



.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... – art. 35, comma 18, d.lgs. 50/2016 – anticipazione del prezzo – rinnovo contrattuale – richiesta parere.

UPREC-CONS-0152-FC

FUNZ CONS 66/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 22 ottobre 2024 ed acquisita al prot. Aut. n. 124266, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva 17 giugno 2024 si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 14 gennaio 2025, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Il quesito posto riguarda un contratto d'appalto per servizi di manutenzione degli impianti presso ilOMISSIS....., della durata di 24 mesi e con facoltà, alla scadenza del biennio, di affidare all'appaltatore, per ulteriori 12 mesi, l'esecuzione delle attività oggetto del contratto stesso, alle medesime condizioni. Tale rinnovo è stato disposto dalla stazione appaltante in data 5 agosto 2024, con sottoscrizione di un nuovo contratto tra le parti, con decorrenza 12 ottobre 2024, senza soluzione di continuità con il precedente contratto. In seguito, l'appaltatore ha avanzato un'istanza di erogazione dell'anticipazione nella misura del 20% dell'importo contrattuale, già elargita in fase di stipula del contratto originario ai sensi dell'art. 35, comma 18 del d.lgs. 50/2016. Tuttavia, a parere dell'amministrazione richiedente, tale istituto non sembrerebbe applicabile nella fattispecie, poiché in fase di rinnovo l'appaltatore non deve dare avvio ad una nuova attività ma proseguire, senza interruzioni, nelle prestazioni contrattuali che sono le medesime del contratto originario, già disponendo, quindi, dei necessari mezzi e risorse per la relativa esecuzione.

Per quanto sopra, laOMISSIS..... chiede all'Autorità di chiarire se l'art. 35, comma 18, del Codice trovi applicazione anche in fase di rinnovo del contratto d'appalto e, in caso affermativo, se sussista un obbligo per la stazione appaltante di riconoscere l'anticipazione ivi prevista, o se tale applicazione della norma rientri nell'esercizio di una valutazione discrezionale della stessa amministrazione.

Al fine di esprimere avviso sulla questione posta, sembra opportuno richiamare in via preliminare l'art. 35, comma 18, del d.lgs. 50/2016 (*ratione temporis* applicabile alla fattispecie), ai sensi del quale «Sul valore del contratto di appalto viene calcolato l'importo dell'anticipazione del prezzo pari al 20 per cento da corrispondere all'appaltatore entro quindici giorni dall'effettivo inizio della prestazione.

L'erogazione dell'anticipazione, consentita anche nel caso di consegna in via d'urgenza, ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del presente codice, è subordinata alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari all'anticipazione maggiorato del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero dell'anticipazione stessa secondo il cronoprogramma della prestazione. La predetta garanzia è rilasciata da imprese bancarie autorizzate ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o assicurative autorizzate alla copertura dei rischi ai quali si riferisce l'assicurazione e che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano la rispettiva attività. La garanzia può essere, altresì, rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'albo degli intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. L'importo della garanzia viene gradualmente ed automaticamente ridotto nel corso della prestazione, in rapporto al progressivo recupero dell'anticipazione da parte delle stazioni appaltanti. Il beneficiario decade dall'anticipazione, con obbligo di restituzione, se l'esecuzione della prestazione 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».

La norma, applicabile anche agli appalti di servizi e forniture a seguito delle modifiche recate alla stessa dalla l. n. 55/2019, prevede quindi il riconoscimento, in favore dell'appaltatore, dell'anticipazione del prezzo pari al 20 per cento sul valore del contratto d'appalto, da corrispondere entro il termine di quindici giorni dall'effettivo inizio della prestazione.

Come chiarito dall'Autorità (*ex multis* delibera n. 1050/2018-prec 201/18/L, delibera n. 781/2016 – prec 49/16/L, parere AG18/2015/AP, delibera n. 247/2021), l'obbligo disciplinato dal citato art. 35, comma 18, dell'anticipazione del prezzo, «risponde alla ratio che sorregge il principio di anticipazione delle somme erogate dall'amministrazione al fine di dare impulso all'iniziativa imprenditoriale, assicurando la disponibilità delle stesse nella delicata fase di avvio dei lavori e di perseguire il pubblico interesse alla corretta e tempestiva esecuzione del contratto (...)» (delibera n. 247/2021; parere Funz Cons 17/2022).

