dei ritardati pagamenti, prevede, in sintesi:

- la decorrenza automatica degli interessi moratori dal giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento, che è fissato - in assenza di diverso accordo - in trenta giorni, senza bisogno di un atto di messa in mora (art. 4);
- la determinazione legale degli interessi moratori in misura pari al saggio di interesse del principale strumento di rifinanziamento della BCE, applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale, effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione maggiorato di sette punti percentuali, salvo patto contrario (art. 5);
- il risarcimento dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrisposte, salva la prova del maggior danno (art. 6);
- la nullità di ogni accordo in deroga alle disposizioni del D.Lgs. 231/2002 che risulti gravemente iniquo per il creditore (art. 7);
- 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 legittimazione processuale delle associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL) al fine di far accertare la grave iniquità delle condizioni generali concernenti il pagamento delle transazioni commerciali (art. 8).

2.2. *Contratti pubblici di lavori*

Per quanto attiene ai contratti pubblici di lavori, le norme che impongono il tempestivo pagamento dei crediti che l'impresa appaltatrice vanta nei confronti della committenza pubblica vanno individuate nel D.P.R. 207/2010, nuovo Regolamento di Attuazione del Codice dei Contratti Pubblici (nel quale sono confluite le disposizioni sul punto recate dal Capitolato Generale delle Opere Pubbliche approvato con D.M. n. 145 del 19 aprile 2000).

Il D.P.R. 207/2010 e, prima di esso, il D.M. 145/2000 hanno fissato una puntuale tempistica per il pagamento degli acconti e della rata di saldo maturati nell'esecuzione dei lavori pubblici, disponendo altresì in ordine all'entità degli interessi da corrispondere in caso di ritardato pagamento (cfr. artt. 143 - 144 D.P.R. 207/2010 nonché artt. 29 - 30 D.M. 145/2000).

Nel dettaglio, è previsto che, una volta maturato 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 trenta giorni successivi.

Ove il certificato venga emesso oltre i quarantacinque giorni suddetti, vanno riconosciuti all'appaltatore gli interessi corrispettivi al tasso legale sulle somme dovute. Se il ritardo supera i sessanta giorni, dovranno essere corrisposti dal giorno successivo gli interessi moratori.

Qualora il pagamento sia effettuato oltre i trenta giorni dalla data di emissione del certificato, gli interessi legali scattano dal giorno successivo fino al sessantesimo giorno di ritardo, data a partire dalla quale sono dovuti gli interessi di mora.

Per quanto concerne il pagamento della rata di saldo si prevede, invece, un termine di novanta giorni successivi all'emissione del

certificato di collaudo provvisorio ovvero del certificato di regolare esecuzione. Qualora il pagamento non intervenga entro il termine anzidetto, sono dovuti gli interessi legali. Ove il ritardo superi i sessanta giorni, incominciano a computarsi gli interessi moratori.

Il saggio degli interessi di mora applicabile ai ritardati pagamenti afferenti ai lavori pubblici è annualmente determinato con apposito decreto ministeriale, ed è comprensivo del maggior danno ai sensi dell'art. 1224, comma 2, del Codice Civile.

2.3. Il recepimento della nuova direttiva 2011/7/UE

Infine, occorre evidenziare che, con l'approvazione definitiva da parte del Parlamento del disegno di legge recante "*Norme per la tutela della libertà di impresa. Statuto delle imprese*" – intervenuta in data 3 novembre 2011 – è stata conferita al Governo la delega legislativa ad attuare il recepimento della nuova direttiva europea 2011/7/UE in materia di contrasto ai ritardati pagamenti.

In forza di tale delega, il Governo adotterà, entro il termine di 12 mesi dall'entrata in vigore della legge, un decreto legislativo finalizzato ad aggiornare il D.Lgs. 231/2002 alle nuove disposizioni comunitarie.

La legge di delega ha anche dettato, in proposito, due criteri direttivi cui il Governo dovrà attenersi nel dare recepimento alla direttiva:

- contrastare gli effetti negativi della posizione dominante di imprese sui propri fornitori o sulle imprese subcommittenti, in particolare nel caso in cui si tratti di micro, piccole e medie imprese;
- prevedere la possibilità che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato proceda ad indagini e interventi in prima istanza (diffide e sanzioni) per contrastare comportamenti illeciti messi in atto da grandi imprese.

