



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PARERE N. 385 DEL 6 aprile 2016

PREC 177/15/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata congiuntamente dal Comune di Morciano di Romagna e dall'impresa Scavi e Posa Tubazioni s.r.l. – Lavori di riqualificazione arredo urbano e sottoservizi del centro urbano: Via Roma (tratto tra via Firenze e via Forlì) e Via XXV Luglio (tratto tra via Ponte Ventena e piazza Risorgimento) - S.A.: Comune di Morciano di Romagna - importo dell'appalto: euro 414.000,00 - istanza presentata congiuntamente dalle parti.

Pagamenti degli acconti in corso d'opera – modifiche in sede di esecuzione del contratto - inammissibilità

La variazione delle previsioni contrattuali relative al pagamento degli acconti in corso d'opera costituisce una modifica sostanziale delle condizioni di aggiudicazione, dalla quale deriva un *vulnus* ai principi indicati nell'art. 2 del d.lgs. 163/2006, con particolare riferimento alla «libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità».

Art. 141 d.p.r. 207/2010

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere acquisita al prot. n. 87718 del 9 luglio 2015, presentata dal Comune di Morciano di Romagna e dall'impresa Scavi e Posa Tubazioni s.r.l., in relazione alla gara indicata in oggetto;

VISTO il quesito formulato dalle parti, in ordine alla possibilità per la stazione appaltante di procedere, su istanza dell'impresa appaltatrice, alla riduzione della rata d'acconto; in particolare l'art. 22 del Capitolato speciale d'appalto prevede il pagamento della rata d'acconto al raggiungimento dell'importo dei lavori pari ad euro 150.000,00; l'impresa chiede la diminuzione di tale importo ad euro 50.000,00;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 26 agosto 2015, con nota prot. n. 107446;

VISTA la memoria trasmessa congiuntamente dalle parti, in allegato all'istanza di parere sopra citata, nella quale l'impresa giustifica la richiesta della riduzione della rata d'acconto, con riferimento alle seguenti condizioni socio - economiche del Paese: 1. Fenomeno del credit crunch (le banche non concedono più credito); 2. Crediti delle PA, ritenuti crediti a rischio, quindi l'approvvigionamento dei materiali deve essere effettuato con pagamenti in contanti; 3. Ritardo nei pagamenti dovuto al patto di stabilità interno; 4. Suddivisione del cantiere in cinque zone su cui intervenire con fasi temporali consequenziali; 5. Contratto eccessivamente oneroso ai sensi dell'art. 1467 c.c. a causa delle circostanze descritte nei punti che precedono. La stazione appaltante eccepisce, al riguardo, quanto segue: 1. le condizioni socio-economiche indicate dall'impresa non sono mutate rispetto al momento della presentazione dell'offerta da parte della stessa; 2. l'impresa ha dichiarato di accettare, senza condizione



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

o riserva, le disposizioni della *lex specialis*, incluse quelle relative al pagamento della rata d'acconto e allo svolgimento dei lavori in cinque fasi temporalmente distinte, ai sensi dell'art. 17 del Capitolato; 3. la SA, infine, ha rappresentato che in sede di consegna dei lavori (19.03.2015) l'impresa ha evidenziato un ulteriore fattore di criticità intervenuto successivamente alla stipula, consistente nello split payment (l'IVA non è più pagata all'impresa esecutrice ma versata all'erario), quale ulteriore onere per l'impresa stessa che deve, invece, corrispondere l'imposta ai suoi fornitori.

VISTA la nota acquisita al prot. n. 109393 del 1° settembre 2015, con la quale il comune di Morciano di Romagna ha confermato le considerazioni espresse in sede di istanza di parere;

VISTA, altresì, la memoria pervenuta in data 4 settembre 2015, prot. n. 111660, nella quale l'impresa appaltatrice, oltre a ribadire le considerazioni espresse nella nota di richiesta parere, ha ulteriormente evidenziato che il pagamento della rata d'acconto al raggiungimento dell'importo dei lavori pari ad euro 150.000,00 appare incongruo posto che tale somma corrisponde quasi alla metà dell'intero valore dell'appalto; la riduzione di tale importo non investe profili sostanziali del contratto, né determina una violazione del principio di libera concorrenza, posto che la modifica richiesta non incide sul corrispettivo dell'appalto ma solo sulle modalità di pagamento dello stesso.

