

L'applicabilità del D. Lgs. 231/2002 ai lavori (pubblici e privati) e le ripercussioni sulla disciplina di settore (D. Lgs. 163/2006 e DPR 207/2010)

Vicenza – 28 febbraio 2013

Roberto Travaglini – Confindustria Vicenza



CONFINDUSTRIA VICENZA
Associazione Industriali della Provincia di Vicenza



La “questione” nella direttiva 2000/35/CE

La nozione di *transazione commerciale* (“contratto che comporta la *consegna di merci* o la *prestazione di servizi*, contro pagamento di un prezzo”) ha indotto i più a ritenere escluso dall’ambito oggettivo della direttiva il settore edile e quelli (impiantistica, prefabbricazione in c.a., in carpenteria, ecc.) che, quando non operano in proprio, agiscono su committenza di terzi, in esecuzione di contratti di appalto o di subappalto.

In Italia l’esclusione si è basata sulla definizione di *contratto di appalto* art. 1655 c.c.), che ha per oggetto, alternativamente, il “*compimento di un’opera* o di un servizio”.

L’alternatività tra l’*opera immobiliare* ed il servizio, porterebbe ad escludere il contratto d’appalto di opera immobiliare (tipico del settore edile e di quelli collegati) dall’ambito di applicazione della direttiva.



La “questione” nella direttiva 2000/35/CE

Nel comparto dei lavori pubblici, alla stessa conclusione negativa giunge l’Autorità per la Vigilanza (**determinazione 5/2002**), per la quale *“la direttiva non è però direttamente applicabile ... dato che ... per transazioni commerciali si intendono i contratti che comportano la consegna di merci o la prestazione di servizi contro pagamento di un prezzo”*.

Secondo l’AVCP la *“portata semantica”* dell’espressione non consentirebbe un’interpretazione estensiva tale da ricomprendere anche l’appalto di lavori pubblici, mentre non sarebbe corretta un’interpretazione estensiva, che finirebbe per colmare interpretativamente una vera e propria lacuna dell’ordinamento comunitario.

Conseguentemente, **l’AVCP considera soggetti alla direttiva 2000/35/CE solo gli appalti pubblici di forniture e gli appalti pubblici di servizi.**



La “questione” nella direttiva 2000/35/CE

L'errore della tesi “restrittiva”: le espressioni adoperate nella direttiva sono interpretate secondo il significato loro proprio nell'ordinamento interno, e non secondo la loro accezione comunitaria.

La nozione di “**servizi**” è presente nel Trattato sul funzionamento dell'UE (art. 57 – ex art. 50 TCE): “*sono considerate come **servizi** le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle **merci**, dei **capitali** e delle **persone**”.*

La libera circolazione delle merci, dei servizi, dei capitali e delle persone è la condizione fondante del “**mercato interno**”, alla cui instaurazione e funzionamento è diretta la politica dell'Unione (e, prima, della Comunità) Europea.



La “questione” nella direttiva 2000/35/CE

Tappe significative per la creazione di un “mercato interno” senza frontiere nazionali sono:

- la **direttiva 2006/123/CE (Bolkestein)**, relativa ai “**servizi nel mercato interno**” (recepita in Italia con il D.Lgs. 59/2010), che definisce servizio “*qualsiasi attività economica non salariata di cui all’art. 50 (ora 57) del trattato fornita normalmente dietro retribuzione*”
- le **direttive 77/388/CEE** per l’armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri in materia di IVA, e **2006/112/CE** relativa al sistema comune d’imposta sul valore aggiunto, che considerano assoggettate all’imposta “*le cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso all’interno del Paese da un soggetto passivo*”.

Per l’art. 3 del **DPR 633/1972** “*Costituiscono prestazioni di servizi le prestazioni verso corrispettivo dipendenti da contratti d’opera, appalto, trasporto, mandato, spedizione, agenzia, mediazione, deposito e in genere da obbligazioni di fare, di non fare e di permettere quale ne sia la fonte.*”



La “questione” nella direttiva 2000/35/CE

Ulteriore contraddizione della tesi “restrittiva”: nel definire l’ambito soggettivo della disciplina, la direttiva rinvia alle direttive 92/50/CEE (in materia di servizi), 93/36/CEE (forniture), **93/37/CEE (lavori)**, 93/38/CEE (lavori, servizi e forniture nei settori speciali – acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni).

Il richiamo espresso alla direttiva 93/37/CEE per la nozione di “amministrazione aggiudicatrice” non avrebbe alcun senso se il settore dei lavori pubblici fosse radicalmente sottratto alla disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Sarebbe, infatti, bastato il richiamo alle direttive concernenti gli appalti pubblici di forniture e quelli di servizi, unitamente alla direttiva “trasversale” sui settori speciali, accompagnata dalla precisazione che anche in quest’ultimo caso il richiamo valeva solo per forniture e servizi.



