



.....OMISSIS.....

.....OMISSIS.....

**Oggetto:**

Disciplina dei termini di pagamento ai sensi dell'articolo 113-bis d.lgs. n. 50/2016- richiesta parere.

**UPREC-CONS-0009-2024**

**FUNZ. CONS. 4/2024**

Con istanza di precontenzioso prot. n. 3520 del 9 gennaio 2024 la .....OMISSIS....., con riferimento alla procedura indetta dalla .....OMISSIS....., (Procedura negoziata ai sensi degli artt. 63 del D.Lgs. 50/2016 per l'affidamento del servizio "SERVIZIO DI PRELIEVO, TRASPORTO E SMALTIMENTO/RECUPERO DEI RIFIUTI SPECIALI NON PERICOLOSI PRODOTTI PRESSO GLI IMPIANTI DI DEPURAZIONE DELLE ACQUE REFLUE URBANE GESTITI DALLA .....OMISSIS....." - .....OMISSIS..... - Importo a base di gara: € 200.000,00) chiedeva all'Autorità un parere in merito alla presunta illegittimità della clausola del punto 8.4 dello schema di contratto trasmesso il 5 dicembre 2023, in quanto, prevedendo il termine di pagamento delle fatture a centoventi giorni, costituiva una violazione dell'articolo 4 del d.lgs. n. 231/2002 e, pertanto, da considerarsi nulla per violazione di norma imperativa.

A tale istanza di precontenzioso la stazione appaltante presentava adesione con nota prot. n. 6642 del 16 gennaio 2024.

Con nota prot. n. 15236 del 30 gennaio 2024 si comunicava alle parti che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 24 gennaio 2024, aveva deliberato l'inammissibilità dell'istanza ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera a) del Regolamento in materia di pareri di precontenzioso, per assenza di controversia tra le parti insorta in sede di gara, essendo le questioni prospettate riguardanti il contratto, e disponeva di trattare la questione nell'ambito della funzione consultiva ai sensi del relativo Regolamento.

In esito a quanto richiesto con l'istanza in questione, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 10 aprile 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente, si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023.

Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Il quesito posto riguarda una procedura di gara indetta ai sensi del d.lgs. n. 50/2016 ed attiene alla presunta illegittimità della clausola del punto 8.4 dello schema di contratto che prevede il termine di pagamento delle fatture a centoventi giorni in asserita violazione dell'articolo 4 del d.lgs. n. 231/2002.

Dal suo canto, la stazione appaltante, nelle memorie depositate con nota prot. n. 19541 dell'8 febbraio 2024, evidenziava che la clausola sul termine di pagamento a centoventi giorni dalla data di fattura era contenuta negli atti di gara e che poiché «*la clausola sulle tempistiche di pagamento costituisce elemento sostanziale – o comunque rilevante – del contratto, potrebbe ritenersi operante il divieto di modificazioni successive all'aggiudicazione (v., inter alia, Corte di Giustizia del 7 settembre 2016 in C-549/14 e Consiglio di Stato sez. V, 19 gennaio 2017, n. 222); con la conseguenza che .....OMISSIS..... dovrebbe annullare in autotutela la gara conclusasi con l'aggiudicazione in favore di .....OMISSIS..... ed avviare, poi, una nuova procedura che preveda ab origine il pagamento a trenta giorni o, in considerazione della natura del contratto e degli obblighi*

*amministrativi connessi, a 60 giorni. Dall'altro lato, potrebbe invece ritenersi che la clausola in questione, trattandosi di adeguamento alle previsioni di legge, possa essere modificata in sede di stipula del contratto con .....OMISSIS....., senza che ciò integri una violazione ex post della par condicio tra i concorrenti».*

Dalla documentazione depositata in atti si evince che sia la disposizione della *lex specialis*, che la clausola contrattuale in contestazione prevedono un termine di pagamento a centoventi giorni.

La risposta al quesito implica un'indagine circa la natura, imperativa o dispositiva, dell'articolo 113-bis del Codice e dell'articolo 4 della legge n. 231/2002, da cui dipende la possibilità che la disciplina di gara, silente o difforme sul punto, sia eterointegrata dalla previsione normativa ai sensi dell'articolo 1339 c.c.

