

C-299/19-1

RG n. 12610/2017

TRIBUNALE ORDINARIO di TORINO

Sezione specializzata in materia d'impresa

Il Tribunale in composizione collegiale nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. Silvia Vitro'

dott. Enrico Astuni

dott. Alberto La Manna

Presidente

Giudice rel.

Giudice

Iscritto nel Registro della Corte di giustizia sotto il n° 11127-96	
Lussemburgo,	12. 04. 2019
Fax/E-mail: _____	
Depositato il: 11/4/19	
Roberto Schiano Amministratore	

nel procedimento per reclamo iscritto al n. r.g. 12610/2017 promosso da:

TECHBAU S.P.A. (C.F. 06336690968) con sede legale in Milano, P.za Giovine Italia n. 3, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Bonomi del foro di Varese, con studio in Varese (VA) Via Orrigoni n. 6, presso cui è domiciliata (casella PEC luigi.bonomi@varese.pecavvocati.it)

attrice

contro

AZIENDA SANITARIA LOCALE AL (C.F. 02190140067), con sede legale in Casale Monferrato, Viale Giolitti n. 2, rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Castellotti, con studio in Tortona (AL) Via Galileo Galilei n. 1, presso cui è domiciliata (casella PEC carlo.castellotti@ordineavvocatitortona.eu)

convenuta

Ha emesso la seguente

ORDINANZA di RINVIO PREGIUDIZIALE EX ART. 267**del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea****1. I fatti di causa.**

Tra la Azienda Sanitaria Locale di Alessandria (d'ora in avanti anche solo "ASL") e Techbau S.p.A. (d'ora in avanti anche solo "Techbau") è stato concluso in data 29.04.2010 un contratto di appalto per il corrispettivo complessivo di € 7.487.719,49 (doc. 1.a.ii att.). Oggetto del contratto è la fornitura e allestimento "chiavi in mano" di un blocco operatorio mediante sistema modulare prefabbricato per l'Ospedale Santo Spirito di Casale Monferrato. Ai sensi dell'art. 1 ("Oggetto") del capitolato speciale di gara (doc. 1.a.ii att., pag. 28 di 91) la prestazione a carico dell'impresa consiste ne "- la fornitura di un blocco operatorio di n. 6 sale operatorie a sistema modulare prefabbricato, corredato degli spazi accessori necessari, dei corridoi di collegamento, previa realizzazione della struttura portante; - la progettazione di gara, redatta sulla base delle specifiche tecniche richieste nel presente Capitolato; - l'esecuzione di tutte le opere civili ed impiantistiche occorrenti e funzionali alla fornitura".

La ASL ha pagato il corrispettivo contrattuale, ma incorrendo in gravi ritardi rispetto alle scadenze previste nell'art. 40 del capitolato speciale di gara (doc. 1.a.ii att., pag. 76 di 91), secondo cui "il pagamento [doveva essere] effettuato, a mezzo mandato, a 90 gg. dalla data di ricevimento della fattura". Techbau ha liquidato gli interessi moratori che assume a lei dovuti in € 197.008,65 e agito in giudizio per il pagamento. Nelle sue conclusioni definitive, Techbau chiede la condanna della ASL a rifondere gli interessi di mora al saggio previsto dal d.lgs. 9.10.2002 n. 231 nella misura anzidetta e in subordine secondo il codice degli appalti vigente razione temporis (d. lgs. 163/2006) nella misura di € 93.452,31.