La “questionone” nel D. Lgs. 231/2002

Il problema dell'applicabilità della disciplina comunitaria sui ritardi nei pagamenti anche al settore edile e, più in particolare, a quello degli appalti pubblici, non viene affrontato espressamente dal D. Lgs. 231/2002, di recepimento della direttiva 2000/35/CE, nonostante un invito in tal senso da parte della Commissione IX della Camera dei deputati (seduta 24.07.2002).

Nella Relazione sullo schema di D. Lgs., predisposto dal Ministero della Giustizia, si legge che *“Non si è intervenuti sulla legislazione in materia di lavori pubblici, visto che la normativa europea disciplina esclusivamente i contratti aventi ad oggetto servizi e merci, così **recependosi l'avviso (27 marzo 2002, n. 5) espresso dall'Autorità Garante dei Lavori pubblici, che, peraltro, auspica l'omogeneizzazione della disciplina in esame agli standards comunitari. Tuttavia, il silenzio sul punto della norma di delega comporta la **necessità di demandare ad un apposito e successivo intervento l'omogeneizzazione delle due discipline**”.***



La “questione” nel D. Lgs. 231/2002

Durante la vigenza dell'originario D. Lgs. 231/2002 ci si è, nei fatti, allineati alla tesi dell'AVCP, che considerava applicabile la disciplina sui ritardati pagamenti ai soli appalti pubblici di forniture e di servizi, escludendola per gli **appalti di lavori pubblici**, per i quali dovevano applicarsi le disposizioni della Legge “Merloni” (**art. 26 L. 109/1994**) del relativo Regolamento (**art. 116 DPR 554/1999**) e del Capitolato Generale d'Appalto (**artt. 29-30 DM 145/2000**) e, una volta abrogate queste “fonti”, dalle corrispondenti norme del Codice dei contratti pubblici (**art. 133 D. Lgs. 163/2006**) e del relativo Regolamento (**artt. 141-144 DPR 207/2010**)(da ultimo, AVCP parere 21.03.2012, n. 50, Trib. Asti, ord. 16.08.2011).

Eccezione: Cass. civ. I, 29.07.2004, n. 14465, che considera non applicabile il D. Lgs. 231/2002 ad una concessione avente ad oggetto la realizzazione di un lavoro pubblico solo perché il relativo contratto è stato stipulato anteriormente all'8.08.2002 (entrata in vigore del D. Lgs.).



La “questione” nella direttiva 2011/7/UE

La nuova direttiva, tra l'altro:

- esplicita anche nel dettato normativo lo scopo perseguito (“*lottare contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, al fine di favorire il corretto funzionamento del **mercato interno**, favorendo in tal modo la **competitività delle imprese e in particolare delle PMI**”)*) (art. 1, par. 1);
- precisa che “*si applica ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale*” (art. 1. par. 2), con la possibilità per gli Stati membri di **escludere soltanto “i debiti che formano oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, comprese le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito”** (art. 1. par. 3);
- chiarisce 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**”* (11° considerando) → il “preambolo” delle direttive costituisce strumento per una loro interpretazione “autentica”.



La “questione” nel D. Lgs. 192/2012

Nell’attuare la direttiva 2011/7/UE, modificando il D. Lgs. 231/2002, **anche il nuovo provvedimento non richiama esplicitamente i contratti tipici dell’appalto di opera immobiliare (art. 1655 c.c.) e del relativo subappalto (art. 1656 c.c.), né gli appalti di lavori pubblici (e relativi subappalti)** di cui al Codice dei contratti pubblici ed al suo Regolamento di attuazione.

Giustificazione formale: l’11° considerando della direttiva usa il condizionale “*dovrebbero*”, il che non renderebbe necessitata l’estensione della disciplina sui ritardati pagamenti ai lavori di ingegneria civile ed ai lavori pubblici in particolare.

Obiezione: analogo condizionale “*dovrebbero*”/“*dovrebbe*” viene impiegato anche nei considerando 8° (transazione commerciale), 9° (natura di impresa privata, di impresa pubblica o di amministrazione pubblica del debitore del prezzo della transazione commerciale), 12° (periodo di pagamento e risarcimento dei costi di recupero del credito).