Al fine del corretto inquadramento giuridico della questione si richiamano il quadro normativo e i relativi orientamenti interpretativi sulla disciplina dei pagamenti.

Con d.lgs. n. 231/2002 si è data attuazione alla direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

La direttiva stessa, al considerando 16 esplicita: «(16) I ritardi di pagamento costituiscono una violazione contrattuale resa finanziariamente attraente per i debitori nella maggior parte degli Stati membri per i bassi livelli dei tassi degli interessi di mora e/o dalla lentezza delle procedure di recupero. Occorre modificare decisamente questa situazione anche con un risarcimento dei creditori, per invertire tale tendenza e per far sì che un ritardo di pagamento abbia conseguenze dissuasive» e al considerando 19 dispone: «(19) La presente direttiva dovrebbe proibire l'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore. Nel caso in cui un accordo abbia principalmente l'obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, o nel caso in cui l'appaltatore principale imponga ai propri fornitori o subappaltatori termini di pagamento ingiustificati rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi, si può ritenere che questi elementi configurino un siffatto abuso. La presente direttiva non incide sulle disposizioni nazionali relative alle modalità di conclusione dei contratti o che disciplinano la validità delle clausole contrattuali abusive nei confronti del debitore».

Con il d.lgs. 231/2002, ad esito delle modifiche introdotte al d.lgs. n. 192/2012 e del d.lgs. n. 161/2014, all'articolo 4 "Termini di pagamento", si sancisce: «2. Salvo quanto previsto dai commi 3, 4 e 5, il periodo di pagamento non può superare i seguenti termini. a) trenta giorni dalla data di ricevimento da parte del debitore della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente. Non hanno effetto sulla decorrenza del termine le richieste di integrazione o modifica formali della fattura o di altra richiesta equivalente di pagamento; b) trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla data di prestazione dei servizi, quando non è certa la data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento; c) trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla prestazione dei servizi, quando la data in cui il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento è anteriore a quella del ricevimento delle merci o della prestazione dei servizi; d) trenta 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. 3. Nelle transazioni commerciali tra imprese le parti possono pattuire un termine per il pagamento superiore rispetto a quello previsto dal comma 2. Termini superiori a sessanta giorni, purché non siano gravemente iniqui per il creditore ai sensi dell'articolo 7, devono essere pattuiti espressamente. La clausola relativa al termine deve essere provata per iscritto. 4. Nelle transazioni commerciali in cui il debitore è 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 oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche. In ogni caso i termini di cui al comma 2 non possono essere superiori a sessanta giorni. La clausola relativa al termine deve essere provata per iscritto».

La norma pone pertanto una limitazione all'autonomia contrattuale e alla derogabilità della disciplina dei termini prorogabili solo nella misura massima di giorni sessanta, nei casi in cui la natura particolare del contratto o talune sue caratteristiche ne giustificino oggettivamente la proroga, previa approvazione per iscritto della relativa clausola contrattuale. Pattuizioni contrattuali in violazione di tali prescrizioni sono pertanto nulle e, per effetto dell'eterointegrazione normativa, si determina l'applicazione della disciplina

normativa di cui all'articolo 4 del d.lgs. 231/2002, sopra richiamato (cfr., in tal senso, Tribunale di Sciacca, sentenza n. 189 del 7 giugno 2023).

In particolare, l'Autorità, con riferimento a tale quadro normativo, già nel parere n. 108 del 27 maggio 2010, richiamando una giurisprudenza sul punto (Consiglio Stato, Sez. V, 1° aprile 2010, n. 1885) evidenziava che la stessa, «*nel confermare l'orientamento già in precedenza espresso dal Consiglio di Stato sul tema, ha ricordato che la direttiva n. 2000/35/CE, recepita in Italia con il citato D.Lgs. n. 231/2002, sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, contiene norme imperative, applicabili anche alle pubbliche amministrazioni, che non sono derogabili mediante la tacita accettazione delle condizioni difformi con la presentazione di una offerta in una gara pubblica di appalto. Conseguentemente, tale pronuncia ha reputato inique le clausole di un bando di gara che prevedono il pagamento del corrispettivo a 60 giorni dal ricevimento della fattura, anziché ai 30 giorni, previsti dall'art. 4 del D.Lgs. n. 231/2002, ovvero la decorrenza degli interessi moratori dal 180° giorno anziché dal 30° giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento, previsto dal citato art. 4, ovvero ancora il saggio di interesse dell'1% anziché dell'8% previsto dall'art. 5 del medesimo decreto legislativo*».