La ASL resiste in diritto, deducendo che il contratto 29.4.2010 è un appalto di opera pubblica, che il d.lgs. 231/2002 riguarda esclusivamente "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" e che la formulazione della norma, "la consegna di

CURIA GREFFE Luxembourg	
Entrée	11. 04. 2019

Firmato Da: ASTUNI ENRICO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 499fb26a809feb8ca6ac75bb0130de1c - Firmato Da: VITRO' SILVIA Emesso Da: ARUBAPEC PER CA DI FIRMA QUALIFICATA Serial#: 499fb26a809feb8ca6ac75bb0130de1c

merci o la prestazione di servizi" esclude l'applicabilità di questa disciplina al contratto di appalto di opera, pubblico o privato. Techbau ha replicato sul punto, osservando che il corrispettivo pattuito è per il 73% imputabile a forniture e per il 27% a servizi e che, pertanto, secondo un criterio di prevalenza, il contratto pubblico concluso dovrebbe qualificarsi nel suo insieme come contratto di fornitura e servizi (anziché come appalto di opera), al quale sarebbe non controversa l'applicabilità del d. lgs. 231/02.

Dall'esame dei fatti di causa e delle posizioni assunte dalle parti, il Collegio ritiene necessario sciogliere la questione interpretativa che riguarda l'art. 2 comma 1 lett. a) del d.lgs. 9.10.2002 n. 231 poiché:

- dal riscontro tra la data fattura e la data dei corrispondenti accreditati risultano ritardi di pagamento più o meno estesi, che l'attrice ha analiticamente esposto (cfr. memoria 2 pag. 2-3) e la convenuta non ha in alcun modo specificamente contestato;
- il contratto 29.4.2010 ricade giuridicamente nel tipo del contratto di opera, anziché in quello di fornitura.

In diritto, secondo condivisa giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato 2.4.1996 n. 375), "mentre l'appalto è il contratto mediante cui una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio, la compravendita ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un diritto verso il corrispettivo di un prezzo, di talché, in materia di appalti pubblici, la differenza tra i due contratti consiste nella prevalenza, sia quantitativa, sia funzionale secondo l'intenzione delle parti, della fornitura della materia o della cosa (vendita), oppure del lavoro (appalto d'opera)". Il criterio della prevalenza del lavoro rispetto alla materia (o viceversa) si precisa, piuttosto che in termini quantitativi, secondo l'effettivo intendimento delle parti. Pertanto "si è in presenza d'un contratto d'appalto o d'opera se l'oggetto effettivo e prevalente dell'obbligazione assunta dal produttore-venditore è la realizzazione d'un *opus unicum* od anche d'un *opus* derivato dalla serie, ma oggetto di sostanziali adattamenti o modifiche a richiesta del destinatario, laddove la fornitura della materia è un semplice elemento concorrente nel complesso della realizzazione dell'opera e di tutte le attività a tal fine intese. Al contrario, si è in presenza d'un contratto di compravendita, se le attività necessarie a produrre il bene costituiscono solo l'ordinario ciclo produttivo del bene, che può anche concludersi con l'assemblaggio delle sue componenti presso il destinatario, ma è la sola consegna del bene stesso, l'effettiva obbligazione del produttore-venditore" (tra molte Cons. Stato 7.7.2014 n. 3421).

In punto di fatto, dall'esame del capitolato speciale di gara allegato al contratto 29.4.2010 l'opera (n. 6 sale operatorie prefabbricate) appare oggetto di sostanziali e specifiche richieste della stazione appaltante: il capitolato prevede al riguardo "indicazioni e vincoli progettuali" (art. 3), l'obbligo dell'aggiudicatario di consegnare alla ASL entro 45 giorni naturali e consecutivi dall'aggiudicazione "il progetto esecutivo dell'opera", la riserva all'amministrazione della "approvazione formale del progetto" nei 15 giorni successivi, la conseguente consegna del cantiere per l'esecuzione dei lavori (art. 21). Ai sensi dell'art. 22 l'appaltatore è tenuto ad eseguire i lavori "secondo le migliori regole dell'arte e le prescrizioni impartite dalla Azienda" e ad ottenere le autorizzazioni ad edificare eventualmente necessarie. Questi chiari indici riconducono il contratto al tipo dell'appalto di opera (o di lavori), anziché alla fornitura (o vendita), senza che offra argomenti in senso contrario la circostanza che le forniture pur previste, per l'allestimento ed arredo delle sale operatorie, possano avere un'incidenza percentualmente maggiore sul costo complessivo dell'opera, poiché in una valutazione di insieme, secondo il canone dell'interesse delle parti (vedi la già citata Cons. Stato 7.7.2014 n. 3421), è preminente l'interesse della stazione appaltante alla costruzione dell'opera (le sale operatorie) rispetto a quello a dotarle di arredi.