In merito all'entrata in vigore della legge di delega, al momento della

redazione del presente elaborato si è ancora in attesa della pubblicazione della stessa sulla G.U.R.I. (pubblicazione che, in ogni caso, dovrebbe intervenire in tempi ragionevolmente brevi).

3. Patti in deroga alle disposizioni del D.Lgs. 231/2002 e potere del giudice di dichiararne d'ufficio la nullità

Come si è visto al paragrafo che precede, il termine per effettuare il pagamento e il saggio degli interessi moratori nelle transazioni commerciali afferenti agli appalti di servizi e di forniture sono stati fissati normativamente dal D.Lgs. 231/2002.

La disposizione in commento, tuttavia, non ha affatto escluso la rilevanza dell'autonomia negoziale dei contraenti, postulando espressamente la possibilità che intervengano accordi derogatori rispetto ai parametri sanciti a livello legislativo. Ciò consente alle parti di pattuire liberamente un termine di adempimento maggiore di quello legale, ovvero di incidere sulle conseguenze del ritardato pagamento modificando il tasso degli interessi da applicare.

A tutela della parte creditrice, il legislatore del D.Lgs. 231/2002 ha posto dei limiti alla validità di tali accordi in deroga. In particolare, è previsto che *“L'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento, e' nullo se, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente iniquo in danno del creditore”* (art. 7, comma 1).

Ciò consente pertanto al giudice, ove investito della questione su iniziativa del creditore insoddisfatto, di rilevare il carattere nullo della clausola pattizia derogatoria, a condizione che sia possibile ravvisare in essa i connotati di una grave iniquità. In tal caso, il giudice potrà disporre che tra le parti debbano essere applicati i termini legali, ovvero ricondurre ad equità il contenuto dell'accordo.

L'art. 7, comma 2, del D.Lgs. 231/2002 esemplifica due ipotesi di accordi da considerarsi gravemente iniqui:

- l'accordo che *“senza essere giustificato da ragioni oggettive, abbia come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore”*;
- l'accordo con il quale *“l'appaltatore o il subfornitore principale imponga ai propri fornitori o subfornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi”*.

Nel primo caso, lo scopo perseguito dal legislatore è quello di sanzionare il comportamento scorretto del debitore che, sulla base di un calcolo utilitaristico (basato sulla comparazione tra i vantaggi di una maggiore liquidità ed il costo rappresentato dalle conseguenze del ritardato pagamento), crei, attraverso la clausola derogatoria, le condizioni per avvantaggiarsi del mancato puntuale pagamento del creditore.

La nullità dell'accordo dichiarata dal giudice va, in tale ipotesi, a ripristinare le conseguenze legali del ritardato pagamento, in modo da rendere più costosa (e dunque meno conveniente) la mora del debitore, sì da ripristinare l'efficacia deterrente delle conseguenze sanzionatorie previste dalla legge.

Il secondo caso riguarda invece la tutela dei contraenti più deboli della filiera dell'appalto, i quali sono particolarmente esposti alla posizione “dominante” dell'appaltatore principale, che lo agevola nell'imposizione di clausole derogatorie connotate da particolare squilibrio sinallagmatico.

Altri limiti alla validità delle clausole derogatorie sono stati ricavati in via interpretativa. Ad esempio, si ritiene che le parti non possano pattuire di rimuovere in radice il termine di pagamento. Una simile

esclusione impedirebbe infatti *sine die* il verificarsi delle conseguenze sanzionatorie del ritardato pagamento, eliminando quell'efficacia dissuasiva che la normativa comunitaria e nazionale perseguono.

Deve poi considerarsi che la legittimazione attiva a domandare l'accertamento dell'invalidità della pattuizione derogatoria non riguarda solamente la parte creditrice, ma si estende anche ad enti esponenziali rappresentativi di interessi collettivi. Infatti, è previsto che *“le associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL), prevalentemente in rappresentanza delle piccole e medie imprese di tutti i settori produttivi e degli artigiani”*, siano legittimate ad agire richiedendo al giudice competente di accertare la grave iniquità di condizioni generali contrattuali concernenti i termini del pagamento o le conseguenze del relativo ritardo.

