



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N.781 DEL 20 LUGLIO 2016

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 da Terme di Chianciano Immobiliare S.p.a. e Alderighi Impianti S.r.l. - Procedura negoziata ai sensi dell'art. 122, comma 7 del d.lgs. 163/2006 per l'affidamento dei lavori di “completamento del comparto benessere nell'ambito del complesso Piscine termali THEIA annesse allo Stabilimento Sillene in Chianciano Terme (SI) via della Foresta snc”. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. Importo a base di gara: euro 967.615,74. Data invito: 24 febbraio 2016.

PREC 49/16/L

Anticipazione del prezzo – eterointegrazione – applicazione anche in assenza di disposizioni del bando

L'art. 26-ter del d.l. 69/2013, convertito dalla l. 98/2013 e l'art. 8, commi 3 e 3-bis del d.l. 192/2014, convertito dalla l. 11/2015 (come mod. dall'art. 7, co.1, d.l. 210/2015, conv. dalla l. 21/2016), recanti l'obbligo per la stazioni appaltanti di corrispondere, nei casi previsti dalla norma, l'anticipazione del prezzo nella misura prestabilita del 20% sono norme imperative che, in forza del principio dell'eterointegrazione, si inseriscono di diritto nella disciplina di gara anche in sostituzione di eventuali clausole difformi.

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. n. 99725 del 23 giugno 2016, le società Terme di Chianciano Immobiliare S.p.a. ed Alderighi Impianti S.r.l. hanno presentato congiuntamente istanza di parere di precontenzioso in relazione alla procedura negoziata indicata in oggetto.

In particolare, gli istanti hanno chiesto all'Autorità di pronunciarsi in ordine alla possibilità di corrispondere all'impresa aggiudicataria (soc. Alderighi Impianti s.r.l.) l'anticipazione del 20% dell'importo contrattuale *ex* art. 26-ter del d.l. 69/2013, in assenza di previsioni in tal senso negli atti di gara e nel relativo schema di contratto.

L'avvio dell'istruttoria è avvenuto in data 7 luglio 2016, con nota prot. Aut. n. 0105293.

Nel corso dell'istruttoria gli istanti hanno prodotto pareri legali a sostegno delle proprie posizioni, nei quali è stato rappresentato in particolare quanto segue:

- La stazione appaltante ha evidenziato che la *lex specialis* e lo schema di contratto non prevedono la corresponsione dell'anticipazione del prezzo a favore dell'impresa aggiudicataria e che la disposizione che consentiva tale erogazione (art. 8, co. 3 e 3-bis del d.l. n. 192/2014, conv. con mod. dalla l. n. 11/2015) è stata abrogata dall'art. 217 del d.lgs. 50/2016. Conseguentemente non è consentito alla



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

stazione appaltante procedere alla corresponsione della predetta anticipazione in favore dell'aggiudicataria.

- La società Alderighi Impianti s.r.l. ha osservato invece che le disposizioni di cui all'art. 26-ter, co.1 del d.l. 69/2013 e di cui all'art. 8, co. 3 e 3-bis del d.l. 192/2014, in relazione alle gare bandite nel periodo 21 agosto 2013 – 19 aprile 2016 (data di entrata in vigore del nuovo Codice), contemplano l'obbligo per la stazione appaltante di corrispondere l'anticipazione ivi prevista all'impresa affidataria, in quanto norme imperative, applicabili anche in assenza di specifiche previsioni nella *lex specialis*.

Le parti hanno chiesto congiuntamente all'Autorità di esprimere avviso in ordine all'illustrata controversa questione.

Ritenuto in diritto

In via preliminare si osserva che (come affermato dall'Autorità nei pareri sulla normativa AG 18/2015/AP del 25 febbraio 2015 e AG 13/2012 del 1 agosto 2102), l'istituto dell'anticipazione, volto a consentire alle imprese aggiudicatarie di sostenere le spese iniziali nell'esecuzione di un contratto di appalto, ha subito nel tempo molteplici modifiche normative.