La “questione” nel D. Lgs. 192/2012

I “perché” di un recepimento “allargato” all’edilizia e ai lavori pubblici:

- ✓ i “*ritardi di pagamento influiscono negativamente sulla liquidità e complicano la gestione finanziaria delle imprese. Essi compromettono anche la loro competitività e redditività quando il creditore deve ricorrere ad un finanziamento esterno a causa di ritardi nei pagamenti. Il rischio di tali effetti negativi aumenta considerevolmente nei periodi di recessione economica, quando **il finanziamento diventa più difficile**” (3° considerando)*
- ✓ la direttiva “dovrebbe disciplinare tutte le transazioni commerciali”, comprese quelle che vedono come debitrici del prezzo le **pubbliche amministrazioni**, dato che a queste “*fa capo un **volume considerevole di pagamenti alle imprese**” (9° considerando);*
- ✓ la normativa “dovrebbe disciplinare anche tutte le transazioni commerciali tra gli appaltatori principali e i loro fornitori e subappaltatori” .

Non vi sono, quindi, motivazioni plausibili per un trattamento differenziato del settore edile (lavori pubblici e lavori privati).



La “questione” nel D. Lgs. 192/2012

Il D. Lgs. 192/2012 non ha espressamente abrogato le norme sul pagamento dei lavori pubblici e sulle conseguenze del relativo ritardo:

- art. 133 D. Lgs. 163/2006 (Termini adempimento, penali, adeguamento prezzi)
- art. 194 DPR 207/2010 (Stato di avanzamento lavori)
- art. 195 DPR 207/2010 (Certificato per pagamento di rate)
- art. 141 DPR 207/2010 (Pagamenti in acconto)
- art. 142 DPR 207/2010 (Ritardato pagamento)
- art. 143 DPR 207/2010 (Termini di pagamento degli acconti e del saldo)
- art. 144 DPR 207/2010 (Interessi per ritardato pagamento)

Che rapporto c'è tra la disciplina che ha fino ad ora disciplinato i lavori pubblici e le norme del D. Lgs. 231/2002 (in particolare: art. 4 “decorrenza degli interessi moratori”; art. 5 “saggio degli interessi”; art. 7 “nullità”)?



Il “rapporto” tra le due normative

Termine di redazione del SAL

Art. 194 DPR 207/2010 “1. Quando, in relazione alle modalità specificate nel contratto, si deve effettuare il pagamento di una rata di acconto, **il direttore dei lavori redige, nei termini specificati nel contratto, un SAL** nel quale sono riassunte tutte le lavorazioni e tutte le somministrazioni eseguite dal principio dell'appalto sino ad allora ...”.

Termine di verifica del SAL (emissione del certificato di pagamento)

Art. 195 DPR 207/2010 “1. Quando per l'ammontare delle lavorazioni e delle somministrazioni eseguite è dovuto il pagamento di una rata di acconto, **il RUP rilascia, nel più breve tempo possibile e comunque non oltre il termine stabilito dal contratto, apposito certificato compilato sulla base del SAL** presentato dal direttore dei lavori. Esso è inviato alla stazione appaltante in originale ed in due copie, per l'emissione del mandato di pagamento”.

Art. 143 DPR 207/2010 “1. **Il termine per l'emissione dei certificati di pagamento relativi agli acconti del corrispettivo di appalto non può superare i 45 giorni a decorrere dalla maturazione di ogni SAL a norma dell'articolo 194.**

3. I capitolati speciali e i contratti possono stabilire termini inferiori.”



Il “rapporto” tra le due normative

Ritardo nella emissione del certificato di pagamento

Art. 144 DPR 207/2010 “1. Qualora il certificato di pagamento delle rate di acconto non sia emesso entro il termine stabilito ai sensi dell'articolo 143 per causa imputabile alla stazione appaltante **spettano all'esecutore gli interessi corrispettivi al tasso legale sulle somme dovute, fino alla data di emissione di detto certificato. Qualora il ritardo nella emissione del certificato di pagamento superi i 60 giorni, dal giorno successivo sono dovuti gli interessi moratori.**”

Art. 4 D.Lgs. 231/2002 “1. Gli interessi moratori decorrono, senza che sia necessaria la costituzione in mora, dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento.

2. Salvo quanto previsto dai commi 3, 4 e 5, **ai fini della decorrenza degli interessi moratori si applicano i seguenti termini:**

d) **30 giorni dalla data dell'accettazione o della verifica** eventualmente 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”.

segue



Il “rapporto” tra le due normative

Ritardo nella emissione del certificato di pagamento

Art. 4 D.Lgs. 231/2002 “4. Nelle transazioni commerciali in cui il debitore e' una pubblica amministrazione **le parti possono pattuire, purché in modo espresso, un termine per il pagamento superiore a quello previsto dal comma 2**, quando ciò sia giustificato dalla natura o dall'oggetto del contratto o dalle circostanze esistenti al momento della sua conclusione. In ogni caso i termini di cui al comma 2 **non possono essere superiori a 60 giorni**. La clausola relativa al termine deve essere provata per iscritto.”