Alla luce di tale consolidato orientamento interpretativo, pertanto, «*sono da ritenersi illegittimi la lettera d'invito ed il capitolato normativo nella parte in cui impongono, a pena di esclusione, l'accettazione della clausola che prevede il pagamento entro 120 giorni decorrenti dalla data di ricevimento della fattura*». Sul punto è stato altresì chiarito che: «*L'imposizione dell'aumento dei termini per il pagamento rispetto ai trenta giorni fissati dal decreto, senza un accordo tra i contraenti inteso a delineare un regolamento negoziale più consono alla situazione finanziaria del debitore, sulla base di determinati parametri (ossia corretta prassi commerciale, natura dei beni o servizi, condizione dei contraenti e rapporti commerciali tra i medesimi), in realtà introduce un vantaggio per l'Amministrazione che deve considerarsi "indebito", atteso che la decorrenza degli interessi moratori segue il meccanismo automatico stabilito dall'art. 4 del D.Lgs. n. 231/2002, senza che neppure sia necessaria la costituzione in mora*» (cfr. ANAC, parere n. 108 del 27 maggio 2010).

Con riferimento a tale disciplina, inoltre, l'Autorità ha avuto modo di precisare con parere n. 59 del 18 aprile 2012, richiamando la determinazione n. 4 del 7 luglio 2010– "Disciplina dei pagamenti nei contratti pubblici di forniture e servizi", pubblicata nella G.U. del 28 luglio 2010 n. 174 e il parere 9 febbraio 2011 n. 28, che: «*la direttiva 2000/35/CE ed il d.lgs. n. 231 del 2002 contengono norme imperative dirette a riequilibrare la posizione di disuguaglianza tra le parti ed a prevenire un'alterazione del sinallagma contrattuale; le stazioni appaltanti non possono inserire autoritativamente nei bandi di gara clausole che prevedano il pagamento entro un termine superiore a quello fissato dall'art. 4 del d.lgs. n. 231 del 2002 ovvero una misura degli interessi di mora difforme da quella ex art. 5 del decreto, cui può soltanto derogarsi a seguito di libera negoziazione tra le parti interessate, né la partecipazione ad una procedura di gara può mai valere come accettazione tacita di condizioni di pagamento più sfavorevoli di quelle predeterminate ex lege (cfr. in giurisprudenza: Cons. Stato, sez. V, 1 aprile 2010 n. 1885; Id., sez. IV, 2 febbraio 2010 n. 469; Id., sez. V, 28 settembre 2007 n. 4996); devono considerarsi inique le clausole di un bando di gara con cui la stazione appaltante stabilisca unilateralmente un termine di pagamento ed una decorrenza degli interessi moratori difformi da quelli stabiliti dall'art. 4 del suddetto decreto, nonché un saggio d'interesse diverso da quello previsto dall'art. 5 del decreto; l'imposizione della dilazione dei termini per il pagamento introdurrebbe un indebito vantaggio per l'Amministrazione, che è considerata alla stregua di parte contrattuale forte, per i poteri autoritativi di cui dispone nella fase pubblicistica dell'attività negoziale; da ciò consegue non soltanto l'illegittimità di un'eventuale esclusione dalla procedura di gara in ragione della mancata accettazione (espressa o meno) della clausola contrattuale iniqua, ma anche l'illegittimità dell'attribuzione di un sub-punteggio, nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per termini di pagamento differiti rispetto alla disciplina legale*».

L'articolo 113-bis del d.lgs. n. 50/2016 è stato completamente riformulato dalla legge Europea 2018, l. 3 maggio 2019, n. 37, recante "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea - Legge europea 2018" in esito alla procedura di infrazione avviata dalla Commissione Europea nei confronti dell'Italia (n. 2017/2090) relativa ai ritardi di pagamenti nelle transazioni commerciali.