Il D.Lgs. 231/2002 ha così apprestato due momenti di tutela del credito, l'uno riferito alle associazioni di categoria (che possono domandare l'inibizione dell'uso di clausole derogatorie contenute in condizioni generali di contratto che risultino lesive di interessi collettivi) e l'altro afferente al creditore direttamente danneggiato (che può domandare al giudice di accertare la nullità di una clausola iniqua, ancorché scaturita da una trattativa intercorsa con il debitore).

4. L'individuazione unilaterale, da parte della P.A., di termini di pagamento superiori a quelli previsti dal D.Lgs. 231/2002

Alla luce di quanto ripercorso ai precedenti paragrafi è possibile osservare come l'attuale disciplina in materia di ritardato pagamento dei crediti della Pubblica Amministrazione corra su un doppio binario: da un lato, le norme a tutela delle posizioni attive derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici di servizi e forniture (2.1), dall'altro quelle afferenti ai contratti di lavori pubblici (2.2). In merito a quest'ultima tipologia di contratti, è sempre stato pacifico che le

disposizioni dettate sui termini di pagamento e gli interessi da ritardo non fossero suscettibili di deroghe in danno dell'appaltatore. Ciò in quanto già il D.M. 145/2000 prevedeva espressamente che i capitolati speciali e i contratti potevano stabilire termini di pagamento solamente "inferiori" a quelli normativamente prescritti, e dunque più favorevoli per il contraente privato (in tal senso disponeva l'art. 29, comma 3, del D.M. 145/2000; la prescrizione è oggi ribadita dall'art. 143, comma 3, D.P.R. 207/2010).

Pertanto, è evidente come la problematica che ruota intorno all'individuazione unilaterale, da parte della P.A., di termini di pagamento derogatori di quelli legislativamente prescritti, rimanga circoscritta nell'ambito degli appalti pubblici di servizi e di forniture. In tale settore, infatti, non esiste (ancora) una norma che vieti in ogni caso l'introduzione di condizioni di pagamento più svantaggiose di quelle normativamente prescritte. Anzi, come si è visto innanzi (par. 3), lo stesso D.Lgs. 231/2002 ammette, a certe condizioni, la possibilità di concludere patti in deroga ai termini di pagamento stabiliti a livello legislativo, sancendo la nullità o la riduzione ad equità dei soli accordi risultanti "*gravemente iniqui per il creditore*". In tale contesto, è perciò invalsa la prassi, nelle amministrazioni appaltanti, di introdurre clausole della *lex specialis* che – postulando la derogabilità degli indici normativi segnati dal D.Lgs. 231/2002 – prevedano termini di pagamento maggiori e/o tassi di interesse meno soddisfattivi di quelli di legge.

Quanto al contenuto delle clausole derogatorie inserite nei bandi, la casistica può riassumersi in tre distinte tipologie.

A. Anzitutto, vengono in rilievo le clausole che si presentano come prescrizioni intese ad imporre termini derogatori stabiliti unilateralmente dalla P.A., a volte accompagnate dalla richiesta, rivolta ai concorrenti, di presentare una dichiarazione di accettazione dietro espressa comminatoria di esclusione dalla gara.

B. Vi sono, poi, clausole di gara derogatorie rispetto alla normativa sui ritardati pagamenti che hanno assunto la forma di criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (criteri intesi a misurare – appunto – la convenienza dell'offerta presentata dal concorrente proprio sotto il profilo della proposta di condizioni di pagamento più favorevoli per la P.A. precedente).

C. Infine le disposizioni del bando derogatorie del D.Lgs. 231/2002 assumono, a volte, anche la forma di una clausola con la quale la P.A. formula riserva di concordare, in sede di stipula del contratto, condizioni di pagamento derogatorie, non esplicitate al momento della gara.

La differenza tra le due ipotesi *sub a)* e *b)* è abbastanza chiara: nel primo caso, l'accettazione (espressa o tacita) di termini di pagamento derogatori assurge a condizione di partecipazione alla gara; nel secondo, l'offerta di condizioni derogatorie più vantaggiose per la P.A. assume i connotati di una proposta negoziale del concorrente, premiata con una più generosa attribuzione di punteggio e, dunque, favorita nelle *chance* di aggiudicazione della commessa.

In entrambi i casi, tuttavia, l'esito è il medesimo, cioè quello di conformare la procedura di gara all'esigenza di acquisire dall'offerente una espressa manifestazione di volontà (o almeno l'acquiescenza) a derogare, in favore della P.A. precedente, alle normali condizioni di pagamento sancite dal D.Lgs. 231/2002.