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del d.lgs. 163/2006;

CONSIDERATO che ai sensi dell'art. 22 (pagamento delle rate d'acconto – condizioni generali), comma 1, del Capitolato speciale d'appalto «i pagamenti delle rate d'acconto avvengono per stati d'avanzamento, mediante emissione di certificato di pagamento ogni volta che i lavori eseguiti, contabilizzati ai sensi degli articoli 27, 28, 29 e 30, al netto del ribasso d'asta e comprensivi della relativa quota degli oneri per la sicurezza, raggiungano, al netto della ritenuta di cui al comma 2, un importo non inferiore a € 150.000,00».

CONSIDERATO, altresì, che nel modello di domanda per la partecipazione alla gara, predisposto dalla SA e sottoscritto dall'impresa appaltatrice (come evidenziato dall'amministrazione nell'istanza di parere), si prevedono le seguenti espresse dichiarazioni: 1. di aver tenuto conto nella formulazione dell'offerta degli oneri derivanti dagli obblighi previsti nel Capitolato speciale di appalto, ed in particolare che i lavori dovranno svolgersi obbligatoriamente in cinque fasi temporalmente distinte così come individuate all'art. 17 del capitolato medesimo; 2. Di accettare, senza condizione o riserva alcuna, tutte le norme e le disposizioni contenute nel bando/disciplinare di gara e nello schema di contratto di appalto posto a base di gara.

RILEVATO che – come evidenziato dalla SA - le condizioni socio-economiche indicate dall'impresa a sostegno dell'istanza di modifica delle modalità di pagamento delle rate d'acconto, erano già note all'operatore economico al momento della partecipazione alla gara, così come nota era la previsione della suddivisione dei lavori in cinque fasi temporali, in quanto evidenziata negli atti di gara.

CONSIDERATO che negli appalti pubblici la previsione contrattuale di acconti in corso d'opera costituisce per l'amministrazione committente un obbligo (art. 141 d.p.r 207/2010), poiché negli atti posti a base di gara, e segnatamente nel capitolato speciale di appalto, è tenuta a prevedere la



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

corresponsione sia di acconti con le relative modalità e tempi di liquidazione, sia di una rata di saldo. Gli acconti rappresentano delle anticipazioni sul corrispettivo ed hanno la finalità di agevolare l'attività dell'appaltatore evitandogli un eccessivo ricorso al credito bancario o all'autofinanziamento (del. 101/2003).

CONSIDERATO, pertanto, che le modalità di pagamento dei SAL, costituiscono uno degli elementi cardine su cui si basa la previsione, da parte di un operatore economico, dei flussi di cassa di un appalto e che spinge, di conseguenza, alla partecipazione o meno ad una gara, in ragione del proprio grado di esposizione finanziaria; dunque le modalità di pagamento hanno un'incidenza non trascurabile nella formulazione dell'offerta (del. n. 11/2012);

RILEVATO che secondo consolidata giurisprudenza «le modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, ai sensi della direttiva 92/50, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto (v., in tal senso, sentenza 5 ottobre 2000, causa C337/98, Commissione/Francia, Racc. pag. I8377, punti 44 e 46). La modifica di un appalto pubblico in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata» (CGCE, sentenza 19 giugno 2008, resa nella causa C-454/06);

CONSIDERATO, pertanto, che la variazione delle previsioni contrattuali relative al pagamento degli acconti in corso d'opera costituisce una modifica sostanziale delle condizioni di aggiudicazione, dalla quale deriva un *vulnus* ai principi indicati nell'art. 2 del d.lgs. 163/2006, con particolare riferimento alla «libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità»;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla disciplina di settore l'operato della stazione appaltante.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 12 aprile 2016

Il segretario Maria Esposito