Più in particolare detto istituto, previsto nella sua originaria formulazione, nell'art. 12, commi 6, 7 e 8 del r.d. n. 2440/1923 (successivamente modificato dalla legge 10 dicembre 1981, n. 741), ha stabilito che l'anticipazione fosse accreditata all'impresa indipendentemente dalla sua richiesta entro sei mesi dalla data dell'offerta. L'obbligatorietà dell'erogazione dell'anticipazione, cui corrisponde un vero e proprio diritto soggettivo da parte dell'appaltatore, è stata ribadita dall'art. 26, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (nella versione antecedente alla modifica apportata dalla legge 18 novembre 1998 n. 415), salvo essere ridimensionata sotto il profilo dell'ammontare (dal 10 al 5% dell'importo contrattuale) dall'art. 2, commi 91 e 92 della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (legge finanziaria 1997).

Con d.l. 28 marzo 1997, n. 79 (art. 5, commi 1 e 1bis), con evidenti fini di contenimento della spesa pubblica, il legislatore ha introdotto un generalizzato divieto di concedere, in qualsiasi forma, anticipazioni del prezzo in materia di contratti di appalto di lavori, di forniture e servizi, ad eccezione dei contratti già aggiudicati alla data dell'entrata in vigore della novella e di quelli riguardanti attività oggetto di cofinanziamento da parte dell'Unione europea, cui sono stati successivamente aggiunti i finanziamenti del Ministero degli affari esteri per la realizzazione di iniziative, interventi e programmi ed attività nel settore della cooperazione allo sviluppo in favore di università e di organizzazioni non governative.

L'intera disciplina è stata poi rivisitata dal d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554 ed è successivamente confluita nel Regolamento di attuazione del d.lgs. 163/2006 (d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207), nel quale l'anticipazione è stata disciplinata dall'art. 140, ove è stata confermata quale disposizione derogatoria del generale divieto di cui all'art. 5 del citato d.l. 79/1997 (l'art. 124 contempla la previa costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa; l'art. 307 dispone l'applicazione delle previsioni di cui all'art. 140, commi da 1 a 3, ai contratti di servizi e forniture).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Il divieto di anticipazione è stato infine oggetto delle previsioni dell'art. 26-ter del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, introdotto dalla legge di conversione 9 agosto 2013 n. 98, con il quale è stato ripristinato temporaneamente tale istituto, prevedendo che «per i contratti di appalto relativi a lavori, disciplinati dal codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, affidati a seguito di gare bandite successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e fino al 31 dicembre 2015 [il d.l. 192/2014 conv. dalla l. 11/2015 ha prorogato tale termine “fino al 31 dicembre 2016”], in deroga ai vigenti divieti di anticipazione del prezzo, è prevista e pubblicizzata nella gara d'appalto la corresponsione in favore dell'appaltatore di un'anticipazione pari al 10 per cento dell'importo contrattuale (...)».

Successivamente il legislatore ha previsto l'elevazione al 20 per cento dell'anticipazione sopra indicata, mediante la previsione di cui all'art. 8, comma 3-*bis* del d.l. 31 dicembre 2014, n. 192, convertito, con modificazioni, dalla l. 27 febbraio 2015, n. 11, nella quale è stato stabilito che «con esclusivo riferimento ai contratti di appalto relativi a lavori, disciplinati dal codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, affidati a seguito di gare bandite o di altra procedura di affidamento avviata successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e fino al 31 luglio 2016, l'anticipazione di cui all'articolo 26-ter, comma 1, primo periodo, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, e successive modificazioni, è elevata al 20 per cento dell'importo contrattuale» (comma così modificato dall'art. 7, comma 1, d.l. 30 dicembre 2015, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla l. 25 febbraio 2016, n. 21).

