

## **Parere n.124 del 22/06/2011**

### **PREC 221/10/L**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'ANCE di Catania - " *Procedura aperta per l'esecuzione delle opere del programma di edilizia sperimentale sovvenzionata per Librino* " - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta: euro 8.493.696,00 - S.A.: Comune di Catania.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 28 luglio 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'ANCE di Catania ha chiesto un parere circa la legittimità del capitolato speciale d'appalto relativo all'intervento in oggetto nella parte in cui prevede (art. 16.1) che sull'importo netto progressivo dei lavori l'ente applicherà, oltre alla ritenuta dello 0,50% prevista dall'art. 7 D.M. 145/2000, anche una " *ritenuta del 15% non svincolabile e la cui erogazione avverrà solo dopo l'avvenuta approvazione degli atti di collaudo* " e che, in caso di ritardo nelle erogazioni da parte del Ministero delle Infrastrutture, " *l'impresa non potrà richiedere all'ente gli interessi per ritardato pagamento, ciò in deroga all'art. 26 L. 109/94, all'art. 30 D.M. n. 145/2000 e agli artt. 102 e 116 D.P.R. 554/99* ".

In riscontro all'istruttoria procedimentale formalmente avviata da questa Autorità in data 4 ottobre 2010, la S.A., con nota del 23 settembre 2010, ha rappresentato la necessità di conformare il contratto d'appalto alla regolamentazione del sottostante rapporto di provvista finanziaria per l'esecuzione dell'intervento in oggetto, radicato nella convenzione stipulata in data 9.10.2006, a seguito dell'accordo di programma del 3.11.2005, pubblicato nella GURS del 5.1.2006, tra il Ministero delle Infrastrutture, la Regione Siciliana ed il Comune di Catania, per la realizzazione di un programma di interventi sperimentali approvati con D.D. 13.5.2008, n. 3960.

#### *Ritenuto in diritto*

La questione controversa sottoposta all'esame di questa Autorità concerne la legittimità del capitolato speciale d'appalto relativo all'intervento indicato in oggetto per le motivazioni riportate in fatto.

Peraltro, con riferimento alla " *ritenuta del 15%* " - prevista dall'art. 16.1 del capitolato speciale d'appalto sui pagamenti in acconto in corso d'opera - " *non svincolabile, e la cui erogazione avverrà solo dopo l'avvenuta approvazione degli atti di collaudo* " giova, osservare, da quanto è dato desumere dagli atti, che la sua previsione deriva - nel quadro della legge 457/78 recante norme per l'edilizia residenziale - da apposita prescrizione contenuta nella convenzione finanziaria sopra citata.

Tale prescrizione pertanto è da ritenersi efficace se prevista rispetto agli appalti stipulati sulla base del sopra citato accordo di programma che di tali appalti costituisce il presupposto e che risulta, tra l'altro, noto ai concorrenti.

Per quanto riguarda, invece, la previsione contenuta sempre all'art. 16.1 del capitolato speciale d'appalto - secondo cui, in caso di ritardo nelle erogazioni da parte del Ministero delle Infrastrutture, " *l'Impresa non potrà richiedere all'Ente gli interessi per ritardato pagamento, ciò in deroga all'art. 26 L.109/94, all'art. 30 D.M. n.145/2000 e art. 102 e 116 D.P.R. 554/99* " - può ritenersi fondata la posizione dell'istante che ne postula la illegittimità. Ciò significa che tale previsione è assoggettabile al regime della nullità parziale di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c., per i seguenti motivi.

Va premesso che l'art. 26 della legge 109/94 è stato abrogato dall'articolo 256 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163, con decorrenza 1° luglio 2006, ai sensi di quanto disposto dall'articolo 257 del medesimo decreto e che, nella vigenza del Codice dei contratti pubblici, la materia è regolata dall'art. 133 del citato decreto legislativo, che prevede al comma 1 che " *in caso di ritardo... spettano all'esecutore dei lavori gli interessi, legali e moratori... ferma restando la sua facoltà...di agire ai sensi dell'articolo 1460 del codice civile, ovvero, previa costituzione in mora dell'amministrazione aggiudicatrice e trascorsi sessanta giorni dalla data della costituzione stessa, di promuovere il giudizio arbitrale per la dichiarazione di risoluzione del contratto* " (comma così modificato dall'articolo 2 del D.Lgs. 31 luglio 2007 n. 113).

Dal chiaro tenore della norma cogente sopra riportata si evince che, in tema di pagamenti ricadenti nell'ambito dei rapporti contrattuali disciplinati dalla normativa di settore, la regola è nel senso che il ritardato pagamento delle somme dovute dalla S.A. a titolo di prezzo o compenso revisionale negli appalti di opere pubbliche comporta sempre l'obbligo degli interessi in base alle norme che li

disciplinano; onde, sono nulle le pattuizioni che implicano la rinuncia preventiva ad ogni ristoro per i ritardi nei pagamenti dovuti, escludendo la corresponsione degli interessi anzidetti.

Viceversa, non può escludersi che il suddetto principio della irrinunciabilità preventiva dei crediti (del genere appunto di quelli relativi ai suindicati interessi) - valido al momento della contrattazione (quando, cioè, si rende necessario sottrarre la parte più debole a possibili abusi dell'Amministrazione) - sia sovvertito da una contraria determinazione delle parti, una volta che il diritto sia maturato (come è agevole argomentare *ex multis* da Cass. civ., sez. I, 29/2/2008, n. 5433). Invero, la normativa di settore è chiaramente volta ad evitare l'elusione dei diritti dell'appaltatore a mezzo di rinuncia preventiva ad essi, ma non esclude che le parti, una volta che questi diritti siano sorti, possano disporne, addivenendo ad una transazione.

In altri termini, va sottolineato come la normativa appena richiamata sia volta unicamente ad evitare che sull'operatore economico, titolare della commessa, ricada il rischio del ritardo (colpevole) nella prestazione del corrispettivo; laddove, per altro verso, il diritto agli interessi da ritardato pagamento nell'appalto nasce come diritto relativo che esaurisce la propria funzione entro un ordinario rapporto di credito - debito, senza che ricorrano, in una situazione giuridica simile, le caratteristiche che connotano le posizioni indisponibili (come libertà fondamentali e diritti assoluti, ovvero particolari status o potestà), aventi ad oggetto, direttamente o indirettamente, beni tutelati in via primaria dalla Costituzione.

In base a tutto quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, incensurabile la predetta ritenuta del 15%” prevista dall’art. 16.1 del capitolato speciale d’appalto sui pagamenti in acconto in corso d’opera e censurabile, viceversa, la previsione contenuta nello stesso articolo del capitolato speciale d’appalto, secondo cui, in caso di ritardo nelle erogazioni da parte del Ministero delle Infrastrutture, “ *l’Impresa non potrà richiedere all’Ente gli interessi per ritardato pagamento, ciò in deroga all’art. 26 L.109/94, all’art. 30 D.M. n.145/2000 e agli artt. 102 e 116 D.P.R. 554/99*”.

I Consiglieri relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 7 luglio 2011

Il Segretario: Maria esposito