Termine di pagamento del SAL

Art. 143 DPR 207/2010 “Il termine per disporre il pagamento degli importi dovuti in base al certificato non può superare i **30 giorni** a decorrere **dalla data di emissione del certificato** stesso.”

Art. 4, c. 2, lett. d), D.Lgs. 231/2002 → 30 gg. dalla verifica di conformità, se la fattura o la richiesta equivalente di pagamento è ricevuta dalla Stazione appaltante anteriormente o contestualmente alla verifica (certificato del RUP).



Il “rapporto” tra le due normative

Ritardo nel pagamento del SAL

Art. 144 DPR 207/2010 “2. Qualora il pagamento della rata di acconto non sia effettuato entro il termine stabilito ai sensi dell'articolo 143 per causa imputabile alla stazione appaltante **spettano all'esecutore gli interessi corrispettivi al tasso legale sulle somme dovute. Qualora il ritardo nel pagamento superi i 60 giorni, dal giorno successivo e fino all'effettivo pagamento sono dovuti gli interessi moratori.**”

Art. 4 D.Lgs. 231/2002 “1. Gli interessi moratori decorrono, senza che sia necessaria la costituzione in mora, dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento.

2. Salvo quanto previsto dai commi 3, 4 e 5, **ai fini della decorrenza degli interessi moratori si applicano i seguenti termini:**

d) **30 giorni dalla data dell'accettazione o della verifica** eventualmente 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”.



Il “rapporto” tra le due normative

Termine di pagamento della rata di saldo

Art. 143 DPR 207/2010 “2. Il termine di pagamento della rata di saldo e di svincolo della garanzia fidejussoria non può superare i **90 giorni dall'emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione ai sensi dell'articolo 141, comma 9, del codice. Nel caso l'esecutore non abbia preventivamente presentato garanzia fidejussoria, il termine di 90 giorni decorre dalla presentazione della garanzia stessa.**

3. I capitolati speciali e i contratti possono stabilire termini inferiori.”

Art. 141 D.Lgs. 163/2006 “1. Il regolamento definisce le norme concernenti il termine entro il quale deve essere effettuato **il collaudo finale, che deve avere luogo non oltre 6 mesi dall'ultimazione dei lavori, salvi i casi, individuati dal regolamento, di particolare complessità dell'opera da collaudare, in cui il termine può essere elevato sino ad un anno.**

Nel caso di lavori di importo sino a 500.000 € il certificato di collaudo è sostituito da quello di regolare esecuzione; per i lavori di importo superiore, ma non eccedente il milione di €, è in facoltà del soggetto appaltante di sostituire il certificato di collaudo con quello di regolare esecuzione. **Il certificato di regolare esecuzione è comunque emesso non oltre 3 mesi dalla data di ultimazione lavori”**



Il “rapporto” tra le due normative

Ritardo nel pagamento della rata di saldo

Art. 144 DPR 207/2010 “3. Qualora il pagamento della rata di saldo non intervenga nel termine stabilito dall'articolo 143 per causa imputabile alla stazione appaltante, sono dovuti gli **interessi corrispettivi al tasso legale** sulle somme dovute; sono dovuti gli **interessi moratori qualora il ritardo superi i 60 giorni** dal termine stesso.”

Art. 4 D.Lgs. 231/2002 “1. Gli interessi moratori decorrono, senza che sia necessaria la costituzione in mora, dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento.

2. Salvo quanto previsto dai commi 3, 4 e 5, **ai fini della decorrenza degli interessi moratori si applicano i seguenti termini:**

d) **30 giorni dalla data** dell'accettazione o **della verifica** eventualmente 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”.



Il “rapporto” tra le due normative

Flessibilità o meno dei termini rilevanti per il pagamento

Art. 143, c. 3, del DPR 207/2010 *“I capitolati speciali e i contratti possono stabilire **termini inferiori**”* a quelli fissati nei commi precedenti (45 gg. dal SAL per l'emissione del certificato di pagamento; 30 gg. da quest'ultimo certificato per la effettiva disposizione/mandato di pagamento).

Art. 4 D.Lgs. 231/2002 *“4. Nelle transazioni commerciali in cui il debitore e' una pubblica amministrazione le parti possono pattuire, purché in modo espresso, un **termine per il pagamento superiore a quello previsto dal comma 2 (30 gg)**, quando ciò sia giustificato dalla natura o dall'oggetto del contratto o dalle circostanze esistenti al momento della sua conclusione. In ogni caso i termini di cui al comma 2 **non possono essere superiori a 60 giorni**. La clausola relativa al termine deve essere provata per iscritto.*

segue



Il “rapporto” tra le due normative

Flessibilità o meno dei termini rilevanti per il pagamento

Art. 4 D.Lgs. 231/2002 “5. I termini di cui al comma 2 sono raddoppiati (60 gg.):

a) per le imprese pubbliche che sono tenute al rispetto dei requisiti di trasparenza;

b) per gli enti pubblici che forniscono assistenza sanitaria e che siano stati debitamente riconosciuti a tale fine.