2. Il diritto nazionale.

La direttiva 2000/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 giugno 2000, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, è stata recepita dall'Italia con il citato d.lgs. 9.10.2002 n. 231. Questo decreto è stato in seguito emendato con d. lgs. 9.11.2012 n. 192, che ha trapposto nell'ordinamento italiano la direttiva 2011/7/CE e è stato a sua volta oggetto di interpretazione autentica da parte del legislatore italiano con legge 30.10.2014 n. 161 (art. 24, in particolare).

Poiché il contratto oggetto del presente giudizio è stato concluso prima dell'entrata in vigore della direttiva 2011/7/CE si farà riferimento alle disposizioni del d.lgs. 231/02 quali originariamente pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

L'ambito di applicazione del d.lgs. 231/02 riguarda "ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale" (art. 1 comma 1), dove per "transazioni commerciali" si intendono "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" (art. 2 comma 1 lett. a). L'art. 2 comma 1 lett. b) elenca le Amministrazioni che devono ritenersi pubbliche per gli effetti della direttiva: "le amministrazioni dello Stato, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti pubblici territoriali e le loro unioni, gli enti pubblici non economici, ogni altro organismo dotato di personalità giuridica, istituito per soddisfare specifiche finalità d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dalle regioni, dagli enti locali, da altri enti pubblici o organismi di diritto pubblico, o la cui gestione è sottoposta al loro controllo o i cui organi d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti, almeno per la metà, da componenti designati dai medesimi soggetti pubblici".

Il punto controverso, nella delimitazione dell'ambito di applicazione, riguarda l'oggetto del contratto. Specificamente, è stato autorevolmente messo in dubbio, ancora prima dell'entrata in vigore del decreto 231/02, che la nozione di contratto avente a oggetto, "in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo" comprenda l'appalto di opera, che nella definizione del contratto di appalto data dal codice civile (art. 1655 c.c.) è tenuto distinto dall'appalto di servizi: "l'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro".

Con riguardo alla pretesa inapplicabilità del d.lgs. 231/02 all'appalto di opera vedi parere dell'Autorità Garante per i Lavori Pubblici in data 27.3.2002 n. 5 confermato in epoca recente dall'Autorità Nazionale Anti Corruzione con parere n. 50 in data 21.3.2012 (doc. 9 ASL). In quest'ultimo parere si legge che "la disciplina appena richiamata non trova però applicazione per quanto attiene, invece, ai contratti pubblici di lavori; è lo stesso d. lgs. 231/2002, infatti, che, stabilendo il proprio ambito di applicazione, lo circoscrive "ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale" chiarendo poi all'art. 2 comma 1 lett. a) che sono da intendersi 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". Manca dunque, ad oggi, una specifica normativa di contrasto al fenomeno dei ritardi nei pagamenti che sia applicabile anche ai contratti pubblici di lavori".

