



.....OMISSIS.....

Oggetto

Anticipazione prezzo – disciplina applicabile - Richiesta di parere.

Funz Cons 16-2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 27 gennaio 2023 acquisita al prot. Aut. n. 7513, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 19 aprile 2023, 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. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nell’istanza, in assenza dell’esame della documentazione di gara, non trasmessa dal richiedente.

Il quesito posto attiene alla possibilità, per la stazione appaltante, di riconoscere all’appaltatore l’anticipazione del prezzo, in relazione ad un appalto indetto ai sensi del d.lgs. 163/2006, in assenza di previsioni in tal senso contenute nella *lex specialis* e nel relativo contratto, nonché alle modalità di calcolo dell’anticipazione medesima, al fine di chiarire se la stessa debba essere determinata sull’importo del contratto.

In relazione a tale istanza sembra opportuno evidenziare, in primo luogo, che secondo i chiarimenti offerti dall’Autorità con Comunicato dell’11 maggio 2016, le disposizioni del d.lgs. 163/2016 si applicano a tutti gli avvisi pubblicati entro il 19 aprile 2016, con una delle forme di pubblicità obbligatorie, e secondo le modalità indicate dall’art. 66 del d.lgs. 163/06 in combinato disposto degli artt. 122 e ss. Più in dettaglio, «continuano ad applicarsi le disposizioni previgenti anche nei seguenti casi: 1. affidamenti aggiudicati prima della data di entrata in vigore del nuovo Codice, per i quali siano disposti, fermo restando il divieto generale di rinnovo tacito e di proroga del contratto: il rinnovo del contratto o modifiche contrattuali derivanti da rinnovi già previsti nei bandi di gara; consegne, lavori e servizi complementari; ripetizione di servizi analoghi; proroghe tecniche – purché limitate al tempo strettamente necessario per l’aggiudicazione della nuova gara; varianti per le quali non sia prevista l’indizione di una nuova gara. (...). 2. procedure negoziate indette, a partire dal 20.4.2016, in applicazione degli artt. 56, comma 1, lett. a) e 57, comma 2, lett. a) del d.lgs. 163/06, nei casi, rispettivamente, di precedenti gare bandite in vigenza del d.lgs. 163/06 andate deserte a causa della presentazione di offerte irregolari o inammissibili e della mancanza assoluta di offerte, purché la procedura negoziata sia tempestivamente avviata. 3. (...); 4. Affidamenti diretti o procedure negoziate in attuazione di accordi quadro aggiudicati prima dell’entrata in vigore del nuovo Codice; 4. Adesioni a convenzioni stipulate prima dell’entrata in vigore del nuovo Codice».

Deriva da quanto sopra che in assenza di diverse indicazioni da parte del legislatore, il contratto d'appalto stipulato a seguito di gara pubblica indetta ai sensi del d.lgs. 163/2006, resta disciplinato da tale fonte normativa anche con riguardo alla fase esecutiva dello stesso.

Tale avviso è conforme al «consolidato orientamento che, in materia di contratti pubblici afferma l'irrelevanza dello *ius superveniens* (Cons. St., Ad. Plen., 9/2011; più di recente Cons. St., V, 31/07/2019, n.5436; Cons. Stato, V, 7.6.2016, n. 2433; Cons. St., III, 1.9.2014, n. 4449), anche *per quanto attiene la fase esecutiva dell'affidamento*, ribadito anche dalla normativa transitoria che si è succeduta nel tempo: - l'art. 253 co. 1 D.Lgs. 163/2006 e l'art. 216 co. 1 D.Lgs. 50/2016 (recanti una disciplina transitoria) stabiliscono che le disposizioni contenute nei rispettivi decreti si applicano solo ai bandi e agli avvisi pubblicati successivamente all'entrata in vigore dei decreti stessi; (...)» (Del. n. 1147 del 27 novembre 2019-Fasc.2620/2019).