Per l'effettiva corresponsione dell'anticipazione, è tuttavia necessaria la previa costituzione della garanzia richiesta dalla norma, in mancanza della quale la predetta anticipazione non può essere erogata: condizioni necessarie per il ricorso all'istituto in esame, infatti, sono la stipula del contratto d'appalto, l'avvio dell'esecuzione dello stesso e il rilascio di apposita garanzia, bancaria o assicurativa. Dunque, «l'erogazione dell'anticipo è strettamente legata all'esecuzione del contratto d'appalto e l'acconto altro non è che una somma di denaro versata come anticipo sul prezzo di acquisto di un bene/erogazione di un servizio, e non certamente come una somma di denaro, slegata da una qualsiasi prestazione, che il committente presta all'appaltatore» (Parere MIMS n. 966 del 24.6.2021).

Il carattere cogente dell'anticipazione di cui all'art. 35, comma 18, del d.lgs. n. 50/2016, «deriva dalla ratio di consentire alle imprese di disporre delle risorse finanziarie necessarie a dare avvio della prestazione e di onorare puntualmente i propri impegni nei confronti dei dipendenti e dei fornitori ricorrendo solo in minima parte al costoso credito bancario. Quanto sopra trova conforto anche nella deliberazione n. 67/2020 dalla Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Piemonte, secondo cui «Poiché si tratta di pagamento dovuto, l'anticipazione non va formalmente richiesta dall'appaltatore (...) Tuttavia, per la effettiva corresponsione dell'anticipazione, occorre comunque la collaborazione dell'appaltatore; l'erogazione della stessa, infatti, resta subordinata alla prestazione della garanzia da parte dell'appaltatore medesimo, sicché, in mancanza, non può concretamente essere pagata» (parere MIMS n. 923 del 05.11.2021).

Vista la *ratio* dell'art. 35, comma 18, del d.lgs. 50/2016, volta a supportare l'appaltatore nelle attività di avvio della prestazione oggetto del contratto d'appalto, nei termini sopra indicati, deve ritenersi esclusa la possibilità di riconoscere ulteriori somme a tale titolo, nel caso di modifiche contrattuali

disposte ai sensi dell'art. 106 del d.lgs. 50/2016. In tal caso, infatti, si è «al di fuori dell'ambito di applicazione della predetta norma, posto che si interviene su un contratto già in essere. Per la stessa ratio, non rileva - ai fini dell'applicazione dell'art. 35, co. 18, cit. - neanche l'atto di sottomissione ex art. 106, co. 12, D.lgs. 50/2016. Diverso è, invece, il caso dell'atto aggiuntivo il quale costituisce un nuovo rapporto contrattuale con il quale committente ed appaltatore concordano altre prestazioni rispetto a quelle previste nel rapporto obbligatorio originario; in tale evenienza, quindi, trova applicazione l'istituto di cui all'art. 35, co. 18, D.lgs. 50/2016, sempre che ricorrano anche le altre due condizioni ivi descritte (avvio esecuzione e rilascio garanzia)» (parere MIT n. 1960/2023).

Analogamente, sulla base della *ratio* della norma sopra evidenziata, deve ritenersi escluso il riconoscimento di somme a titolo di anticipazione ex art. 35, comma 18, del d.lgs. 50/2016, in caso di proroga tecnica del contratto d'appalto, in quanto volta esclusivamente a differire la conclusione dello stesso mantenendo inalterato il regolamento negoziale tra le parti e proseguendo l'appaltatore nelle prestazioni dedotte nel contratto in essere. Al contrario, invece, può ritenersi consentito procedere al pagamento dell'anticipazione *de qua*, in caso di rinnovo contrattuale, quale fattispecie che richiede il rinnovato esercizio dell'autonomia contrattuale nei termini che seguono.