Segue dunque nella ritenuta inapplicabilità del d.lgs. 231/02, che "le norme che garantiscano un tempestivo pagamento dei crediti dell'appaltatore nell'ambito di un affidamento di lavori pubblici, quale appunto quello oggetto del presente esame, andranno dunque rinvenute nell'art.133 del D.lgs.163/2006 e nel



Nuovo Regolamento di Attuazione del Codice dei Contratti Pubblici (artt.142, 143 e 144), in cui sono confluite le disposizioni del Capitolato Generale delle Opere Pubbliche approvato con D.M. n.145 del 19 aprile 2000 (artt.29 e 30). Il citato art. 133, nel disciplinare i termini di adempimento, prevede, infatti, che *"In caso di ritardo nella emissione dei certificati di pagamento o dei titoli di spesa relativi agli acconti e alla rata di saldo rispetto alle condizioni e ai termini stabiliti dal contratto, che non devono comunque superare quelli fissati dal regolamento di cui all'art.5, spettano all'esecutore dei lavori gli interessi, legali e moratori..."* e appunto al Regolamento di Attuazione del Codice è demandata la fissazione di una puntuale tempistica per il pagamento di acconti e saldo maturati nell'esecuzione di lavori pubblici nonché l'entità degli interessi da corrispondere in caso di ritardato pagamento. È previsto, infatti che alla maturazione di ogni stato di avanzamento dei lavori, il termine per l'emissione dei certificati di pagamento relativi agli acconti non possa superare i quarantacinque giorni; una volta emesso il certificato, il pagamento deve essere disposto entro i successivi trenta giorni. Ove il certificato venga emesso oltre i previsti quarantacinque giorni, all'appaltatore andranno riconosciuti gli interessi legali sulle somme dovute e se il ritardo supera i sessanta giorni, andranno riconosciuti gli interessi moratori. Qualora il pagamento sia effettuato oltre i trenta giorni dall'emissione del certificato, a partire dal giorno successivo e fino al sessantesimo giorno di ritardo spettano gli interessi legali, oltre il sessantesimo giorno di ritardo spetteranno gli interessi di mora. (artt.143 e 144 del Regolamento). Per quanto riguarda infine il pagamento della rata di saldo, è previsto un termine di novanta giorni successivi all'emissione del certificato di collaudo provvisorio, ovvero del certificato di regolare esecuzione (artt.143 e 144 del Regolamento). Risulta altresì determinata la misura degli interessi di mora applicabili, per cui si rinvia ad un apposito Decreto Ministeriale da emanarsi annualmente". Il giudizio di sintesi del confronto tra le due normative è che *"la normativa in tema di ritardato pagamento nei lavori pubblici appena richiamata appa[re], evidentemente, meno favorevole all'appaltatore di quella sancita dal D.lgs.231/2002 per gli affidamenti di servizi e forniture"* (così il citato parere n. 50 del 21.3.2012).

La giurisprudenza italiana non s'è discostata da questi pareri, allineandosi all'orientamento restrittivo ed escludendo l'applicazione del d.lgs. 231/02 all'appalto di opera, indifferentemente pubblico e privato. Vedi Trib. Asti 16.8.2011 e Trib. Parma 10.10.2017, entrambe disponibili sulla banca dati online *Jus Explorer*.

Quest'impostazione della questione è insoddisfacente, perché pretende di ricavare il significato della *"consegna di merci o prestazione di servizi"*, ai fini della delimitazione del campo di applicazione del d.lgs. 231/02, esclusivamente da una norma di diritto interno e senza considerare che il d.lgs. 231/02, avendo la funzione di trasporre nell'ordinamento italiano la direttiva 2000/35/CE, deve essere interpretato secondo il significato che l'espressione *"consegna di merci o prestazione di servizi"* assume nell'ordinamento dell'Unione. In ogni caso, un'interpretazione orientata dal diritto nazionale non può avere per effetto di restringere il campo di applicazione rispetto a quello obbligatoriamente previsto dalla fonte comunitaria, a meno che quest'ultima non lasci agli Stati membri margini di discrezionalità e-o faccia rinvio al diritto interno per stabilire il significato di un'espressione.

3. Il diritto dell'Unione. La direttiva 2000/35/CE

La direttiva 2000/35/CE non lascia margini discrezionali agli Stati membri per quanto concerne il campo di applicazione. L'art. 6 par. 2 dà agli Stati membri la facoltà di *"lasciare in vigore od emanare norme che siano più favorevoli al creditore di quelle necessarie per conformarsi alla presente direttiva"* (art. 6 par. 2). Questa facoltà non è rilevante nel caso di specie, poiché la disciplina nazionale di contrasto ai ritardi di pagamento nell'appalto di opere pubbliche è dichiaratamente *"meno favorevole all'appaltatore di quella sancita dal D.lgs.231/2002 per gli affidamenti di servizi e forniture"* (così il cit. parere n. 50 del 21.3.2012).



L'art. 6 par. 3 dà altresì la facoltà di escludere "i debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore" e poche altre fattispecie di modesto impatto: esclusioni qui tuttavia inapplicabili. Pertanto, la nozione di "prestazione di servizi" deve ricevere un'interpretazione autonoma, interna alla direttiva e in linea col diritto dell'Unione Europea, al fine di stabilire se in essa rientri o meno l'appalto di opera.

All'interno della direttiva, la nozione di pubblica amministrazione viene mutuata da quella prevista nelle direttive sugli appalti pubblici. L'art. 2 n. 2 della direttiva richiama le precedenti 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE e 93/38/CEE, che riguardano distintamente l'appalto di servizi (92/50), l'appalto di forniture (93/36), l'appalto di lavori (93/37) e infine l'appalto di lavori, servizi e forniture in settori speciali – acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni (93/38). Il riferimento normativo a queste direttive è andato perduto nella legge di trasposizione della direttiva, visto che il d. lgs. 231/02 ha preferito un'elencazione ampia e autosufficiente dei soggetti qualificati come "pubblica amministrazione" (vedi sopra) agli effetti della disciplina sui ritardi di pagamento. Nondimeno, l'interpretazione deve farsi sul testo della direttiva e non sul decreto legislativo: sotto questo profilo, si segnala la direttiva 93/37/CEE, che riguarda specificamente gli appalti pubblici di lavori, definiti dall'art. 1, lett. a) come i "contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera di cui alla lettera c) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice". A sua volta la lett. c) definisce come "opera il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica". È evidente che non vi sarebbe alcuna ragione di adottare la nozione di amministrazione prevista da questa direttiva se l'appalto d'opera (o lavori) fosse estraneo alla nozione di transazione commerciale, incentrata su "consegna di beni o prestazione di servizi", e quindi anche alla disciplina dei ritardi di pagamento.

Allargando la visuale a un altro ramo del diritto europeo, la formula "consegna di merci o prestazione di servizi" definisce, con buona approssimazione e salve varianti lessicali che non appaiono essenziali ai fini che ne occupano ("cessioni di beni e prestazione di servizi"), il campo di applicazione dell'imposta sul valore aggiunto: vedi art. 2 della direttiva 77/388/CEE, che assoggetta all'Iva "le cessioni di beni e le prestazioni di servizi, effettuate a titolo oneroso all'interno del paese da un soggetto passivo che agisce in quanto tale". In senso conforme vedi oggi art. 2 par. 1 lett. a) della direttiva 2006/112/CE. Nessuno ha mai messo in dubbio che anche l'appalto di opere rientri nel campo di applicazione dell'IVA, evidentemente quale prestazione di servizi. Vedi per il diritto italiano l'art. 3 del D.P.R. 26.10.1972 n. 633 (c.d. legge IVA): "Costituiscono prestazioni di servizi le prestazioni verso corrispettivo dipendenti da contratti d'opera, appalto, trasporto, mandato, spedizione, agenzia, mediazione, deposito e in genere da obbligazioni di fare, di non fare e di permettere quale ne sia la fonte".

Questi argomenti, convergenti, conducono a ritenere ragionevolmente plausibile l'interpretazione dell'art. 2 n. 1 della direttiva 2000/35/CE nel senso che la nozione di "consegna di merci o prestazione di servizi" comprenda anche l'appalto di opera, indifferentemente privato e pubblico, e specificamente l'appalto pubblico di lavori ai sensi della direttiva 93/37/CEE.