La terza tipologia di clausola (*c*) appare, invece, più ambigua nel perseguire la medesima finalità, in quanto non determina alcuna ricaduta immediata e diretta sulla procedura di gara, ma implica la consapevolezza dell'aggiudicatario in merito alla necessità di trattare con la P.A. le condizioni di pagamento del contratto, lasciando al contempo un notevole margine di incertezza in merito alle

conseguenze che potrebbero verificarsi nel caso in cui, in sede di stipulazione, un accordo su tali condizioni non dovesse essere raggiunto.

La descritta prassi dell'introduzione delle clausole derogatorie nei bandi di gara è stata avallata anche in ragione di quanto dedotto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato con la circolare del n. 6 del 4 febbraio 2003. Tale circolare, indirizzata ai responsabili dell'attività contrattuale di ciascuna P.A., ed intesa a fornire interpretazione delle disposizioni del D.Lgs. 231/2002, evidenziava infatti come l'art. 4 comma 4, della disposizione ammettesse la possibilità di negoziare con l'altro contraente termini di pagamento maggiori e tassi di interesse diversi da quelli stabiliti nel medesimo D.Lgs. 231/2002. L'unico limite a tale possibilità veniva rilevato nell'obbligo di dover comunque rispettare – nella deroga – un adeguato equilibrio sinallagmatico, e ciò al fine di scongiurare la possibilità che le relative clausole potessero integrare gli estremi della nullità di cui all'art. 7 del D.Lgs. cit.

Pertanto, nella circolare in rassegna, ai responsabili dell'attività negoziale veniva raccomandato di valutare *“l'opportunità di prevedere nel bando di gara, ovvero di negoziare, condizioni diverse da quelle legali, salvaguardando il rispetto del sinallagma, la sostanziale "par condicio" fra le parti e le esigenze di carattere organizzativo dell'Amministrazione debitrice”*.

Le indicazioni recate dalla predetta circolare avevano dunque certamente favorito e (forse) legittimato la prassi di introdurre unilateralmente, nei bandi di gara, clausole di deroga alle condizioni di legge (*sub specie* sia di termini di pagamento più prolungati, sia di interesse moratori meno soddisfatti).

Non può poi mancarsi di rilevare come anche la giurisprudenza

amministrativa abbia avallato clausole della *lex specialis* di gara derogatorie dei termini di pagamento fissati dal D.Lgs. 231/2002. Anche in tempi piuttosto recenti, ad esempio, è stato affermato come: *“in relazione alla specifica clausola relativa alle condizioni di pagamento, i bandi di gara, valutati in ottica strettamente contrattuale funzionale alla disciplina in applicazione, per la loro naturale complessità ben possano o prefigurare la specifica regolamentazione contrattuale ovvero sollecitare l’offerta del concorrente: l’amministrazione potrà limitarsi a individuare una regolamentazione dei tempi e modi di pagamento (in questo modo costruendo una sorta di condizione generale di contratto cui la controparte partecipando aderisce) ovvero potrà, proprio sullo specifico profilo dei tempi e modi di pagamento, ed esattamente come normalmente avviene per il prezzo, invitare il concorrente a formulare, sulla base di individuati e legittimi parametri, un’offerta secondo lo schema dell’invito ad offrire”* (cfr. statuizione del TAR Piemonte, Sez. I, n. 2346 del 5.5.2010).

A tali conclusioni il Giudice Amministrativo è pervenuto proprio rilevando che non sussiste – in base al dettato del D.Lgs. 231/2002 – un’assoluta incompatibilità tra la predefinizione unilaterale di clausole contrattuali e la loro strutturazione in deroga ai tempi ed ai modi di pagamento previsti, purché tale deroga avvenga in aderenza al dettato dell’art. 7 del D.Lgs. cit. (cioè non integri condizioni che risultino gravemente inique per il creditore).