6. Quando e' prevista una procedura diretta ad accertare la conformità della merce o dei servizi al contratto essa non può avere una durata superiore a 30 giorni dalla data della consegna della merce o della prestazione del servizio, salvo che sia diversamente ed espressamente concordato dalle parti e previsto nella documentazione di gara e purché ciò non sia gravemente iniquo per il creditore ai sensi dell'articolo 7. L'accordo deve essere provato per iscritto.”



Le precisazioni del Vicepresidente della Commissione UE

Lettera al Presidente dell'ANCE (14.11.2012) *“Voglio confermarti che **la direttiva si applica a tutte le transazioni commerciali tra imprese e tra pubblica amministrazione e imprese, e che il suo campo di applicazione riguarda tutti i settori produttivi senza esclusioni incluso il settore edile. ... il legislatore europeo ha ora aggiunto nel preambolo della nuova direttiva un considerando che ... include anche la progettazione e l'esecuzione di opere e edifici pubblici, nonché i lavori di ingegneria civile.**”*

Lettera al Ministro dello Sviluppo Economico e delle Infrastrutture (11.12.2012) *“In occasione del recepimento della direttiva 2000/35/CE da parte dell'Italia vi furono alcuni dubbi interpretativi che portarono all'esclusione del settore edile dal campo di applicazione della stessa.*

Per ovviare a tali dubbi, il legislatore europeo ha ora aggiunto nel preambolo della nuova direttiva un considerando ...

L'esclusione del settore edile dal campo di applicazione della nuova direttiva così come gli altri rilievi di cui sopra rappresenterebbero serie lacune nel recepimento ..”



Le precisazioni del MISE e del MIT (nota 23.01.2013)

Con una nota congiunta, inviata alle Associazioni datoriali del settore edile, il Ministero dello Sviluppo Economico e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti forniscono il **critério guida per risolvere le antinomie** tra la disciplina degli appalti di lavori pubblici e quella dei ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali.

Si tratta del **critério di supremazia del diritto comunitario** e delle norme che lo recepiscono nell'ordinamento interno.

Conseguentemente *“le disposizioni dettate dal codice dei contratti pubblici e dal regolamento ..., relative ai termini di pagamento delle rate di acconto e di saldo nonché alla misura degli interessi da corrispondere in caso di ritardato pagamento, devono essere interpretate e chiarite alla luce delle **disposizioni del decreto legislativo 9.11.2012, n. 192**, ritenendosi **prevalenti** queste ultime **sulle disposizioni di settore confliggenti**, tenendo conto anche dell'espressa clausola di salvezza, secondo cui restano **'salve le vigenti disposizioni** del codice civile e **delle leggi speciali che contengono una disciplina più favorevole per il creditore'** (art. 11. co. 2, d.lgs. n. 231 del 2002)”*.

Problema → a norma dell'**art. 255 D.Lgs. 163/2006** *“Ogni intervento normativo incidente sul codice, o sulle materie dallo stesso disciplinate, va attuato mediante esplicita modifica”*.



La nota congiunta MISE-MIT del 23.01.2013

Fase procedura	Codice e Regolam. appalti	Termine	Interessi (tasso)	D. Lgs. 231/2002	Termine	Interessi (tasso)
Verifica SAL–certif. pagamento	art.143, c.1 1° periodo, DPR 207	45 giorni	legale (1-60 gg) moratorio>60gg (DM Economia)	art. 4, c.6 art 11,c.2	30 giorni prorogabili a 45	legale (1-60 gg) moratorio>60gg (DM Economia)
Pagamento SAL- mandato p.	art.143, c.1 2° periodo, DPR 207	30 giorni	legale (1-60 gg) moratorio>60gg	art. 4, c.2	30 giorni prorogabili a 60	BCE + 8% dal 1° giorno di ritardo
Certificato collaudo	art.141, c.1 D.Lgs. 163	6-12 mesi	–	art. 4, c.6	possibile >30 gg.	–
Cert. regol. esecuzione	art.141, c.3 D.Lgs. 163	3 mesi	–	art. 4, c.6	possibile >30 gg.	–
Pagamento rata di saldo – mandato p.	art.141, c.9 D.Lgs. 163 art.143, c.2 DPR 207	90 giorni	legale (1-60 gg) moratorio>60gg (DM Economia)	art. 4, c.2	30 giorni prorogabili a 60	BCE + 8% dal 1° giorno di ritardo



