

**Centro Studi
Consiglio Nazionale Ingegneri**

**L'applicazione della direttiva 2011/7/UE ("direttiva
pagamenti") al settore dei contratti pubblici, inclusi quelli
connessi all'acquisizione di servizi d'ingegneria**

***Le conseguenze sul quadro normativo vigente e le possibili
azioni di tutela a favore degli iscritti agli Ordini degli
ingegneri***



(d. 32/2013)

Roma, febbraio 2013



CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - 00186 ROMA - VIA ARENULA, 71

Ing. Armando Zambrano	Presidente
Ing. Fabio Bonfà	Vicepresidente Vicario
Ing. Gianni Massa	Vicepresidente
Ing. Riccardo Pellegatta	Segretario
Ing. Michele Lapenna	Tesoriere
Ing. Giovanni Cardinale	Consigliere
Ing. Gaetano Fede	Consigliere
Ing. Andrea Gianasso	Consigliere
Ing. Hansjörg Letzner	Consigliere
Ing. iunior Ania Lopez	Consigliere
Ing. Massimo Mariani	Consigliere
Ing. Angelo Masi	Consigliere
Ing. Nicola Monda	Consigliere
Ing. Raffaele Solustri	Consigliere
Ing. Angelo Valsecchi	Consigliere

Presidenza e Segreteria 00187 Roma - Via IV Novembre, 114

Tel. 06.6976701 Fax 06.69767048

www.tuttoingegnere.it



CENTRO STUDI
CONSIGLIO NAZIONALE INGEGNERI

CONSIGLIO DIRETTIVO

Ing. Luigi Ronsivalle	Presidente
Ing. Luigi Panzan	Vice Presidente
Ing. Fabrizio Ferracci	Consigliere Segretario
Ing. Giovanni Cardinale	Consigliere
Ing. Francesco Cardone	Consigliere
Ing. Giovanni Margiotta	Consigliere
Ing. Salvatore Noè	Consigliere
Ing. Maurizio Vicaretti	Consigliere
Dott. Massimiliano Pittau	Direttore

Sede: Via Dora, 1 - 00198 Roma - Tel. 06.85354739, Fax 06.84241800

www.centrostudicni.it

La presente nota è stata redatta dall'avv. Lorenzo Passeri.

Indice

1. L'applicazione della direttiva 2011/7/UE al settore dei contratti pubblici __ 1
2. Le ripercussioni sulle disposizioni del DPR 207/2010 _____ 4
3. Le possibili azioni di tutela degli iscritti all'Ordine degli ingegneri _____ 7



1. L'applicazione della direttiva 2011/7/UE al settore dei contratti pubblici

L'art. 1 del D.LGS. n. 192/2012, che modifica il decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, e recante: *Modifiche al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, per l'integrale recepimento della direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, a norma dell'articolo 10, comma 1, della legge 11 novembre 2011, n. 180* ha profondamente innovato, recependo la normativa europea, il regime disciplinare dei pagamenti delle pubbliche amministrazioni.

Va subito detto che tale disciplina deve ritenersi applicabile anche al settore **dei contratti pubblici**.

Difatti lo scopo della disciplina normativa testé menzionata è evidenziato dall'art. 1 della direttiva 2011/7/UE ai sensi del quale essa è volta a *"lottare contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno, favorendo in tal modo la competitività delle imprese ed in particolare delle PMI"*.

In particolare, i ritardi nei pagamenti sono visti (considerando n. 3 Direttiva 2011/7/UE) come un *"fattore distorsivo della concorrenza"* in quanto capace di incidere sulla situazione patrimoniale delle imprese che intrattengono rapporti con le pubbliche amministrazioni; conseguentemente essi vanno trattati con modalità sostanzialmente analoghe sia per le operazioni interne che per quelle transfrontaliere. In sintesi la normativa di "scopo" europea deve orientare l'interpretazione della normativa interna, quale che sia il settore e/o l'oggetto che ha motivato la p.a. a ricorrere al mercato stipulando un contratto con un soggetto privato.