Come chiarito dal giudice amministrativo, infatti, «[...] si verte in ipotesi di proroga contrattuale allorquando vi sia una integrale conferma delle precedenti condizioni (fatta salva la modifica di quelle non più attuali), con il solo effetto del differimento del termine finale del rapporto, per il resto regolato dall'atto originario; mentre ricorre l'ipotesi di rinnovo, quando interviene una nuova negoziazione tra i medesimi soggetti che si conclude con una modifica delle precedenti condizioni (ex multis Cons. Stato, sez. III, n. 5059 del 2018; Cons. Stato, sez. VI, n. 3478 del 2019; Cons. Stato, sez. VI, n. 8219 del 2019; Cons. Stato, sez. V, n. 3874 del 2020). Il rinnovo, dunque, in disparte il dato non determinante del *nomen iuris* formalmente attribuito dalle parti, si contraddistingue, sul piano sostanziale, per la rinegoziazione del complesso delle condizioni del contratto originario, per cui deve risultare che le parti, attraverso specifiche manifestazioni di volontà, abbiano dato corso a distinti, nuovi ed autonomi rapporti giuridici, ancorché di contenuto analogo a quello originario. In assenza di tale negoziazione novativa, è qualificabile come proroga contrattuale l'accordo con cui le parti si limitano a pattuire il differimento del termine finale del rapporto, che per il resto continua ad essere regolato dall'atto originario; ed anche la circostanza che in tale accordo sia riportato il prezzo del contratto originario, che quindi rimane immutato, non costituisce affatto espressione di rinnovata volontà negoziale, ma circostanza idonea ad avvalorare ulteriormente l'intervenuta mera proroga del previgente contratto (Cons. Stato, sez. V, 3874 del 2020, Cons. Stato, sez. III, 24.3.2022, n. 2157)» (Cons. Stato, n. 1635/2023; in termini Cons. Stato n. 8292/2023, n. 3403/2024).

Anche nella Relazione Illustrativa al Bando-tipo n. 1/2021, aggiornato con delibera n. 154/2022 (nonché nella Relazione Illustrativa al Bando tipo n. 1/2023, ancorché riferito al d.lgs. 36/2023), con riguardo alla facoltà di prevedere nel bando di gara il ricorso alla c.d. "ripetizione di servizi analoghi" (articolo 63, comma 5, Codice) e alla c.d. proroga tecnica [quale "strumento di carattere eccezionale e temporaneo" ammissibile "soltanto per il tempo strettamente necessario ad assicurare la conclusione della procedura indetta per il reperimento di un nuovo contraente"], è stato evidenziato che "è precluso il rinnovo tacito del contratto" (ex art. 23 della legge 18 aprile 2005, n. 62), mentre l'eventuale facoltà di rinnovo espresso dei contratti "alle medesime condizioni e per un tempo predeterminato e limitato" deve essere ab origine prevista negli atti di gara ed essere esercitata "in modo espresso e con adeguata motivazione". Sul punto, è stato anche richiamato l'avviso del giudice amministrativo (Cons. Stato parere n. 855/2016) volto a ritenere il rinnovo del contratto d'appalto, consentito "solo se rimane immutato il suo contenuto", pur dando atto tuttavia, dell'avviso giurisprudenziale secondo il quale «il rinnovo può

concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di alcune di esse in quanto non più attuali (Tar Campania, Sezione V, 2 aprile 2020 n. 1312; TAR Lazio, 10 settembre 2018 n. 9212), individuando in ciò la differenza con la proroga, che ha invece come solo effetto il differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dal contratto originario». In tale sede è stato quindi evidenziato che «Le Stazioni appaltanti, oltre a stabilire la durata del contratto, indicano [nel bando di gara] le opzioni ed i rinnovi che incidono sul medesimo».

Sulla base delle considerazioni che precedono, in risposta al quesito in esame, può osservarsi che in caso di rinnovo contrattuale (opportunamente previsto negli atti di gara), che segua alla stipula di un nuovo atto negoziale tra le parti, con modifica di alcune condizioni di esecuzione delle prestazioni contrattuali (nei limiti fissati dalla disciplina di settore e nel bando-tipo), appare consentito il riconoscimento, in favore dell'appaltatore, dell'anticipazione ai sensi dell'art. 35, comma 18, d.lgs. 50/2016, purché ricorrano le condizioni previste dalla norma (come in precedenza illustrate), con l'ulteriore precisazione per cui, come chiarito dal giudice contabile nella pronuncia sopra richiamata, laddove sussistano le condizioni per l'applicazione del citato art. 35, il riconoscimento dell'anticipazione ivi prevista, costituisce un obbligo per la stazione appaltante.

Nel caso di specie, la qualificabilità dell'atto sottoscritto tra le parti - al di là del *nomen juris* attribuito allo stesso - come rinnovo contrattuale o come proroga (nel senso indicato dal giudice amministrativo) ai fini del riconoscimento dell'anticipazione *de qua*, è rimessa all'esclusiva competenza della stazione appaltante, sulla base dei contenuti e delle specifiche previsioni del nuovo contratto stipulato con l'appaltatore.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente