

Nomos Appalti srl

Servizio di Consulenza agli Enti Locali

Roma, 16 aprile 2010

Circolare n. 119/2010

**AL SIG. PRESIDENTE
CONFSERVIZI MARCHE
A TUTTI GLI ASSOCIATI**

**AL SIG. PRESIDENTE
CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI**

**E A TUTTI GLI ALTRI
ENTI, AZIENDE E SOCIETA'
- LORO SEDI -**

Oggetto: Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 2 febbraio 2010, n. 469 – Illegittimità delle clausole di bandi e capitolati che fissano termini di pagamento e saggio degli interessi in misura difforme dalla legge.

Si informano i soggetti in indirizzo che, con sentenza n. 469 del 2 febbraio u.s., la IV Sezione del Consiglio di Stato, in s.g., ha confermato e rafforzato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale sono illegittime le clausole di bando e le prescrizioni di capitolato speciale che prevedono termini di pagamento e saggio degli interessi moratori differenti a quelli disposti dal d.lgs. 231/02.

Come è noto, al fine di contrastare la prassi diffusa dei ritardi nei pagamenti, il suddetto decreto legislativo, in attuazione della direttiva 2000/35/CE (c.d. direttiva "late payments") ha introdotto nuove regole in tema di modalità e termini di pagamento nelle transazioni commerciali.

Le principali statuizioni contenute nel d.lgs. n. 231 prevedono:

- la decorrenza automatica degli interessi moratori;
- l'imposizione normativa del termine per il pagamento, salvo il diverso termine concordato tra le parti;
- l'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 contratto, alla condizione dei contraenti e ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché a ogni altra circostanza», risultino gravemente inique in danno del creditore.

Nomos Appalti srl

Servizio di Consulenza agli Enti Locali

Ai fini specifici qui considerati, preme rilevare che nell'ambito oggettivo di applicazione della normativa sui tempi di pagamento sono inclusi anche agli appalti di servizi e forniture stipulati dalle amministrazioni pubbliche, atteso che, ai sensi dell'art. 2, il d.lgs. 231/02 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*».

Orbene, a distanza di circa otto anni dalla loro entrata in vigore, l'impatto delle norme in parola sulle procedure di affidamento indette dalle amministrazioni è stato sostanzialmente nullo.

È pressoché generalizzato, infatti, il *modus operandi* delle SS.AA. che, facendo leva specificamente sui contenuti dell'art. 4, comma 4, del d.lgs. 231 cit.¹, inseriscono, nella *lex specialis* di gara, prescrizioni pattizie che impongono termini di pagamento e modalità di calcolo degli interessi moratori differenti rispetto alle previsioni recate dal decreto medesimo.

Il riferimento è, in particolare, a quelle clausole di bando e/o di capitolato che contemplano:

- a) il pagamento del corrispettivo a 60/90 giorni dal ricevimento della fattura da parte del debitore, anziché i 30 giorni previsti dall'art. 4, secondo comma, lett. a) del decreto;
- b) la decorrenza degli interessi moratori dal 180° giorno, anziché dal 30° giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento previsto dal medesimo art. 4;
- c) il saggio di interesse dell'1%, anziché dell'8% (1% tasso BCE più 7 punti di maggiorazione) come previsto dall'art. 5, d.lgs. 231 cit..

Il Supremo Consesso Amministrativo ha dunque ribadito la illegittimità e, segnatamente, la nullità di clausole di siffatto tenore, ossia di clausole contrattuali imposte unilateralmente dal contraente c.d. "forte".

Richiamando il disposto dell'art. 2 del d.lgs. 231/02 che, com'è noto, riproduce una definizione della p.a. come "imprenditore forte", ai sensi e per gli effetti del medesimo decreto, i giudici amministrativi precisano come la condotta censurata "*integra e concreta proprio uno di quei comportamenti 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, Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2006, n. 43)*".

Per tale via, il Consiglio di Stato non ha mancato, pertanto, di statuire 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 1 1374 del codice civile). Le norme imperative hanno pertanto un valore anche sostitutivo (articoli 1339 e 1419 c.c.) di quanto previsto in violazione di esse*».

¹ «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».

Nomos Appalti srl

Servizio di Consulenza agli Enti Locali

Conseguentemente, le clausole del capitolato, in immediato e diretto contrasto con le disposizioni del decreto 231 cit., sono da considerarsi nulle e sostituite automaticamente dalle prescrizioni normative vigenti in *subjecta materia*, secondo quanto stabilito dagli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c..

In tal modo, dunque, la tutela contro l'uso di clausole vessatorie o abusive, prevista dall'art. 1469-*sexies*, c.c. per i consumatori, è stata estesa a soggetti che, lungi dall'essere tali, operano viceversa sul mercato quali imprenditori.

In siffatto contesto, il Consiglio di Stato ha peraltro escluso che la p.a. possa addurre ragioni connesse alla specificità delle proprie procedure di pagamento per escludere la iniquità di clausole che prevedano termini di pagamento più ampi, senza alcuna conseguenza sul piano contrattuale, salvo un indebito vantaggio a danno del creditore, ed inoltre che, per superare l'invalidità, possa essere addotto il diverso accordo delle parti sul punto, rinvenibile nella presentazione dell'offerta, che costituirebbe, per l'effetto, acquiescenza-accettazione tacita di condizioni inique.

Se così fosse, risulterebbe vanificato proprio l'obiettivo che si pone la normativa comunitaria, ossia quello di impedire l'inserzione, nel regolamento contrattuale, di disposizioni vessatorie da parte del soggetto contrattualmente in grado di imporle.

Un siffatto accordo, concludono i giudici amministrativi, potrebbe ipotizzarsi «solo a seguito di apposita contrattazione e trattativa sul punto, che evoca un concetto di contratto di tipo para-rapportuale (o precontrattuale) che non può certo rinvenirsi nel binomio "bando - presentazione dell'offerta", che già integra (quantomeno in parte) la conclusione del contratto».

Alla luce delle conclusioni cui è pervenuto il Supremo organo di giurisdizione amministrativa – che confermano le indicazioni da sempre fornite sul punto dal Servizio - si ritiene opportuno, se non addirittura doveroso, che le amministrazioni/società ed enti aderenti al Servizio procedano alla revisione delle clausole di bando e/o di capitolato, conformandosi al descritto orientamento giurisprudenziale.

* _ * _ * _ * _ * _ *

Nel restare a disposizione si porgono cordiali saluti.

Avv. Francesco Lilli
(responsabile del servizio)