Pertanto, come ulteriormente chiarito dall'Autorità, per le procedure disciplinate dal previgente assetto normativo (d.lgs. 163/2006) continua a trovare applicazione «l'istituto dell'anticipazione secondo le previsioni dell'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 ... sono norme imperative, applicabili anche in assenza di specifiche previsioni della *lex specialis*». Dunque, le predette norme in forza del principio dell'eterointegrazione, si inseriscono di diritto nella disciplina di gara anche in sostituzione di eventuali clausole difformi (in tal senso del. n.781/2016, prec 49/16/L).

Per quanto di interesse in questa sede, la suindicata disposizione stabilisce 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 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 [elevata al 20 per cento, per il periodo 1 marzo 2015 – 31 luglio 2016, ex art. 8, co.3-bis, d.l. 192/2014, conv.in l.n. 11/2015, come mod. dall'art. 7, co.1, d.l. 210/2015 conv.in l.n. 21/2016] dell'importo contrattuale (...)» (norma successivamente abrogata dall'art. 217, co. 1, lett. jj), d.lgs. n. 50/2016, a decorrere dal 19 aprile 2016, ai sensi di quanto disposto dall'art. 220 del Codice).

L'obbligo dell'anticipazione del prezzo (oggi disciplinato dall'art. 35, comma 18 del d.lgs. 50/2016) secondo l'avviso dell'Autorità, «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).

In risposta al quesito sollevato nell'istanza, pertanto, tenuto conto del dato letterale della norma sopra richiamata, può osservarsi che il comma 1 dell'art. 26-ter del d.l. 69/2013, indica espressamente i casi in cui la stessa può trovare applicazione (contratti disciplinati dal d.lgs. 163/2006, affidati a seguito di gare bandite successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto e fino al 31 dicembre 2016), disponendo altresì che la percentuale dell'anticipazione del prezzo ivi stabilita, è calcolata sulla base dell'importo del contratto d'appalto.

Si aggiunga a quanto sopra, in relazione all'istituto dell'anticipazione del prezzo, attualmente disciplinato in via ordinaria dall'art. 35, comma 18, del d.lgs. 50/2016 [si rinvia alle considerazioni svolte dall'Autorità anche in merito 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)], che sul predetto istituto è intervenuto 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 espressamente al comma 2 che «Fuori dei casi previsti dal comma 1, l'anticipazione di cui al medesimo comma può essere riconosciuta, per un importo non superiore complessivamente al 30 per cento del prezzo e comunque nei limiti e compatibilmente con le risorse annuali stanziare per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante, anche in favore degli appaltatori che abbiano già usufruito di un'anticipazione contrattualmente prevista ovvero che abbiano già dato inizio alla prestazione senza aver usufruito di anticipazione. Ai fini del riconoscimento dell'eventuale anticipazione, si applicano le disposizioni 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 e la determinazione dell'importo massimo attribuibile viene effettuata dalla stazione appaltante tenendo conto delle eventuali somme già versate a tale titolo all'appaltatore. ».

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 – in relazione alla norma citata e con specifico riguardo al comma 2 - 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 [termine prorogato al 31.12.2022], 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 l'art. 207 del d.l. 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"». Pertanto, «(...) 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» (parere MIMS n. 923/2021).

È appena il caso di aggiungere che «l'anticipazione deve intendersi quale acconto, considerato il richiamo - nel dettato normativo - all'inizio della prestazione, imputandolo agli stanziamenti previsti per la realizzazione dell'opera o per la fornitura dei beni e servizi. Pertanto 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. (...) L'istituto deve essere collocato nell'ambito della fase dell'esecuzione del contratto posto che l'anticipazione del prezzo deve essere calcolata "sul valore del contratto di appalto", e non sul "valore stimato" ed è in parte assimilabile a quello dall'acconto sul prezzo» (Parere Mims n. 966/2021 e delibera Corte dei conti n. 67/2020; parere Funz Cons 17/2022).

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