Del resto - questo il ragionamento del TAR Piemonte - *“qualora il legislatore avesse, invece, inteso stabilire che le condizioni unilaterali ex se, ed in quanto sintomatiche di una posizione di forza del contraente che le predispone, non possano mai derogare al criterio legale, coerentemente avrebbe dovuto prevedere che le associazioni di categoria, in sede di sindacato preventivo delle stesse, ne potessero chiedere semplicemente la declaratoria di nullità per il solo fatto di essere predisposte unilateralmente; non avrebbe avuto significato il*

richiamo ai parametri di cui all'art. 7, che introduce un sindacato di equità dall'esito non scontato, sicché anche la clausola in deroga, se conforme a legge, potrebbe risultare valida. Presupposto imprescindibile del sindacato di equità è infatti che la clausola non sia ex se vietata ma possa risultare legittima o illegittima all'esito della valutazione di merito". Pertanto, "la clausola unilateralmente predisposta potrà, per contro, legittimamente derogare alla normativa qualora resti aderente al dettato normativo che la legittima, se giustificata da ragioni oggettive che contemplino la "corretta prassi commerciale", ovvero la "natura della merce o dei servizi" la "condizione dei contraenti e i rapporti commerciali tra i medesimi".

Nel senso della legittimità di clausole del bando intese ad assicurare tempi e modi di pagamento dell'appalto più favorevoli per la P.A. si è espressa, del resto, anche la Corte dei Conti. Infatti: *"prescrizioni di cui al decreto legislativo n.231 del 2002, dirette a sanzionare i ritardi nei pagamenti relativi a forniture e servizi, consentono comunque alle amministrazioni committenti di selezionare i contraenti tenendo anche conto della propria tempistica nei pagamenti. L'art.4 del decreto legislativo n.231 del 2002, infatti, prevede che "Le parti, nella propria libertà contrattuale, possono stabilire un termine superiore rispetto a quello legale". Analogamente, con riferimento al saggio degli interessi, il successivo art.5 ammette deroghe in virtù di un "diverso accordo tra le parti". ... Le amministrazioni committenti, pertanto, a seconda della disponibilità di liquidità, potranno assegnare al termine di pagamento ed al saggio di interesse richiesto dall'aspirante aggiudicatario un adeguato punteggio. Maggiore punteggio, ovviamente, dovrà riconoscersi alle imprese che accettino termini più dilatati e saggi di interessi inferiori rispetto a quelli previsti dal d.lgs. n.231 del 2002, appropriatamente definiti dalla dottrina come a carattere "sanzionatorio" per la loro consistenza. Attraverso tali accorgimenti le amministrazioni committenti potranno evitare di essere esposte ai brevi termini di legge di pagamento, senza incorrere in censure atteso che le suddette condizioni non sarebbero*

imposte unilateralmente ma negoziate con l'impresa aggiudicataria" (così: Corte dei Conti - Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 9 del 12.4.2010).

Anche la giurisprudenza (amministrativa e contabile) ha quindi concorso a consolidare la prassi dell'inclusione, nei bandi di gara, di clausole della *lex specialis* derogatorie dei termini legali di pagamento.

5. La giurisprudenza recente e la determinazione dell'AVCP n. 4 del 7 luglio 2010

In merito all'operatività della vigente normativa sui ritardati pagamenti nel settore delle commesse pubbliche è recentemente intervenuta l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, che ha avviato un'indagine conoscitiva a seguito di diverse segnalazioni che evidenziavano come presso talune amministrazioni appaltanti fosse invalsa la prassi di individuare unilateralmente – nella *lex specialis* di gara o nell'ambito del contratto d'appalto - termini di pagamento e tassi di interesse derogatori rispetto a quelli previsti dal citato D.Lgs. 231/2002, in danno del contraente privato.

L'Autorità ha rilevato in ciò una erronea o difforme applicazione, da parte della P.A., delle disposizioni in esame e, quindi, con la Determinazione del n. 4 del 7 luglio 2010 (pubblicata in G.U.R.I. n. 174 del 28 luglio 2010) ha opportunamente osservato come le stazioni appaltanti siano obbligate ad attenersi, nella redazione dei documenti di gara e dei documenti contrattuali attinenti ai contratti pubblici di servizi e forniture, alle disposizioni previste dal D.Lgs. 231/2002 con riguardo ai termini di pagamento, alla decorrenza degli interessi moratori ed al saggio di interessi applicabile in caso di ritardo.

Non è tutto, l'Autorità ha altresì censurato l'illegittimità dell'operato di quelle amministrazioni che avevano incluso la richiesta di termini di pagamento in deroga al D.Lgs. 231/2002 tra gli elementi di

valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (premiando, così, con maggiore punteggio, il concorrente che avesse proposto tempi di pagamento più lunghi di quelli normativamente previsti, o saggi di interesse inferiori a quelli di legge).

Del tutto condivisibilmente, pertanto, l'Autorità di Vigilanza è intervenuta per sanzionare tale discutibile prassi, che va ad aggravare – con effetti disastrosi nell'attuale congiuntura economica - la situazione delle micro, piccole e medie imprese. Deve al riguardo evidenziarsi come la natura imperativa (e dunque non derogabile) delle prescrizioni recate dal D.Lgs. 231/2002 sia stata posta in rilievo anche dalla Giurisprudenza Amministrativa (alla quale la citata Determinazione dell'Autorità di Vigilanza si ispira espressamente).

Sul presupposto che tali norme rappresentino diretta emanazione della direttiva comunitaria 2000/35/CE, infatti, il Consiglio di Stato si è risolto ad affermare l'invalidità di clausole del bando e del conseguente contratto che prevedano termini di pagamento e tassi di interesse difforni rispetto a quanto sancito dagli artt. 4 e 5 del D.Lgs. 231/2002.

In particolare, la Sezione IV del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 469 del 2.2.2010, si è pronunciata osservando che: *“L'amministrazione pubblica ... non ha il potere di stabilire unilateralmente le conseguenze del proprio stesso inadempimento contrattuale (come gli interessi moratori o le conseguenze del ritardato pagamento) né potrebbe subordinare la possibilità di partecipare alle gare alla accettazione di clausole aventi simili contenuti, se non a costo di ricadere sotto le sanzioni di invalidità, per iniquità, vessatorietà, mancanza di specifica approvazione a seguito di trattative, sanzioni sopra descritte (in tal senso, Consiglio Stato, V, 30 agosto 2005, n.3892). 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 o dalla equità (articoli 1339, 1419, 1418 e 1374 del codice civile)”.

Così pronunciando, dunque, il Consiglio di Stato ha autorevolmente sancito l'invalidità di clausole del bando derogatorie dei termini e modi di pagamento previsti dal D.Lgs. 231/2002. Rimane da esaminare, però, il caso delle clausole con cui la stazione appaltante si limiti meramente a riservarsi la possibilità di concordare con l'aggiudicatario, in sede di stipula del contratto, condizioni di pagamento derogatorie rispetto a quelle di legge, senza prefigurarle nel bando. A tale riguardo, appare opportuno richiamare quanto affermato dalla già citata pronuncia del TAR Piemonte, Sez. I, n. 2346/2010. Quest'ultima, infatti, se da un lato ha avallato in via generale la possibilità per la P.A. di derogare alle disposizione del D.Lgs. 231/2002, ha anche dall'altro esplicitato puntuali limiti a tale facoltà, che riguardano proprio le clausole di che trattasi. Infatti, la richiamata pronuncia del TAR aveva ad oggetto una clausola del seguente tenore: *“L'amministrazione si riserva di stabilire, in accordo con l'aggiudicatario provvisorio, i termini di pagamento ed il saggio di interessi di mora, in caso di ritardato pagamento, in sede di stipulazione del contratto. Tale accordo, ai sensi dell'art. 7 co. 1 del d.lgs. n. 231/2002, avrà riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura del servizio oggetto del contratto, ai flussi finanziari di cassa in entrata a disposizione di questa azienda, ai tempi tecnici strettamente necessari alle verifiche dell'esistenza del debito”.*

Ebbene, il TAR ha osservato che, formulata in questi termini, la *lex specialis* di gara appare perplessa e lacunosa, avendo lasciato sostanzialmente “in bianco” un elemento essenziale del contratto. Ciò proprio in quanto, in base al tenore letterale della clausola, non

risultano chiare le conseguenze che si verificherebbero ove un accordo tra stazione appaltante ed aggiudicatario non venisse raggiunto (non essendo affatto scontato, in specie, che, in mancanza di successivo accordo, dovessero applicarsi i termini di legge, e dandosi anzi per scontata la necessità della deroga contrattuale). Si è reso così impossibile, per il concorrente, non solo valutare la convenienza economica del contratto, ma anche prefigurarne a priori il contenuto complessivo. Ciò in violazione dell'art. 64 del D.Lgs. n. 163/2006 che sancisce espressamente che il bando di gara deve contenere le informazioni di cui all'allegato IX A del Codice dei Contratti, ivi incluse quindi quelle relative a: *“Modalità essenziali di finanziamento e di pagamento e/o riferimenti alle disposizioni in materia”*.

