



.....OMISSIS.....

Oggetto

Variazioni modalità di pagamento dell'appalto e anticipazione del prezzo – richiesta di parere.

Funz. Cons. 12/2021

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 11 novembre 2021, acquisita al prot. Aut. n. 81427, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 12 gennaio 2022, 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 del 28 giugno 2017.

Con riferimento a quanto richiesto nella nota sopra indicata, sembra opportuno osservare, in linea generale, che la disciplina dei pagamenti dei corrispettivi dell'appalto, contenuta nella *lex specialis*, non può subire variazioni durante l'esecuzione del contratto, costituendo un elemento essenziale dell'appalto stesso (delibera Autorità n. 385/2016 -prec n. 177/15/L in relazione al pagamento degli acconti in corso d'opera).

Pertanto, variazioni apportate alle modalità di pagamento del corrispettivo costituiscono una modifica sostanziale delle condizioni di aggiudicazione, dalla quale deriva un *vulnus* ai principi indicati nell'art. 30 del d.lgs. 50/2016 (e già nell'art. 2 del previgente d.lgs. 163/2006), con particolare riferimento alla libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità.

In tal senso si è espressa anche la Corte di Giustizia UE (sentenza 5 ottobre 2000, causa C337/98, Commissione/Francia, Racc. pag. I8377, punti 44 e 46), affermando altresì che 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; più recentemente CGE, sentenza 18 settembre 2019, C-526/17).

Si tratta di principi generali, che costituiscono orientamento giurisprudenziale consolidato e che, in conformità alle direttive del 2014, sono stati recepiti nelle disposizioni del Codice che limitano il ricorso a variazioni del rapporto contrattuale, alle ipotesi ed entro i limiti previsti dall'art. 106 (comma 1, lett. e) e comma 4).

L'accertamento in ordine alla sussistenza dei presupposti legittimanti la modifica del contratto in corso di esecuzione, è rimesso alla esclusiva competenza e responsabilità della stazione appaltante, la quale è tenuta a valutare in concreto le esigenze sottese al ricorso all'istituto di cui all'art. 106 del Codice, fermo il divieto di modifiche sostanziali al contratto.

Con specifico riferimento al differente istituto dell'anticipazione del prezzo, attualmente disciplinato dall'art. 35, comma 18, del d.lgs. 50/2016 (applicabile anche agli appalti di servizi e forniture a seguito delle modifiche recate alla norma dalla l. 55/2019), si rinvia invece alle considerazioni svolte dall'Autorità, anche in relazione al previgente assetto normativo di settore recato dal d.lgs. 163/2006 (*ex multis* delibera n. 1050/2018-prec 201/18/L, delibera n. 781/2016 – prec49/16/L, parere AG 18/2015/AP e più recentemente delibera n. 247/2021), a tenore delle quali l'obbligo, oggi disciplinato dal citato art. 35, comma 18, «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).

Per l'effettiva corresponsione dell'anticipazione, è 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, 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).

Occorre aggiungere a quanto sopra che a seguito dell'emergenza sanitaria in corso, è intervenuto in materia l'art. 207 (Disposizioni urgenti per la liquidità delle imprese appaltatrici) del d.l. 19 maggio 2020, n.34 (recante «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19») convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020 n. 77.

Tale disposizione – con finalità di impulso ad un settore che rappresenta un volano per l'economia del Paese (secondo quanto evidenziato nella Relazione Illustrativa del D.L.) – prevede che l'importo dell'anticipazione prevista dall'articolo 35, comma 18, del d.lgs. n. 50/2016, può essere incrementato fino al 30 per cento, *nei limiti e compatibilmente con le risorse annuali stanziare per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante*.

In relazione alla disposizione sopra richiamata e al fine di fornire chiarimenti in ordine al campo di applicazione della stessa, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti è intervenuto con Circolare n. 112 dell'11 agosto 2020 (recante «Articolo 207 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34. Chiarimenti interpretativi»).