4. Segue. La direttiva 2011/7/CE e la sua trasposizione nell'ordinamento italiano.

La successiva direttiva 2011/7/CE offre un ulteriore argomento per l'interpretazione della direttiva 2000/35/CE, poiché l'11° considerando fa emergere la preoccupazione dell'Unione di evitare interpretazioni ingiustamente restrittive del campo di applicazione, in particolare sotto il profilo che qui interessa. Si legge che "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". L'uso del condizionale non può essere inteso come semplice raccomandazione, visto che ricorre sistematicamente nei considerando, anche al fine di definire il campo di applicazione incontrovertito e obbligatorio; vedi ad esempio l'8° considerando: "l'ambito di applicazione della presente direttiva dovrebbe essere limitato ai pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo per una transazione commerciale. La presente direttiva non dovrebbe disciplinare le transazioni con i consumatori ecc."

Astrattamente, l'11° considerando è passibile di due diverse interpretazioni. In un primo senso si può intendere che l'Unione europea abbia inteso ampliare il campo di applicazione della disciplina contro i ritardi di pagamento a materie – la "progettazione e l'esecuzione di opere e edifici pubblici, nonché i lavori di ingegneria civile" – in precedenza non regolate dalla direttiva 2000/35/CE. Quest'interpretazione, di taglio innovativo, non osta dunque a una normativa nazionale che escluda dal campo di applicazione della disciplina sui ritardi di pagamento l'appalto di opera pubblica, fino alla scadenza del termine per la trasposizione della direttiva 2011/7/CE. In un secondo senso, si può invece intendere che l'Unione abbia inteso confermare il campo di applicazione della disciplina contro i ritardi di pagamento, comprendendo espressamente al suo interno anche materie che, pur rientrando nella nozione di "fornitura di merci e prestazione di servizi", uno o più Stati – e tra questi l'Italia per quanto concerne l'appalto di opera pubblica – hanno lasciato fuori dalle normative nazionali, ingenerando disarmonie applicative. Quest'interpretazione, di taglio confermativo, osta dunque a una normativa nazionale che, trasponendo la direttiva 2000/35/CE, lasci fuori dal proprio campo di applicazione l'appalto di opere pubbliche.

Osserva il Collegio remittente che, tra le due possibili interpretazioni, la seconda appare più plausibile, atteso che la direttiva 2011/7/CE, novellando la precedente, ne ha confermato invariato il campo di applicazione, quale definito dagli artt. 1 e 2, nel senso che esso concerne "ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale" (art. 1 par. 2), fatta salva la possibilità di "escludere i debiti che formano oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, comprese le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito" (art. 1 par. 3), e che deve intendersi per "transazione commerciale" qualunque contratto "tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni che comporta la fornitura di merci o la prestazione di servizi dietro pagamento di un corrispettivo" (art. 2 n. 1).

La trasposizione della direttiva (d. lgs. 9.11.2012 n. 192) ha lasciato invariato l'apparente campo di applicazione, mantenendo ferma la nozione di "transazione commerciale" e limitandosi ad aggiornare la nozione di pubblica amministrazione a quella contenuta nel codice dei contratti pubblici del 2006 ("le amministrazioni di cui all'articolo 3, comma 25, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e ogni altro soggetto, allorché svolga attività per la quale è tenuto al rispetto della disciplina di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163"), ma ha ignorato la sollecitazione dell'11° considerando ad adottare una formulazione più chiara circa il campo di applicazione della disciplina sui ritardi di pagamento, che vi facesse rientrare al di là di ogni possibile dubbio esegetico anche l'appalto di opera.

Aperta nei confronti dell'Italia una procedura di infrazione (EU PILOT/5216/13/ENTR), lo Stato italiano ha ottemperato con legge 30.10.2014 n. 161, art. 24 che ha dato interpretazione autentica dell'art. 2, comma 1, lett. a) del d. lgs. 9.10.2002 n. 231 "come sostituito dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 9 novembre 2012, n. 192, [...] nel senso che le transazioni commerciali ivi considerate comprendono anche i contratti previsti dall'articolo 3, comma 3, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163". Quest'ultima norma definisce come "contratti" o "contratti pubblici" quelli di "appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o



lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori". A seguito dell'interpretazione autentica non può essere più controverso che l'appalto di opere o lavori rientri oggi nel campo di applicazione della disciplina di derivazione comunitaria sui ritardi di pagamento.

La legge 161/2014 manca tuttavia di un'adeguata disciplina transitoria e trascura pertanto di chiarire se l'interpretazione autentica concernente la nozione di "transazioni commerciali" copra tutto l'arco temporale di vigenza del d.lgs. 231/02 oppure abbia una decorrenza degli effetti a partire dall'entrata in vigore del d.lgs. 192/2012 e quindi si applichi esclusivamente ai contratti che sono stati conclusi dopo l'1.1.2013 (vedi art. 3 del d.lgs. 192/2012).

Depone in questo senso almeno un elemento testuale. Infatti, oggetto dell'interpretazione autentica, ai sensi dell'art. 24 comma 1 della legge 161/2014, è la nozione di "transazione commerciale" contenuta nell'articolo 2, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, come sostituito dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 9 novembre 2012, n. 192". Benché la nozione di transazione commerciale non abbia subito una significativa modifica, il riferimento al testo dell'articolo 2 "come sostituito dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 9 novembre 2012, n. 192" può far presumere che la norma interpretativa decorra anch'essa dall'entrata in vigore dell'ultima legge oggetto di interpretazione, ossia del d.lgs. 192/2012 e si applichi ai contratti conclusi dopo l'1.1.2013.

5. Conclusioni.

In definitiva, il Collegio remittente ritiene: che ai fini della decisione della causa sia necessario stabilire se l'art. 2 comma 1 lett. a) del d.lgs. 231/02 si applichi anche al contratto di appalto di opera pubblica concluso prima dell'1.1.2013; che la norma di interpretazione autentica (art. 24 della legge 161/2014) lasci irrisolta la questione, visto che non contiene una chiara ed espressa disciplina transitoria che estenda la portata della disposizione ai contratti anteriori all'entrata in vigore dell'ultima legge oggetto di interpretazione; che ai fini dell'applicazione dell'art. 2 comma 1 lett. a) del d.lgs. 231/02 nel rispetto della normativa comunitaria sia dunque dirimente la questione se la nozione di transazione commerciale di cui alla direttiva 2000/35/CE comprenda l'appalto di opera, indifferentemente pubblico o privato, e specificamente l'appalto pubblico di lavori di cui alla direttiva 93/37/CEE.

PQM

Il Tribunale, non definitivamente pronunciando, così provvede:

- 1) dispone rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, affinché si pronunci sul seguente quesito: ***Dica la Corte di Giustizia dell'Unione Europea se l'art. 2 n. 1 della direttiva 2000/35/EC osti a una normativa nazionale, come l'art. 2 comma 1, lett. a) del decreto legislativo 9.10.2002 n. 231, che escluda dalla nozione di "transazione commerciale" – intesa come contratti che "comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo" – e quindi dal proprio campo di applicazione il contratto di appalto di opera, indifferentemente pubblico o privato, e specificamente l'appalto pubblico di lavori ai sensi della direttiva 93/37/CEE;***
- 2) sospende il presente giudizio sino alla definizione delle questioni pregiudiziali;
- 3) ordina l'immediata trasmissione della presente ordinanza, unitamente agli atti del giudizio, alla Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Così deciso in Torino, nella camera di consiglio del 9 marzo 2019

Il Presidente
dott. Silvia Vitro'