Come chiarito al riguardo dall'Autorità (parere sulla normativa AG 18/2015/AP cit.) «(...) Data la ratio della norma [art. 26-ter d.l. 69/2013], appare evidente come l'efficacia della stessa sotto il profilo dell'idoneità a contribuire al rilancio dell'economia sia direttamente proporzionale alla sua effettiva applicazione e come, dunque, difficilmente il legislatore abbia potuto lasciare alle amministrazioni la facoltà di scegliere se applicarla o meno. La lettera della norma (...) sembra lasciare intendere che il legislatore abbia preventivamente valutato come prevalente, rispetto alle finalità di contenimento della spesa pubblica, l'interesse delle imprese ad ottenere le somme necessarie per avviare i cantieri, *imponendo* temporaneamente alle stazioni appaltanti di concedere le anticipazioni sul prezzo dell'appalto. (...) Dal carattere inderogabile dell'art. 26-ter del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, discende il potere di eterointegrazione della norma stessa, che trova dunque applicazione anche nel caso in cui la *lex specialis* di gara sia silente o preveda clausole difformi, che devono ritenersi sostituite di diritto (art. 1339 c.c.). Per completezza si evidenzia che stante il carattere eccezionale della norma, che rappresenta una deroga temporanea al divieto generalizzato di anticipazioni, essa non si applica oltre i casi e i tempi in essa considerati (art. 14 delle Preleggi)» (sulla base di tali considerazioni, l'Autorità ha quindi approvato il conforme Orientamento n. 7/2015/AP).

A ciò deve aggiungersi che il d.lgs. 50/2016 (nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni) dispone all'art. 217, comma 1, «a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente codice» l'abrogazione (anche) dell'art. 26-ter d.l. 69/2013 e dell'art. 8, commi 3 e 3-bis, del d.l. 192/2014 sopra citati.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Conseguentemente, per i bandi e gli avvisi pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del nuovo Codice, trovano applicazione le specifiche previsioni dell'art. 35, comma 18, dello stesso, le quali hanno reintrodotto, nella disciplina in materia di contratti pubblici, l'istituto in esame stabilendo che «Sul valore stimato dell'appalto viene calcolato l'importo dell'anticipazione del prezzo pari al 20 per cento da corrispondere all'appaltatore entro quindici giorni dall'effettivo inizio dei lavori. L'erogazione dell'anticipazione è subordinata alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari all'anticipazione maggiorata del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero dell'anticipazione stessa secondo il cronoprogramma dei lavori (...). L'importo della garanzia viene gradualmente ed automaticamente ridotto nel corso dei lavori, in rapporto al progressivo recupero dell'anticipazione da parte delle stazioni appaltanti. Il beneficiario decade dall'anticipazione, con obbligo di restituzione, se l'esecuzione dei lavori non procede, per ritardi a lui imputabili, secondo i tempi contrattuali. Sulle somme restituite sono dovuti gli interessi legali con decorrenza dalla data di erogazione della anticipazione».

Il nuovo Codice conferma, dunque, l'operatività dell'istituto in esame con una previsione di carattere generale, applicabile alle procedure i cui bandi ed avvisi siano pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore (art. 220, co.1).

Per le procedure disciplinate dal previgente assetto normativo (d.lgs. 163/2006), continua invece a trovare applicazione l'istituto dell'anticipazione secondo le previsioni di cui all'art. 26-ter, co.1 del d.l. 69/2013 e di cui all'art. 8, co. 3 e 3-bis del d.l. 192/2014, le quali (come chiarito dall'Autorità nel parere sopra richiamato) sono norme imperative, applicabili anche in assenza di specifiche previsioni nella *lex specialis*.

Alla luce di quanto sopra, con riferimento alla fattispecie in esame

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- Che nel caso di specie, trattandosi di procedura negoziata disciplinata dal previgente assetto normativo di cui al d.lgs. 163/2006, trova applicazione l'istituto dell'anticipazione come disciplinato dall'art. 26-ter, co.1 del d.l. 69/2013 e dall'art. 8, co. 3 e 3-bis del d.l. 192/2014 e s.m..

Il Presidente

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 2 agosto 2016

Il segretario Maria Esposito