

28 Mag 2019

Pagamenti, il focus sui termini in vigore dal 26 maggio con le clausole-tipo per i contratti

Paola Conio e Luca Leone

La «Legge Europea 2018» ha integralmente riscritto l'art. 113-bis del Codice contratti per evitare la prosecuzione della procedura di infrazione n. 2017/2090 aperta dalla Commissione Europea nei confronti dello Stato Italiano. Queste modifiche impattano anche sulla formulazione dei contratti, che dunque dovranno essere modificati dalle stazioni appaltanti, con nuove clausole su cui proveremo a dare qualche indicazione-tipo in questo articolo. In sintesi, la Commissione Europea contestava la previgente formulazione della norma in quanto la stessa avrebbe consentito alle stazioni appaltanti italiane di non rispettare la Direttiva 2011/7/UE sui termini di pagamento.

Il parere motivato adottato dalla Commissione nell'ambito della richiamata procedura di infrazione chiariva che l'articolo 113-bis del Codice contratti, nell'originaria formulazione, permetteva la prassi per cui il pagamento dell'appaltatore potesse intervenire entro 30 giorni dal certificato di pagamento, che poteva a propria volta essere emesso entro 30 giorni dal collaudo, andando sostanzialmente a raddoppiare i termini stabiliti a livello europeo. Ciò perché gli adempimenti amministrativi tra collaudo (o verifica di conformità) ed emissione del certificato di pagamento – di competenza, rispettivamente, del direttore dei lavori e del responsabile unico del procedimento – non erano necessariamente contemporanei.

La riscrittura dell'art. 113-bis e la differenza tra «acconto» e «pagamento»

La Legge Europea 2018 riscrive integralmente l'art. 113-bis. Per comprendere esattamente la portata della nuova disposizione occorre mettere in relazione la norma, da un lato, con la disposizione civilistica dell'art. 1666 c.c. in materia di «Verifica e pagamento di singole partite» nell'ambito dei contratti di appalto, dall'altro con il D.lgs. 231/2011, in particolare con l'art. 4 comma 6.

Il primo comma dell'art. 113-bis si riferisce agli «acconti» semplici. In sostanza i pagamenti che vengono fatti sulla base dei Sal, intesi quali documenti contabili che misurano l'avanzamento dell'opera, senza che sia stata prevista una scomposizione della stessa in "partite", ciascuna delle quali dotata di autonomia funzionale e sottoposta a un collaudo o una verifica di conformità. Ai sensi del citato art. 1666 cod. civ., secondo comma ultimo periodo, il pagamento di semplici acconti non fa mai presumere l'accettazione di quanto sino a quel momento compiuto dall'appaltatore.

Nel caso degli acconti semplici, il termine di pagamento ai sensi del comma 1 del novellato 113-bis e in conformità delle direttive europee deve avvenire entro 30 giorni dal momento in cui il Sal viene adottato, termine che può essere eventualmente esteso sino ad un massimo di 60 gg. nei casi in cui il maggior termine trovi una specifica motivazione nelle caratteristiche peculiari o nella natura particolare del contratto. Viene tendenzialmente eliminato il distacco temporale tra l'adozione del Sal e l'emissione del certificato di pagamento, che di norma avvengono contestualmente. Eventualmente l'emissione del certificato di pagamento può essere dilazionata

di 7 giorni rispetto all'adozione del Sal ma sarà comunque da quest'ultima data che l'amministrazione sarà costituita in mora nel caso di non tempestiva adozione del certificato di pagamento. Come si dirà nel prossimo paragrafo, la formulazione della norma potrebbe comunque lasciare aperta la porta a possibili comportamenti elusivi.

Nel comma secondo, invece, si fa riferimento ai «pagamenti». A differenza degli «acconti», i pagamenti hanno luogo all'esito – positivo – del collaudo o della verifica di conformità. Anche in questo caso viene eliminato il distacco temporale tra il collaudo/verifica di conformità ed emissione del certificato di pagamento, atteso che vi è contestualità tra i due adempimenti o, al massimo, la possibilità anche in questo caso di dilazione per sette giorni del termine di emissione del certificato di pagamento, che rappresenta il presupposto per la fatturazione. Il termine per il pagamento, tuttavia, decorre dall'esito positivo del collaudo nel caso in cui l'amministrazione non emetta tempestivamente il certificato e, quindi, non metta l'appaltatore nelle condizioni di poter emettere la fattura. Il comma secondo ha cura di specificare che «il certificato di pagamento non costituisce presunzione di accettazione dell'opera, ai sensi dell'articolo 1666, secondo comma, del codice civile». La disposizione del codice civile citata, come accennato, prevede che il pagamento del corrispettivo – a meno che non si tratti di acconti e sempre che vi sia stata un'articolazione della prestazione per singole "partite" – implica accettazione della parte dell'opera pagata.