Nel caso in esame, pertanto, il TAR Piemonte ha concluso disponendo la riduzione ad equità della clausola *de qua* in applicazione dell'art. 7 del D.Lgs. 231/2002, modificandola in modo tale da esplicitare che, in mancanza di successivo accordo tra stazione appaltante ed aggiudicatario in sede di stipula del contratto d'appalto, dovranno senz'altro trovare applicazione i termini di legge.

In base a tale orientamento, quindi, le stazioni appaltanti non possono prefigurare la possibilità che, in sede di stipulazione del contratto, intervenga una deroga pattizia ai termini legali di pagamento, senza rendere pubbliche, già nel bando, le condizioni di tale deroga, e senza specificare che, in caso di mancato accordo con il contraente privato, dovranno operare le condizioni di pagamento sancite a livello legislativo.

Il conferimento di adeguata pubblicità alle condizioni di deroga, del resto, appare un adempimento necessario anche per consentire un'immediata verifica della legittimità dell'accordo che si va a prefigurare, da parte non solo del contraente privato, ma anche delle associazioni di categoria che pure, ai sensi dell'art. 8 del D.Lgs. 231/2002, hanno titolo per impugnare il bando e far accertare dal

Giudice Amministrativo eventuali iniquità delle condizioni negoziali concernenti il pagamento delle transazioni commerciali imposte dalla P.A.

Va altresì osservato che le indicazioni fornite dal TAR per il Piemonte con la pronuncia in esame sono state superate – in senso ancor più favorevole per le imprese appaltatrici – dal Consiglio di Stato in sede di appello. Infatti, con la recente statuizione della Sez. V, n. 1728/2011, il Consiglio di Stato ha non solo ribadito che l'individuazione delle modalità di pagamento, o dei parametri atti a determinarle, costituisce un elemento essenziale del bando ai sensi dell'art. 64 e dell'allegato IX A al D.Lgs. 163/2006, ma ha finanche rilevato che *“la disposta parziale modifica della clausola che espliciti che, in mancanza di successivo accordo, troveranno applicazione i termini di legge, appare in contrasto sia con la ratio della direttiva comunitaria recepita dal D.Lgs. n. 231/2002 che con i principi di cui al D. Lgs. n. 163/2006, in particolare con quelli fissati dagli artt. 2, 11, 63 e 64 del medesimo D.Lgs., in base ai quali l'intento della P.A. di proporre un accordo in deroga deve essere reso pubblico già con il bando e la lex specialis, e non successivamente, al momento della stipula del contratto, perché possa essere subito consentita alle parti, alle Associazioni di cui all'art. 8 del D. Lgs. n. 231/2002 ed al Giudice la verifica della sua legittimità”*.

Insomma, alla P.A. sarebbe radicalmente precluso di preconizzare nel bando la possibilità di una deroga ai termini di pagamento previsti dal D.Lgs. 231/2002 da attuare *ex post* in sede di stipulazione del contratto, e ciò anche nell'ipotesi in cui la clausola prevedesse espressamente che, in difetto di accordo, dovranno comunque applicarsi i termini di legge.

Vi è da sottolineare, però, che tale pronuncia del Consiglio di Stato (diversamente dalla già citata sentenza della Sez. IV n. 469/2010), non sembra affermare una radicale inderogabilità dei tempi e dei modi di

pagamento sanciti dal D.Lgs. 231/2002, lasciando così aperta la astratta possibilità che, ove le condizioni di pagamento derogatorie vengano chiaramente individuate in sede di bando, ed ove non configurino le caratteristiche di un accordo iniquo ai sensi dell'art. 7 D.Lgs. 231/2002, le stesse possano ritenersi legittime.

6. Considerazioni conclusive

Dal quadro innanzi delineato si ricava che gli indirizzi giurisprudenziali in merito alla prassi dell'introduzione, nei bandi di gara, di clausole derogatorie dei termini legali di pagamento, si sono fortemente evoluti in senso favorevole alla tutela dei contraenti privati, ma non appaiono ancora consolidati nell'affermare una sicura inderogabilità delle disposizioni del D.Lgs. 231/2002.

