

ANCHE NEGLI APPALTI PUBBLICI SI APPLICANO I TERMINI DI PAGAMENTO PREVISTI DALLA L. 231/2002

2 Ottobre 2012

Riportiamo il testo del parere dell'AVCP n. 59/2012 che affronta un annoso problema legato all'applicazione del d.lgs 231/02 agli appalti pubblici. L'autorità sorprendentemente capovolge l'orientamento e dichiara l'applicabilità anche per gli appalti della normativa in materia di transazioni commerciali.

Le stazioni appaltanti non possano prevedere l'accettazione di termini di pagamento difforni da quelli previsti dal d.lgs. n. 231 del 2002, come elemento di favorevole valutazione delle offerte tecniche nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La pronuncia chiarisce come i termini di pagamenti in appalti pubblici siano quelli previsti dal d.lgs. 231 del 2002, che risulta interamente applicabile anche nel settore dei lavori pubblici. Ne discende anche che gli interessi maturati per ritardati pagamenti siano quelli fissati da detta norma e non quelli stabiliti annualmente con Decreto del Ministero delle Infrastrutture.

PREC 9/12/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Blulinearredi soc. coop. – “Fornitura, trasporto e montaggio di arredi di produzione per il nuovo Centro diurno e Comunità alloggio ubicato in via Beato Monsignor Talamoni a Seregno” – euro 95.700,00 – S.A.: Comune di Seregno.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 2 dicembre 2011 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale la Blulinearredi soc. coop. ha chiesto un parere in merito alla legittimità del bando di gara indetto dal Comune di Seregno, nella parte in cui prevede, quale sub-criterio per la valutazione dell'offerta tecnica, la voce “Prolungamento termini di pagamento espresso in mesi” (max. 15 punti). Secondo l'istante tale clausola sarebbe illegittima, in quanto i concorrenti hanno facoltà di indicare un termine di pagamento non superiore a 14 mesi, con l'avvertenza che non sarà attribuito alcun punteggio per termini inferiori o uguali a 5 mesi.

In riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata in data 18 gennaio 2012, la stazione appaltante ha trasmesso brevi controdeduzioni e ribadito la legittimità del proprio operato.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la possibilità, per le stazioni appaltanti, di individuare unilateralmente termini di pagamento superiori a quelli previsti dal d.lgs. n. 231 del 2002, anche attraverso l'inclusione della deroga ai termini di legge tra gli elementi di valutazione delle offerte tecnico-economiche.

Al riguardo si richiamano 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 con cui l’Autorità si è già espressa al riguardo.

Pertanto pur rinviando alle considerazioni ampiamente svolte nei predetti atti, si ribadisce qui 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. Siffatti principi non sono verosimilmente destinati a mutare dopo l’approvazione della nuova Direttiva 2011/7/UE, che il Governo italiano dovrà recepire con decreto legislativo sulla base della delega conferita dal Parlamento ai sensi dell’art. 10 della legge n. 180 del 2011.

In conclusione, quindi, il bando di gara adottato dal Comune di Seregno è illegittimo, nella parte in cui prevede l’attribuzione di un punteggio proporzionalmente crescente alle offerte tecniche, per termini di pagamento del prezzo di fornitura superiori a 5 mesi.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che le stazioni appaltanti non possano prevedere l’accettazione di termini di pagamento difformi da quelli previsti dal d.lgs. n. 231 del 2002, come elemento di favorevole valutazione delle offerte tecniche nell’ambito del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa;

- che, per tale ragione, il Comune di Seregno è tenuto a modificare il bando di gara in parte qua.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 aprile 2012 Il Segretario: Maria Esposito

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la possibilità, per le stazioni appaltanti, di individuare unilateralmente termini di pagamento superiori a quelli previsti dal d.lgs. n. 231 del 2002, anche attraverso l’inclusione della deroga ai termini di legge tra gli elementi di valutazione delle offerte tecnico-economiche.

Al riguardo si richiamano 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 con cui l'Autorità si è già espressa al riguardo.

Pertanto pur rinviando alle considerazioni ampiamente svolte nei predetti atti, si ribadisce qui 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.

Siffatti principi non sono verosimilmente destinati a mutare dopo l'approvazione della nuova Direttiva 2011/7/UE, che il Governo italiano dovrà recepire con decreto legislativo sulla base della delega conferita dal Parlamento ai sensi dell'art. 10 della legge n. 180 del 2011.

In conclusione, quindi, il bando di gara adottato dal Comune di Seregno è illegittimo, nella parte in cui prevede l'attribuzione di un punteggio proporzionalmente crescente alle offerte tecniche, per termini di pagamento del prezzo di fornitura superiori a 5 mesi.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che le stazioni appaltanti non possano prevedere l'accettazione di termini di pagamento difformi da quelli previsti dal d.lgs. n. 231 del 2002, come elemento di favorevole valutazione delle offerte tecniche nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

- che, per tale ragione, il Comune di Seregno è tenuto a modificare il bando di gara in parte qua.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 aprile 2012 Il Segretario: Maria Esposito