Confronto tra la nota MISE-MIT e la posizione dell'ANCE

Fase della procedura	Tesi del MISE-MIT	Tesi dell'ANCE
Emissione del certificato di pagamento	Direttiva e D.Lgs. 231 non prevedono interessi per ritardo, quindi si applica il DPR 207	Applicazione analogica della norma sugli interessi ex D.Lgs. 231
✓ termine per l'emissione	30 gg. prorogabili a 45 (art. 143, c.1, DPR 207) → art. 4, c. 6, D.Lgs. 231 (termine > 30gg. se previsto nella doc. di gara e concordato)	30 gg. inderogabili, perché l'aumento del termine è "gravemente iniquo" per l'appaltatore → art. 7 D.Lgs. 231
✓ interessi per il ritardo nell'emissione	Tasso legale → primi 60 gg. Tasso di mora (DM) > 60 gg.	Tasso BCE + 8% dal primo giorno di ritardo
Pagamento del SAL		.
✓ termine per il pagamento	30 gg. prorogabili a 60 → art. 4, c.4, D.Lgs. 231 (termine > 30gg. se pattuito espressamente e giustificato)	30 gg. inderogabili perché l'art. 143, c.2, DPR 207, è norma più favorevole per il creditore (art. 11, c.2, D.Lgs. 231)
✓ interessi per il ritardo nel pagamento	Tasso BCE + 8% dal primo giorno di ritardo	Tasso BCE + 8% dal primo giorno di ritardo



Confronto tra la nota MISE-MIT e la posizione dell'ANCE

Fase della procedura	Tesi del MISE-MIT	Tesi dell'ANCE
Certificato di collaudo		
✓ termine per l'emissione	6 mesi prorogabili a 12 mesi (art.141, c.1, D.Lgs. 163)	Non commenta questo termine. (ex art. . 4, c. 6, D.Lgs. 231 > 30 gg. senza automatismo)
Certificato di regolare esecuzione		
✓ termine per l'emissione	6 mesi prorogabili a 12 mesi (art.141, c.1, D.Lgs. 163)	Non commenta questo termine. (ex art. . 4, c. 6, D.Lgs. 231 > 30 gg. senza automatismo)
Pagamento rata saldo		
✓ termine per il pagamento	30 gg. prorogabili a 60 → art. 4, c.4, D.Lgs. 231 (termine > 30gg. se pattuito espressamente e giustificato)	30 gg. prorogabili a 60 → art. 4, c.4, D.Lgs. 231 (termine > 30gg. se pattuito espressamente e giustificato)
✓ interessi per il ritardo nel pagamento	Tasso BCE + 8% dal primo giorno di ritardo	Tasso BCE + 8% dal primo giorno di ritardo



La derogabilità dei termini da parte della P.A.

L'art. 4, c. 4, D. Lgs. 231/02 stabilisce che nel caso di transazioni commerciali tra una P.A. e un'impresa, **le parti possono pattuire**, purché in modo espresso (con clausola da provare per iscritto), **termini per il pagamento superiori a 30 gg. (ma mai superiori a 60 gg.)**, quando ciò sia giustificato:

- dalla natura del contratto
- dall'oggetto del contratto
- dalle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto.

Nel caso di procedure di evidenza pubblica, nelle quali il bando di gara ha natura di "invito ad offrire" (Cons. Stato, V, 18.03.2003, n. 1425; AVCP Parere 16.05.2012, n. 80) e l'offerta del concorrente costituisce "proposta negoziale" ex art. 1326 c.c., **è legittima la clausola, prevista nel bando/lettera di invito a pena di esclusione, che fissa termini di pagamento maggiori di quelli di legge, o che esclude o riduce gli interessi quantificati a norma di legge?**



La derogabilità dei termini da parte della P.A.

Risposta negativa → Cons. Stato, V, 1.04.2010, n. 1885; Cons. Stato, IV, 2.02.2010, n. 469; AVCP determinazione 7.07.2010, n. 4; AVCP parere 9.02.2011, n. 28; TAR Piemonte I, 5.05.2010, n. 2346.

Per Cons. Stato, V, 21.03.2011, n. 1728, il bando può rendere noti i contenuti derogatori, rinviandone il concordamento con l'aggiudicatario al momento della stipulazione del contratto (**volontà libera?**).

Nel caso di gara da aggiudicare con il **criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa** (art. 83 D.Lgs. 163/06), è legittimo il bando che indica la **dilazione dei termini di pagamento** e/o la **riduzione del tasso d'interesse** per ritardato pagamento quali **elementi dell'offerta**, attribuendo loro un punteggio commisurato all'entità della dilazione del termine e/o della riduzione del tasso d'interesse?

Risposta negativa → AVCP determinazione 7.07.2010, n. 4

Risposta positiva → Corte conti, Sez. riunite controllo, 12.04.2010, n. 9; Corte conti, Sez. controllo Puglia, 28.10.2010, n. 120/PAR.