Donde l'opportunità che un chiarimento in tal senso promani dalla sede legislativa, al fine di tacitare ogni profilo di incertezza al riguardo ed imporre alle pubbliche amministrazioni di conformare il proprio operato a condizioni normative finalmente imperative.

A tal riguardo, si deve rimarcare come l'applicabilità delle disposizioni recate dal D.Lgs. 231/2002 ai contratti pubblici di servizi e forniture sia stata da ultimo ribadita anche dal nuovo Regolamento di Attuazione del Codice dei Contratti Pubblici (D.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010, entrato in vigore l'8 giugno 2011), il cui art. 307, comma 2, sancisce che: *“I pagamenti sono disposti nel termine indicato dal contratto ... Nel caso di ritardato pagamento resto fermo quanto previsto dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231”*.

Il rinvio così operato dal Regolamento potrebbe apparire pleonastico, essendo pacifica l'applicabilità del D.Lgs. 231/2002 agli appalti pubblici di servizi e forniture. Tuttavia, è probabile che il ribadito richiamo alle previsioni del D.Lgs. 231/2002 *“in caso di ritardato pagamento”* vada inteso proprio quale affermazione

dell'antigiuridicità delle clausole, inserite nei bandi e nei contratti, intese a derogare al tasso degli interessi moratori previsti dal legislatore.

Quanto ai termini di pagamento, però, il D.P.R. 207/2010 rimane ambiguo, rinviando la definizione degli stessi al contratto senza esplicitare l'esistenza di un divieto di deroga in danno dell'appaltatore privato.

Nell'ambito degli scenari futuri, va poi considerata la possibilità che l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, in sede di emanazione dei c.d. "bandi tipo" da adottare ai sensi dell'art. 64, comma 4-bis, del D.Lgs. 163/2006 (comma introdotto dal recente D.L. Sviluppo n. 70/2011), si risolva ad adottare modelli di *lex specialis* contenenti una clausola di rinvio espresso al rispetto dei termini di pagamento stabiliti normativamente, in coerenza con quanto dalla stessa Autorità affermato nella citata determinazione n. 4/2010.

Si tratterebbe, però, di una soluzione non del tutto soddisfacente, atteso che le stazioni appaltanti non sono obbligate all'utilizzo dei bandi-tipo, potendo derogarvi a condizione di esplicitare, nella delibera a contrarre, le motivazioni a fondamento della scelta adottata.

Altro argine alle deroghe imposte dalla P.A. alle condizioni di pagamento è possibile che vada a configurarsi attraverso il c.d. principio di tassatività delle cause di esclusione, sancito dall'art. 46, comma 1-bis, del D.Lgs. 163/2006 (anch'esso introdotto dal recente D.L. 70/2011).

La disposizione in questione prevede, infatti, che la stazione appaltante possa disporre l'esclusione dei concorrenti dalla gara solamente "*in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti*", disponendo al contempo la nullità di "*ulteriori prescrizioni a*

pena di esclusione". Tale previsione, quindi, dovrebbe almeno consentire di limitare la possibilità per la P.A. di inserire, nella *lex specialis* di gara, clausole che impongano, a pena di esclusione, di accettare condizioni di pagamento difformi da quelle previste dalle disposizioni di legge vigenti. Ma il momento decisivo – per sancire il divieto di clausole derogatorie nei rapporti con la P.A. - sarà probabilmente quello del recepimento della nuova direttiva 2011/7/UE (recepimento che, come già osservato, dovrà intervenire nell'arco di circa un anno in forza della delega legislativa contenuta nel nuovo Statuto delle imprese). Infatti, mentre la precedente direttiva 2000/35/CE consentiva la deroga pattizia del termine di pagamento ammettendo, in astratto, la possibilità di qualunque dilazione, con l'unico limite – da valutare caso per caso – di un accordo che risulti "gravemente iniquo per il creditore", l'art. 4, comma 6, della nuova direttiva impone agli Stati membri di assicurare che "*il periodo di pagamento stabilito nel contratto non superi il termine di cui al paragrafo 3 [trenta giorni], se non diversamente concordato espressamente nel contratto e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche, e non superi comunque sessanta giorni di calendario*".

In tal modo sembra essere stato (finalmente) imposto un limite insuperabile alla derogabilità dei termini di pagamento sanciti a livello normativo.