Il terzo comma dell'art. 113-bis nella nuova formulazione prevede che resti fermo quanto stabilito dall'art. 4 comma 6 del D.lgs. 231/2011. Tale norma recita: «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».

L'emissione della fattura come presupposto per il pagamento

La norma dell'art. 113-bis dovrebbe, comunque, essere coordinata con quanto prevede la Direttiva n. 7/2011 al comma 2 lett. a) dell'art. 4, recepito dall'art. 4 comma 2 lett. a) del D.lgs. 231/2002, come sostituito dal D.Lgs. 192/2012 e, cioè, che il pagamento deve essere assicurato entro 30 gg. dal ricevimento della fattura, ciò anche per consentire all'amministrazione di svolgere i necessari incombenzi.

Il comma 2 dell'art. 113-bis - ma il ragionamento dovrebbe valere analogamente anche per il comma 1 - prevede che l'emissione del certificato di pagamento avvenga «ai fini dell'emissione della fattura».

Quindi la sequenza fisiologica del processo di pagamento dovrebbe comporsi dei seguenti passi:

- 1) esito positivo del collaudo (o adozione del Sal);
- 2) emissione contestuale del certificato di pagamento;
- 3) contestuale emissione della fattura da parte dell'appaltatore;
- 4) pagamento entro 30gg.

Se l'amministrazione esegue tempestivamente il collaudo/verifica di conformità (o adotta tempestivamente il Sal) ed emette contestualmente o, al più tardi nel termine di tolleranza di 7 gg. successivi, il certificato di pagamento – che costituisce il presupposto per l'emissione della fattura - non potrà essere considerata in mora se il pagamento interviene entro 30 giorni dal collaudo/verifica di conformità (o adozione del Sal). Detto termine, ovviamente, resta sospeso nel periodo intercorrente tra l'emissione del certificato di pagamento e la ricezione della fattura da parte dell'amministrazione.

Il coordinamento con il DM 49/2018 e i temi ancora aperti

Le modifiche apportate dalla Legge Europea non risolvono – rectius, potrebbero non risolvere –

le criticità applicative sottolineate dalla Commissione Europea nella citata procedura d'infrazione in particolare per quanto attiene al pagamento degli acconti.

Difatti, la norma fa riferimento alla decorrenza del termine di pagamento dall'"adozione" del Sal e non dal momento in cui maturerebbero le condizioni per l'adozione.

Quindi, sebbene a quel punto il certificato di pagamento dovrebbe essere contestuale o al più emesso a distanza di sette giorni, ove mancasse il presupposto dell'adozione formale del Sal il termine per il pagamento non prenderebbe a decorrere. Il che vorrebbe dire che le stazioni appaltanti potrebbero "giocare" sui tempi di adozione del Sal anziché su quelli di emissione del certificato di pagamento al fine di ottenere, dal punto di vista pratico, lo stesso risultato che ha indotto la Commissione Europea ad aprire la procedura d'infrazione.

Va, tuttavia, considerato che la previsione del novellato art. 113-bis dovrebbe essere necessariamente messa in relazione con le disposizioni del DM 49/2018 recante «Linee guida sullo svolgimento delle funzioni di direttore dei lavori e direttore dell'esecuzione», in particolare – per quanto concerne i lavori – con l'art. 13.

L'art. 13 del DM 49/2018 stabilisce che il direttore dei lavori provvede all'accertamento e alla registrazione di tutti i fatti producenti spesa contemporaneamente al loro accadere, «affinché possa sempre rilasciare gli stati d'avanzamento dei lavori entro il termine fissato nella documentazione di gara e nel contratto». Ciò implica un obbligo per il D.L. di garantire che l'adozione del Sal sia contestuale al momento della maturazione delle condizioni che, a norma del capitolato speciale e del contratto, ne implicino il rilascio. Diversamente, vi sarebbe comunque un inadempimento della stazione appaltante alle obbligazioni assunte nei confronti dell'appaltatore.

Più complessa potrebbe risultare la situazione per i servizi e le forniture in quanto l'art. 26 del Dm, non fa alcun riferimento all'adozione di stati di avanzamento delle prestazioni, ma specifica che «al fine di procedere con i pagamenti all'esecutore, il direttore dell'esecuzione accerta la prestazione effettuata, in termini di quantità e qualità, rispetto alle prescrizioni previste nei documenti contrattuali». In sostanza sembrerebbe farsi riferimento al caso contemplato nel comma 3 del nuovo 113-bis, che richiama il comma 6 dell'art. 4 del D.Lgs. 231/2011 ovvero l'ipotesi in cui sia prevista una procedura per la verifica della conformità della merce o del servizio al contratto, precisando che la stessa non può avere durata superiore ai 30 giorni, con la conseguenza che il termine di pagamento diventerebbe 30 + 30.

Considerando la finalità della modifica normativa e l'importanza che il tema dei termini di pagamento ha per le stazioni appaltanti e gli operatori economici sarebbe stato auspicabile un maggiore sforzo di chiarezza.

Cambiano i contratti, ecco le nuove formule

Come accennato, le norme presentano ancora delle opacità e, ovviamente, manca una linea interpretativa consolidata. Le clausole standard che proviamo qui di seguito a delineare, rappresentano soltanto dei suggerimenti, formulati sulla base dell'attuale stato dell'arte e non hanno in alcun modo la pretesa di costituire delle "clausole-tipo" di riferimento per le stazioni appaltanti.

APPALTO DI LAVORI

Art. X - Acconti sul corrispettivo

1. Ogni qualvolta i lavori eseguiti dall'appaltatore, contabilizzati ai sensi del capitolato speciale d'appalto, raggiungono un importo non inferiore al _____% (per cento) dell'importo contrattuale ovvero: l'importo di € _____] il Direttore dei Lavori, ai sensi dell'art. 13 del DM 49/2018 adotta il corrispondente Stato di Avanzamento Lavori (SAL) ai fini del pagamento

della rata di acconto.

2. Il direttore dei lavori, ai sensi dell'art. 14 comma 1 lett. d) del DM 49/2018 trasmette immediatamente lo stato di avanzamento al RUP, che emette il certificato di pagamento. Il certificato di pagamento ai fini dell'emissione della fattura deve intervenire, ai sensi dell'art. 113-bis del D.Lgs. 50/2016 contestualmente o, al più tardi, entro 7 giorni dall'adozione del SAL ai sensi del comma che precede.

3. Il RUP, previa verifica della regolarità contributiva dell'esecutore ai sensi del comma 9 dell'art. 105 del D.Lgs. 50/2016 e indicate le eventuali trattenute ai sensi dell'art. 30 c. 5 del medesimo decreto, invia il certificato di pagamento alla stazione appaltante.

4. Il termine per il pagamento degli acconti è di giorni 30 [ovvero, nel caso di contratti aventi oggettivamente particolare natura o peculiari caratteristiche: di giorni ___ (max 60). Tale termine è oggettivamente giustificato in ragione di quanto segue (specificare le motivazioni a supporto del maggior termine)].

4. Sull'importo dovuto ai sensi del precedente comma 1 è operata la ritenuta per la compensazione dell'anticipazione corrisposta ai sensi dell'articolo 35, comma 18 del D.Lgs. 50/2016, nonché le trattenute di cui all'art. 30 comma 5 e 5bis del D.Lgs. 50/2016.

5. La corresponsione degli acconti, ai sensi dell'art. 1666 cod. civ., non costituisce accettazione dei lavori contabilizzati.

Art. Y - Pagamenti a saldo

1. La liquidazione definitiva e il pagamento della rata di saldo risultante dal conto finale dei lavori, compilato dal direttore dei lavori con le modalità previste dal D.M. 49/2018, comprensiva delle trattenute ai sensi dell'art. 30 comma 5-bis del D.Lgs. 50/2018 al netto dei pagamenti già effettuati e delle eventuali penali da applicarsi ai sensi dell'art. 113 bis del D.Lgs. 50/2016, sono subordinati all'esito positivo del collaudo.

2. Il pagamento della rata di saldo deve essere effettuato nel termine di 30 (trenta) giorni [ovvero, nel caso di contratti aventi oggettivamente particolare natura o peculiari caratteristiche: di giorni ___ (max 60). Tale termine è oggettivamente giustificato in ragione di quanto segue (specificare le motivazioni a supporto del maggior termine).

3. L'emissione del certificato di pagamento relativo alla rata di saldo ai fini dell'emissione della fattura deve avvenire contestualmente o, al più tardi, entro sette giorni dall'esito positivo del collaudo.

4. L'emissione del certificato di pagamento relativo alla rata di saldo non costituisce presunzione di accettazione dell'opera ai sensi dell'articolo 1666, secondo comma, del codice civile.

5. Il pagamento della rata di saldo è comunque subordinato alla costituzione, da parte dell'appaltatore, della garanzia prevista all'art. 103 comma 6 del D.Lgs. 50/2016.

Art. Z - Presupposto per l'effettuazione dei pagamenti

1. Al fine di consentire all'Amministrazione la corresponsione degli acconti e il pagamento della rata di saldo l'appaltatore è tenuto all'emissione tempestiva della relativa fattura elettronica, completa di tutti gli elementi previsti dalla normativa vigente e in regola con la disciplina in materia di tracciabilità dei pagamenti.

2. I termini di pagamento degli acconti e della rata di saldo decorrenti, rispettivamente, dall'adozione del SAL e dall'esito positivo del collaudo, restano pertanto sospesi nel periodo intercorrente tra l'emissione del certificato di pagamento e la ricezione della relativa fattura da parte dell'amministrazione.