Si consideri, altresì, che la previsione negli atti di gara di clausole inerenti il pagamento delle prestazioni, peggiorative rispetto a quelle di cui alla normativa europea, potrebbe sfiduciare la



partecipazione degli operatori economici alla gara restringendo la concorrenza; potrebbe in sostanza avere "...un effetto dissuasivo rispetto ad una probabile e più allargata volontà di partecipazione." (Cons. St., Sez. IV, sent. 02/02/2010, n. 469).

Altro argomento a favore dell'applicazione della nuova disciplina anche ai contratti pubblici di lavori è desumibile dal testo del considerando (11) della Direttiva 2011/7/UE (attuato dal predetto DLGS 2012/192) ai sensi del quale: *"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**".*

Anche l'art. 2 del D.Lgs. n. 231/2002 come modificato dal Dlgs n. 192/2012 summenzionato recepisce (e non potrebbe essere diversamente, pena la sua illegittimità costituzionale ex art. 117 Cost) la direttiva; la norma difatti definisce rispettivamente:

a) "transazioni commerciali": 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;

b) "pubblica amministrazione": le amministrazioni di cui all'articolo 3, comma 25, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e ogni altro soggetto, **allorquando svolga attività per la quale è tenuto al rispetto della disciplina di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.**

A quest'ultimo proposito giova segnalare l'orientamento della più recente giurisprudenza che, a fronte di una specifica eccezione d'inapplicabilità della direttiva pagamenti agli appalti pubblici ha precisato, in senso opposto, che: *"Anzi, vale il richiamo specifico dell'articolo 2 del D.Lgs., che definisce la nozione di pubblica amministrazione, ritenendo anche essa imprenditore forte ai sensi e per i fini del medesimo decreto. Inoltre, proprio la presenza di alcune clausole contrattuali contrastanti con le previsioni imperative della*



direttiva e in conflitto con lo spirito del D.Lgs.231 del 2002, che tutela la posizione presuntivamente debole dei creditori fornitori della P.A., dimostra come la fattispecie si attagli alla situazione di "esorbitanza" di poteri, tipica del soggetto che si pone in modo autoritativo (autorità pubblica o privata che sia). In effetti tale condotta dell'amministrazione (che può essere contestata dai partecipanti sia nella fase antecedente che in quella del rapporto contrattuale e che nella specie viene contestata in via preventiva ai sensi del citato articolo 8 da associazioni rappresentative di imprese medie e piccole) 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, Consiglio di Stato, V, 11 gennaio 2006, n.43)." (Cons. St., Sez. IV, sent. 02/02/2010, n. 469).

Infine, in una prospettiva *de iure condendo*, occorre considerare che la "nuova" direttiva in tema di contratti pubblici all'art. 2, punto 9 definisce i "gli appalti pubblici di servizi" come appalti aventi per oggetto la prestazione di servizi diversi da quelli relativi alla progettazione e all'esecuzione dei lavori, da cui si desume che i lavori sono comunque riconducibili nella nozione di "servizi".

Tali fattori incidono sull'interpretazione del quadro normativo di riferimento interno che dovrà essere il quanto più possibile coerente con la lettera e gli scopi della direttiva (Corte di Giustizia CE 05/10/2004 in cause riunite C-397/01 e 430/01, *Pfeiffer*)



2. Le ripercussioni sulle disposizioni del DPR 207/2010

L'applicazione della nuova disciplina sul "*ritardo dei pagamenti*" anche ai contratti pubblici di lavori si ripercuote sulla disciplina speciale dettata dal DPR 207/2010; alcune norme (relative ai pagamenti) previste da quest'ultimo vanno, difatti, disapplicate (o applicate coerentemente con le previsioni del DLGS n. 231/2002 come modificato dal DLGS 192/2012).

Ai fini della decorrenza degli interessi moratori, detto D.LGS (art. 4) prevede i seguenti termini di pagamento:

- 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.



Nelle transazioni commerciali con la pubblica amministrazione, le parti potranno pattuire termini per il pagamento superiori a quelli descritti purché essi non siano superiore a 60 giorni e la deroga sia giustificata dalla natura o dall'oggetto del contratto o dalle circostanze esistenti al momento della sua conclusione. È fatta salva (comma 7, art. 4) la possibilità di prevedere la rateizzazione dei pagamenti.

Questi termini prevalgono su quelli dettati dal DPR 207/2010 recante il regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici. In particolare:

- 1) l'art. 143 DPR 207/2010 prevede un doppio termine; **45 giorni** (dalla maturazione del SAL) per l'emissione dei certificati di pagamento relativi agli acconti del corrispettivo di appalto e di **30 giorni** (dalla data di emissione del certificato) per il pagamento dell'importo. È evidente che il termine complessivo, pari a **75 giorni** supera abbondantemente il termine prescritto dal DLGS 231/2002. Il termine di 45 giorni per l'emissione del certificato di pagamento deve essere ridotto a trenta giorni, fermo restando l'eventuale diverso accordo fra le parti ai sensi del 6° comma dell'art. 4 secondo il quale: *"Quando è prevista una procedura diretta ad accertare la conformità della merce o dei servizi al contratto essa non può avere una durata superiore a trenta 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"*;
- 2) l'art. 141, 2° comma DPR 207/2010 prevede 90 giorni (dall'emissione del certificato di regolare esecuzione e/o collaudo) per il pagamento della rata di saldo. Il termine va ridotto a complessivi 60 giorni (30 per la verifica e 30



- per il pagamento) ferma restando la diversa pattuizione motivata delle parti ex art. 4, 6° comma DLGS 231/2002 ed in quanto tali nulle ex art. 7 del citato DLGS 231/2002;
- 3) I termini per l'emissione del certificato di regolare esecuzione (sei mesi) e collaudo (un anno) non sono compatibili con il termine di trenta giorni previsto dall'art. 4, per l'espletamento delle verifiche. Resta ferma la diversa pattuizione motivata delle parti ex art. 4, 6° comma, DLGS 231/2002 purché non eccessivamente inique ed in quanto tali nulle ex art. 7 del citato DLGS 231/2002.



3. Le possibili azioni di tutela degli iscritti all'Ordine degli ingegneri

Per quanto concerne i rimedi a tutela degli interessi di cui sopra, si reputa, che gli Ordini professionali ed il CNI siano legittimati, in quanto enti esponenziali di categoria, ad agire a tutela dei professionisti al fine di far rilevare l'eventuale iniquità delle condizioni contrattuali e farne dichiarare la nullità.

L'art. 8 del DLGS 231/2002 prevede, difatti 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, sono legittimate ad agire, a tutela degli interessi collettivi, richiedendo al giudice competente:*

- a) *di accertare la grave iniquità, ai sensi dell'articolo 7, delle condizioni generali concernenti il termine di pagamento, il saggio degli interessi moratori o il risarcimento per i costi di recupero e di inibirne l'uso;*
- b) *di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate;*
- c) *di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento possa contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate”.*

L'art. 8 ha introdotto una forma di tutela generale e preventiva contro l'utilizzazione di condizioni contrattuali inique, accanto, a monte ed a livello collettivo, rispetto alla tutela individuale e successiva del singolo imprenditore che abbia già stipulato un contratto contenente clausole inique.

Proprio in questo senso, la disposizione dell'art. 8, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (recante in rubrica "tutela degli interessi collettivi", intende attuare le indicazioni dell'art. 3 della direttiva



2000/35/CE sui ritardi nei pagamenti (Cons St., sent. 456/2010), per cui *"gli Stati membri assicurano che, nell'interesse dei creditori e dei concorrenti, esistano mezzi efficaci e idonei per impedire il continuo ricorso a condizioni gravemente inique"*, specificando, al successivo 5° comma, che debbono adottarsi *"disposizioni che consentano a organizzazioni titolari di un riconoscimento ufficiale di legittimo interesse a rappresentare piccole e medie imprese, di agire a norma della legislazione nazionale dinanzi ai tribunali o ad organi amministrativi competenti per decidere se le condizioni contrattuali stabilite per uso generale sono gravemente inique ai sensi del paragrafo 3, in modo che possano ricorrere a mezzi appropriati e efficaci per impedire che si continui a ricorrere a tali condizioni"*.