Con tale Circolare è stato chiarito che mentre «con il primo comma si fa espresso riferimento all'anticipazione disciplinata dal comma 18 del citato articolo 35, precisando che la facoltà introdotta in via transitoria si applica sia alle procedure avviate con pubblicazione di bando o avviso ovvero per le quali siano stati trasmessi gli inviti a presentare offerta, qualora non siano scaduti i relativi termini, che a quelle che saranno indette a decorrere dall'entrata in vigore del decreto-legge e fino al 30 giugno 2021 [ora 31 dicembre 2021], il

comma successivo estende la previsione anche "al di fuori dei casi previsti dal comma 1". Con quest'ultima locuzione, l'ambito di applicazione della misura temporanea deve intendersi esteso non solo alle ulteriori procedure "disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50", non rientranti nella previsione del comma 1, ma più generalmente a tutti i contratti in corso di esecuzione, anche stipulati all'esito di procedura selettiva svolta sulla base di normativa anteriore o comunque diversa da quella del codice, indipendentemente dal fatto che gli appaltatori abbiano o meno già percepito una anticipazione sulla base di disposizioni di legge (ad esempio, dell'articolo 26-ter del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, che introdusse tale anticipazione per i contratti disciplinati dal previgente decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) ovvero di specifiche pattuizioni contrattuali».

A tale conclusione si perviene – come evidenziato nella stessa Circolare - «sulla base non solo della *ratio* della previsione, che è intesa a riconoscere liquidità aggiuntiva a tutte le imprese che abbiano in corso di esecuzione appalti pubblici e che siano state penalizzate dall'emergenza, ma anche del dato testuale del precitato comma 2, laddove, dopo aver disposto l'estensione in discorso della disposizione di cui al comma precedente, si aggiunge che "si applicano le previsioni di cui al secondo, al terzo, al quarto e al quinto periodo dell'articolo 35, comma 18 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50", con un richiamo di specifiche disposizioni della disciplina codicistica che non avrebbe senso laddove si fosse comunque già all'interno del perimetro del d.lgs. n. 50/2016, atteso che in tale ipotesi il predetto articolo 35 sarebbe in ogni caso applicabile in toto».

Nello stesso documento si chiarisce, inoltre, che «va ritenuta l'applicabilità in via generale della previsione in esame anche agli appalti di importo inferiore alle soglie comunitarie ed a quelli indetti nei settori speciali» (l'Anac con delibera n. 247/2021 ha espresso avviso conforme in ordine all'applicabilità dell'art. 207 d.l. 34/2020 agli appalti di valore inferiore alle soglie comunitarie).

Con il parere MIMS n. 923/2021, è stato ulteriormente chiarito che l'art. 207 del d.l.n. 34/2020, «ha introdotto in via transitoria la possibilità per le stazioni appaltanti di elevare l'importo dell'anticipazione del corrispettivo di appalto di cui all'articolo 35, comma 18, "fino al 30 per cento, nei limiti e compatibilmente con le risorse annuali stanziare per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante". (...) L'aumento dal 20% al 30 %, *costituisce una "possibilità" per le stazioni appaltanti*, al fine di attenuare le difficoltà economiche in cui versano le imprese a causa dell'emergenza sanitaria connessa alla diffusione del contagio da Covid-19 (la norma testualmente, dispone che l'importo "Può" essere incrementato fino al 30 per cento). Con riguardo all'inciso per cui la facoltà introdotta dall'articolo 207 del d.l. n. 34/2020 può essere esercitata dalla stazione appaltante "nei limiti e compatibilmente con le risorse annuali stanziare per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante", il legislatore ha inteso porre all'erogabilità del beneficio *il solo vincolo della disponibilità delle relative somme negli stanziamenti annuali previsti nel quadro economico dell'intervento* (sul punto, si vedano i chiarimenti interpretativi del MIT R112 del 11/08/2020). Pertanto, da quanto sopra si ricava che, previa necessaria garanzia da parte dell'appaltatore, l'anticipazione di cui all'art. 35, comma 18 del Codice è dovuta almeno nella misura del 20%. Quindi, in quanto obbligatorio, tale importo deve essere già previsto nel quadro economico dell'intervento. L'eventuale incremento dal 20% fino al 30% previsto dal

c.d. "Decreto rilancio" è, invece, una facoltà rimessa in capo alla SA, nei limiti delle risorse disponibili».

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette quindi 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

Atto firmato digitalmente il 19 gennaio 2021