Più dettagliatamente, mentre la direttiva 2011/7/UE prescriveva che il pagamento avvenisse nei trenta giorni dalla data degli adempimenti necessari, l'articolo 113-bis, nella formulazione introdotta dal D.Lgs. n. 56/2017 consentiva alle stazioni appaltanti di raddoppiare i termini di pagamento.

La nuova formulazione dell'articolo 113-bis, ad esito della Legge Europea 2018, che impone l'effettuazione dei pagamenti entro trenta giorni dal certificato di pagamento, dispone: «*1. I pagamenti relativi agli acconti del corrispettivo di appalto sono effettuati nel termine di trenta giorni decorrenti dall'adozione di ogni stato di avanzamento dei lavori, salvo che sia espressamente concordato nel contratto un diverso termine, comunque non superiore a sessanta giorni e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche. I certificati di pagamento relativi agli acconti del corrispettivo di appalto sono emessi contestualmente all'adozione di ogni stato di avanzamento dei lavori e comunque entro un termine non superiore a sette giorni dall'adozione degli stessi. 2. All'esito positivo del collaudo o della verifica di conformità, e comunque entro un termine non superiore a sette giorni dagli stessi, il responsabile unico del procedimento rilascia il certificato di pagamento ai fini dell'emissione della fattura da parte dell'appaltatore; il relativo pagamento è effettuato nel termine di trenta giorni decorrenti dal suddetto esito positivo del collaudo o della verifica di conformità, salvo che sia espressamente concordato nel contratto un diverso termine, comunque non superiore a sessanta giorni e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche. Il certificato di pagamento non costituisce presunzione di accettazione dell'opera, ai sensi dell'articolo 1666, secondo comma, del Codice civile. 3. Resta fermo quanto previsto all'articolo 4, comma 6, del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231».*

Appare evidente che la *ratio* che sottende la disposizione di cui all'articolo 113-bis sia la stessa sopra richiamata con riferimento all'articolo 4 del d.lgs. n. 231/2002, di attuazione europea, volta dunque a tutelare l'operatore economico e a limitare l'autonomia contrattuale della stazione appaltante.

Dalla lettera della norma appare chiara, infatti, l'intenzione del legislatore di predeterminare a monte il termine di pagamento delle fatture e il *dies a quo* del calcolo degli interessi moratori, non solo per adempiere alla normativa europea sul punto ma anche per la tipologia di clausola stessa che, se predeterminata dall'amministrazione, potrebbe produrre un effetto a danno dell'impresa.

Dal carattere inderogabile della disposizione discende il potere di eterointegrazione della norma stessa, che trova applicazione anche nel caso in cui la *lex specialis* di gara sia silente o preveda clausole difformi, che devono ritenersi sostituite di diritto ex articolo 1339 c.c.

Come noto, infatti, «*il meccanismo sostitutivo ex articolo 1339 c.c. riesce ad operare solo in presenza di norme imperative recanti una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme. Viceversa, esso non trova applicazione laddove siano comunque affidati alle parti la quantificazione e l'esatto corrispettivo, nonché il metodo e la concreta manifestazione dell'elemento in questione*» (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 18 ottobre 2013, n. 5069).

Ne consegue che la disciplina di gara nel caso di specie possa considerarsi eterointegrata dalla disposizione in questione, processo attraverso cui il riferimento ai "centoventi giorni" di pagamento deve essere inteso quale "trenta giorni" ai sensi dell'articolo 113-bis del d.lgs. n. 50/2016.

Tale eterointegrazione deve ritenersi applicabile ai sensi dell'articolo 1339 anche al contratto, la cui clausola sulle tempistiche di pagamento, che ne costituisce elemento essenziale, non può essere apposta in violazione di una norma imperativa.

Pertanto, con riferimento alla fattispecie oggetto del quesito, si richiama la stazione appaltante ad una più attenta formulazione della documentazione di gara, in linea con il quadro normativo e gli indirizzi interpretativi sopra richiamati e si rimette all'amministrazione ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente