

**FORNITURA DI ENERGIA ELETTRICA  
NEI PORTI DI CIVITAVECCHIA, GAETA E FIUMICINO  
BIENNIO 2016-2017  
CIG 64208171CF**

**Chiarimenti di ordine generale del 23/10/2015**

**Domanda:** l'art. 16 dello Schema di Contratto prevede che *Le forniture effettuate in forza del presente contratto saranno remunerate al Fornitore mensilmente, entro 60 giorni dalla data di emissione della fattura. Il Fornitore emetterà, mensilmente, la fattura relativa ai corrispettivi maturati per la fornitura effettuata nel mese precedente, maggiorata dell'I.V.A. e degli importi corrispondenti alle imposte erariali ed addizionali previste per legge (...). La Port Utilities, a mezzo del responsabile della commessa, verificata la documentazione di cui innanzi, visterà la fattura e, salvo richieste di integrazioni e chiarimenti, ne effettuerà il pagamento nei 60 giorni successivi. Qualora la Committente, all'esito del controllo delle fatture addebitate, rilevi errori o imprecisioni contesterà tali irregolarità al Fornitore, provvedendo a recuperare l'importo non dovuto sulla prima fattura utile, previo accordo con il Fornitore stesso.*

Sulla base della citata clausola, la Stazione Appaltante si riserva il diritto di verificare la regolarità delle fatture emesse dal Fornitore e, conseguentemente, di far decorrere il termine di pagamento dalla formale accettazione delle stesse fatture.

Tale previsione risulta censurabile per i profili di seguito esposti, sub specie di illegittima determinazione unilaterale di termini di pagamento superiori a quelli previsti dal d.lgs. n. 231/2002.

Il Consiglio di Stato si è formalmente risolto ad affermare l'invalidità di clausole del bando e del conseguente contratto che prevedano termini di pagamento e tassi di interesse difforni rispetto a quanto sancito dagli artt. 4 e 5 del D.Lgs. 231/2002. In particolare, la Sezione IV del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 469 del 2.2.2010, si è pronunciata osservando che: *"L'amministrazione pubblica ... non ha il potere di stabilire unilateralmente le conseguenze del proprio stesso inadempimento contrattuale (come gli interessi moratori o le conseguenze del ritardato pagamento) né potrebbe subordinare la possibilità di partecipare alle gare alla accettazione di clausole aventi simili contenuti, se non a costo di ricadere sotto le sanzioni di invalidità, per iniquità, vessatorietà, mancanza di specifica approvazione a seguito di trattative, sanzioni sopra descritte"* (in tal senso, Consiglio Stato, V, 30 agosto 2005, n. 3892). Nel solco di tale orientamento, si è affermato che non può sostenersi la prevalenza di tali clausole rispetto a quanto previsto dal decreto legislativo di recepimento della direttiva comunitaria: a parte il valore di supremazia della disciplina di derivazione comunitaria, oltre che della normativa nazionale imperativa, vale il principio per cui il contratto obbliga le parti non solo alle regole previste dal medesimo, ma anche al rispetto delle regole imperative e a tutto ciò che deriva dalla legge, dagli usi o dalla equità (articoli 1339, 1419, 1418 e 1374 del codice civile).

Così pronunciando, dunque, il Consiglio di Stato ha autorevolmente sancito l'invalidità di clausole del bando derogatorie dei termini e modi di pagamento previsti dal D.Lgs. 231/2002.

Sul tema, inoltre, è intervenuta anche l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, che ha rilevato – nella individuazione unilaterale in deroga – una erronea o difforme applicazione, da parte della P.A., delle disposizioni in esame. La stessa Autorità, quindi, con la Determinazione del n. 4 del 7 luglio 2010 (pubblicata in G.U.R.I. n. 174 del 28 luglio 2010) ha opportunamente osservato come le stazioni appaltanti siano obbligate ad attenersi, nella redazione dei documenti di gara e dei documenti contrattuali attinenti ai contratti pubblici di servizi e forniture, alle disposizioni previste dal D.Lgs. 231/2002 con riguardo ai termini di pagamento, alla decorrenza degli interessi moratori ed al saggio di interessi applicabile in caso di ritardo, ed ha altresì censurato l'illegittimità dell'operato di quelle amministrazioni che avevano incluso la richiesta di termini di pagamento in deroga al D.Lgs. 231/2002 tra gli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (premiando, così, con maggiore punteggio, il concorrente che avesse proposto tempi di pagamento più lunghi di quelli normativamente previsti, o saggi di interesse inferiori a quelli di legge).

**Risposta:** L'art.4 comma 4 del D.Lgs n. 231/2002 così come modificato dal D.Lgs n. 192/2012 prevede espressamente che *“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”*. Considerato che la possibilità di pattuire un termine per il pagamento superiore a quello previsto dal comma 2 risulta in contrasto con il comma 2 dell'art. 307 del DPR n. 207/2010 che sancisce che *“I pagamenti sono disposti nel termine indicato dal contratto.....”* nonché risulta in contrasto con i principi del D.Lgs n. 163/2006 secondo i quali un accordo in deroga deve essere reso pubblico già con il bando affinché tutti i concorrenti possano esserne a conoscenza e possano opportunamente tenerne conto nella formulazione dell'offerta, il termine di pagamento viene confermato pari a 60 giorni dalla data di emissione della fattura.

**Domanda:** Lo stesso articolo prevede, inoltre, che *“Pena la sospensione dei pagamenti, il Fornitore si impegna a trasmettere entro i primi 20 giorni del mese successivo a quello della fornitura, salvo quanto previsto specificamente in ordine alla fatturazione del distributore, a propria cura e spese, su web con accesso riservato e protetto, ogni tipo di dettaglio sui prelievi effettuati (...).”*

Posto che, in caso di aggiudicazione, si intende adempiere scrupolosamente a tutti gli obblighi previsti dal bando e dai documenti di gara, si evidenzia che l'eventuale invio di dati, da parte del Fornitore, non può incidere sul tempestivo pagamento in favore del fornitore. A tal proposito, il D. Lgs. n. 231/02 non subordina il pagamento degli importi all'invio di documentazione da parte del fornitore limitandosi ad affermare che, come sopra già precisato, il termine di pagamento, nella transizioni commerciali, è pari a 30 giorni decorrenti dalla ricezione della fattura. Si chiede pertanto di modificare l'art. 16 in conformità alla vigente normativa.

**Risposta:** in merito all'art.16 dello Schema di Contratto, il 3° capoverso "*Pena la sospensione dei pagamenti, il Fornitore si impegna a trasmettere entro i primi 20 giorni del mese successivo a quello della fornitura, salvo quanto previsto specificamente in ordine alla fatturazione del distributore, a propria cura e spese, su web con accesso riservato e protetto, ogni tipo di dettaglio sui prelievi effettuati (...).*" viene riformulato nel seguente modo: "*Pena l'applicazione delle penali di cui al primo capoverso dell'articolo 20 del contratto, il Fornitore si impegna a trasmettere entro i primi 20 giorni del mese successivo a quello della fornitura, salvo quanto previsto specificamente in ordine alla fatturazione del distributore, a propria cura e spese, su web con accesso riservato e protetto, ogni tipo di dettaglio sui prelievi effettuati (...).*"

**Domanda:** Con riferimento all'art. 20 dello Schema di Contratto, si chiede di voler modificare tale clausola in quanto appare non essere in linea con la vigente normativa e con la ratio concernente l'istituto delle penali. Queste ultime sono infatti dovute solo ed esclusivamente in presenza di inadempimenti, o ritardo nell'adempimento, di espresse obbligazioni previste analiticamente nel bando e nei documenti di gara. Per tali ragioni, l'art. 20 appare troppo generico in quanto subordina il pagamento delle penali alla pretesa difformità, nell'esecuzione della fornitura, delle obbligazioni gravanti sul Fornitore accordando così alla stazione appaltante un ampio potere discrezionale relativamente alla irrogazione delle sanzioni. Si chiede inoltre di voler rimodulare il *quantum* delle penali di cui all'art. 20 in funzione della gravità dei pretesi inadempimenti del Fornitore.

**Risposta:** Si conferma quanto prescritto dall'art. 20 dello schema di contratto in ordine al quantum delle penali in quanto lo stesso è rimesso alla discrezionalità del Committente. La tipologia di obbligazioni gravanti sul fornitore è specificata nel 3° capoverso dell'art. 16 e all'art. 19 dello schema di contratto.

**Domanda:** L'art. 22 dello Schema di Contratto prevede che (...) *Le parti pattuiscono altresì, ai sensi dell'art.1260, comma 2, e degli artt.1261 e seguenti del Codice Civile, che la cessione dei crediti relativi al presente contratto è vietata.* Tale clausola non è in linea con quanto previsto dall'art. 117 D. Lgs. n. 163/06 il quale accorda al soggetto aggiudicatario il diritto di cedere i crediti presenti e futuri derivanti dal contratto di fornitura rinviando espressamente alla Legge 21 febbraio 1991 n. 52. Si chiede pertanto di voler modificare la sopra riportata clausola in conformità alla vigente normativa.

**Risposta:** Si rammenta che la Port Utilities S.p.A. è una società privata che svolge un servizio di interesse generale in ambito portuale.

Ai sensi dell'articolo 3 comma 29, ultimo periodo, e comma 25 la società Port Utilities S.p.A. pur essendo un "ente aggiudicatore" e pertanto tenuta all'applicazione del D.Lgs 163/06, non rientra nella definizione di "amministrazione aggiudicatrice" a cui fa esplicito riferimento l'art. 117 del succitato decreto.

Pertanto la società Port Utilities S.p.A., è soggetta, in merito al tema della cessione del credito, all'applicazione della normativa civilistica citata nello schema di contratto.

Si evidenzia altresì che l'art. 16 del contratto prevede che il pagamento avvenga a mezzo di domiciliazione bancaria pertanto la eventuale cessione produrrebbe difficoltà nella gestione operativa dei pagamenti salvo che il soggetto al quale viene ceduto il credito sia il medesimo per tutte le fatture e per tutta la durata contrattuale.

**Domanda:** Si chiede, infine, conferma che il contratto di fornitura sarà stipulato mediante scrittura privata. Qualora, invece, codesta stazione appaltante abbia previsto una forma contrattuale diversa, si chiede, cortesemente di conoscere nello specifico quale sia, e l'ammontare delle spese contrattuali.

**Risposta:** Si conferma che il contratto di fornitura sarà stipulato mediante scrittura privata.



IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

Dott. Enrico Maria Arcadi