Termini di pagamento e Patto di stabilità

E' onere dell'Ente avvalersi degli istituti giuridici vigenti al fine di programmare i pagamenti secondo modalità che consentano di **coniugare le aspettative di pagamento nei termini** (senza generare ritardi inesorabilmente fonte di responsabilità) **con il rispetto dei saldi contabili imposti dal patto di stabilità** (Corte conti, Sez. riunite controllo, 14.06.2010, n. 28).

Il ritardo del pagamento espone la P.A. alla corresponsione degli interessi "sanzionatori" di cui al D.Lgs. 231/2002. **L'accertamento della compatibilità dei pagamenti con il rispetto delle regole di finanza pubblica deve essere effettuato** non tanto al momento dell'emissione dei mandati di pagamento, quanto **al momento dell'assunzione dell'impegno di spesa o, preferibilmente, già nella fase della prenotazione di impegno** (Corte conti, Sez. controllo Puglia, deliberazione 27.10,2010, n. 120/PAR).



Termini di pagamento e Patto di stabilità

L'Ente, in sede di approvazione del bilancio, deve predisporre e modulare o riformulare il programma (triennale e annuale) in relazione alle possibilità di spesa che il patto di stabilità permette.

L'obbligazione avente ad oggetto gli interessi per ritardato pagamento costituisce un'ipotesi di debito fuori bilancio, ma non è pensabile che l'Ente debba farsi trascinare in giudizio dal creditore, per far rientrare il debito tra quelli riconoscibili perché conseguenti a sentenza esecutiva (art. 194, lett. a, D.Lgs. 267/2000). Se l'obbligazione degli interessi scaturisce dal mancato pagamento di un credito certo, liquido ed esigibile dal creditore, l'Ente debitore deve provvedere di conseguenza e non farsi trascinare in un rovinoso giudizio (Corte conti, Sez. controllo Sardegna, 20.12.2011, n. 118).

Da luogo ad un illecito contabile la condotta gravemente colposa del dipendente e dell'amministratore pubblico che omettono di provvedere al pagamento dei debiti certi, liquidi ed esigibili (Corte conti, Sez. giurisdizionale Campania, 21.12.2010, n. 2887).



Termini di pagamento e Patto di stabilità

Art. 9 D.L. 78/2009, convertito con legge 102/2009

(Tempestività dei pagamenti delle pubbliche amministrazioni)

1. *Al fine di garantire la tempestività dei pagamenti delle P.A., in attuazione della direttiva 2000/35/CE ...*

a) *per prevenire la formazione di nuove situazioni debitorie:*

1. *le pubbliche amministrazioni adottano entro il 31.12.2009 ... le*

opportune misure organizzative per garantire il tempestivo pagamento delle somme dovute per somministrazioni, forniture ed appalti. Le misure adottate sono pubblicate sul sito internet dell'amministrazione.

2. *nelle amministrazioni di cui al numero 1, al fine di evitare ritardi nei pagamenti e la formazione di debiti pregressi, il funzionario che adotta provvedimenti che comportano impegni di spesa ha l'obbligo di accertare preventivamente che il programma dei conseguenti pagamenti sia compatibile con i relativi stanziamenti di bilancio e con le regole di finanza pubblica; la violazione dell'obbligo di accertamento di cui al presente numero comporta responsabilità disciplinare ed amministrativa.*



Termini di pagamento e Patto di stabilità

*“Qualora lo stanziamento di bilancio, per ragioni sopravvenute, non consenta di far fronte all'obbligo contrattuale, **l'amministrazione adotta le opportune iniziative, anche di tipo contabile, amministrativo o contrattuale, per evitare la formazione di debiti pregressi.** Le disposizioni del presente punto non si applicano alle aziende sanitarie locali, ospedaliere, ospedaliere universitarie, ivi compresi i policlinici universitari, e agli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico pubblici, anche trasformati in fondazioni”.*

La norma fa riferimento ad una verifica da effettuare al momento dell'adozione di provvedimenti che comportano impegni di spesa. Ex art. 183 D. Lgs. 267/2000 **l'impegno costituisce la prima fase del procedimento di spesa** con la quale, a seguito di un'obbligazione giuridicamente perfezionata, è determinata la somma da pagare, determinato il soggetto creditore, indicata la ragione e costituito il vincolo sulle previsioni di bilancio. L'assunzione dell'impegno di spesa **nel caso di procedure per l'affidamento di lavori, servizi o forniture coincide con il provvedimento di aggiudicazione definitiva** da parte del responsabile del servizio competente.



Termini di pagamento e Patto di stabilità

E' evidente che **la concreta possibilità da parte dell'Ente locale di procedere ai dovuti pagamenti alle scadenze previste** (in relazione al tempo contrattuale di esecuzione e al maturare dei SAL stabiliti nel capitolato speciale d'appalto) **dovrebbe essere verificata sin dal momento dell'approvazione del bando di gara** onde evitare che all'esito della procedura di evidenza pubblica – e nel caso in cui la verifica imposta dall'art. 9 del D.L. 78/2009 dia esito negativo – non possa provvedersi all'aggiudicazione definitiva (Corte conti, Sez. controllo Puglia, 28.10.2010, n. 120/PAR).

La mancata adozione di specifiche misure organizzative dirette ad assicurare la tempestività dei pagamenti e l'osservanza dei vincoli di finanza pubblica non è solo indice di violazione dell'obbligo previsto dal legislatore ma rende difficoltosa la verifica in ordine alla sussistenza di eventuali situazioni debitorie, di ritardi nei pagamenti e di eventuali comportamenti elusivi della disciplina relativa al Patto di stabilità interno (Corte conti, Sez. controllo Piemonte, 18.05.2012, n. 157).



Gli strumenti a disposizione del creditore della P.A.

Ferma restando la funzione “sollecitatoria” degli **interessi** previsti dal D.Lgs. 231/2002, la cui **esigibilità non è subordinata alla costituzione in mora** della P.A. debitrice (art. 4, c.1, D.Lgs. 231/2002), e che devono essere corrisposti “*in occasione del pagamento, in conto e a saldo, immediatamente successivo a quello eseguito in ritardo*” (art. 142, c. 4, DPR 207/2010), con la consente **imputazione del pagamento prima agli interessi e poi al capitale** (art. 1194 c.c. AVCP determinazione 5/2002) vanno ricordati:

❑ la **nullità delle clausole** relative ai termini di pagamento, al saggio degli interessi e al risarcimento dei costi di recupero, in violazione del D. Lgs. 231/02, che vengono sostituite automaticamente ex artt. 1339 e 1419 c.c. (art. 7 D.Lgs. 231/2002);

❑ la **legittimazione ad agire, riconosciuta alle associazioni imprenditoriali** a tutela degli interessi collettivi, per ottenere l'accertamento della grave iniquità delle condizioni generali riguardanti termini di pagamento, saggio degli interessi e risarcimento dei costi di recupero, con conseguente inibizione all'uso di tali clausole (anche se inserite nei bandi di gara e nei capitolati: Cons. Stato, V, 21.03.2011, n. 1728; Id., V, 1.04.2010, n. 1885; Id, IV, 2.02.2010, n. 469).



Gli strumenti a disposizione del creditore della P.A.

- ❑ la **certificazione del credito** (DM 22.05.2012, modificato con il DM 24.09.2012, per i crediti nei confronti delle amministrazioni dello Stato e degli enti pubblici nazionali; DM 25.06.2012, modificato con il DM 19.10.2012, per i crediti verso le Regioni, gli enti locali e gli enti del Servizio sanitario nazionale) → in base all'art. 3-bis, c. 7, del D.L. 95/2012, convertito con modificazioni dalla legge 135/2012 "Spending review 2", e all'art. 3 del DM 19.10.2012, **nel caso di lavori pubblici la certificazione del credito è sostituita dal certificato di pagamento emesso dal RUP**
- ❑ la **cessione del credito *pro soluto* o *pro solvendo*** a banche o a intermediari finanziari abilitati (accordo ABI-ANCE)
- ❑ l'**anticipazione bancaria senza cessione del credito**, con l'intervento del Fondo centrale di garanzia (accordo ABI-ANCE)
- ❑ la **compensazione del credito con somme iscritte al ruolo notificate fino al 30 aprile 2012** (DM 25.06.2012 per i crediti verso le Regioni e gli enti locali; DM 19.10.2012 per i crediti verso lo Stato e gli enti pubblici nazionali).



Gli strumenti a disposizione del creditore della P.A.

Nel caso di contenzioso:

- ❖ invio di un “sollecito” di pagamento (la costituzione in mora è automatica), con l’eventuale richiesta d’iscrizione del “debito fuori bilancio” e la riserva di denuncia del RUP alla Corte dei conti per danno erariale
- ❖ ricorso per l’emissione di un decreto ingiuntivo (artt. 633 ss. c.p.c.)



esecuzione processuale civile (giudice ordinario)	esecuzione processuale amministrativa (TAR)
attivazione della procedura esecutiva (pignoramento: artt. 491 ss. c.p.c.).	attivazione del giudizio di ottemperanza (art. 112 ss. del D.Lgs. 104/2010) per la nomina di un commissario <i>ad acta</i> che si sostituisca alla P.A. inadempiente, individuando i beni e le risorse da impiegare per soddisfare il creditore.