



Delibera n. 325

13 luglio 2022

Oggetto

Indicazioni in merito all'interpretazione dell'articolo 35, comma 18, del codice dei contratti pubblici a seguito delle modifiche introdotte con la legislazione d'urgenza.

Visti

i dubbi interpretativi emersi in relazione alla disposizione contenuta nell'articolo 35, comma 18, del codice dei contratti pubblici e, in particolare, le incertezze in merito alla possibilità di escluderne l'applicazione ad alcune particolari ipotesi di affidamento di servizi e forniture, per la cui esecuzione non sia richiesto uno sforzo organizzativo tale da giustificare un'anticipazione del prezzo dovuto.

Visto

l'articolo 35, comma 18, del decreto legislativo n. 50/2016, a tenore 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. (...). 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».

Visto

L'articolo 1, comma 21, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, secondo cui all'articolo 35, comma 18, le parole: "dei lavori", ovunque ricorrono,

sono sostituite dalle seguenti: "della prestazione", con conseguente applicazione della norma su richiamata anche agli appalti di servizi e forniture.

Visto

l'articolo 207, comma 1, del decreto-legge 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 legge 17 luglio 2020 n. 77, secondo cui, per le procedure avviate alla data di entrata in vigore del decreto e fino al 31/12/2021, l'importo dell'anticipazione prevista dall'articolo 35, comma 18, del codice dei contratti pubblici 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.

Visto

L'articolo 207, comma 2, del decreto legge su richiamato secondo cui, fuori dei casi previsti al comma 1, l'incremento dell'anticipazione può essere riconosciuta 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.

Visto

L'articolo 3, comma 4, della legge n.15/2022 di conversione del decreto legge n. 228/2021 che ha prorogato al 31 dicembre 2022 il termine, previsto dall'articolo 207, comma 1, del citato decreto-legge n. 34/2020, entro cui devono essere state avviate le procedure di gara in relazione alle quali l'importo dell'anticipazione del prezzo a favore dell'appaltatore può essere incrementato fino al 30 per cento, nei limiti previsti dalla norma.

Vista

La Circolare MIMS n. 112 dell'11 agosto 2020 recante «Articolo 207 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34. Chiarimenti interpretativi», con cui è stato chiarito che la norma in questione «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».

Visto

l'articolo 47-bis della legge 28 giugno 2019, n. 58, di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34 (cosiddetto «decreto crescita») che ha introdotto il nuovo comma 4-bis, dell'articolo 159, del codice dei contratti pubblici per i contratti affidati nel settore della difesa e sicurezza, secondo cui, in caso di contratti ad impegno pluriennale superiore a tre anni, l'importo dell'anticipazione di cui all'articolo 35, comma 18, è calcolato sul valore delle prestazioni di ciascuna

annualità contabile del contratto di appalto, stabilita nel cronoprogramma dei pagamenti, ed è corrisposto entro quindici giorni dall'effettivo inizio della prima prestazione utile relativa a ciascuna annualità, secondo il cronoprogramma delle prestazioni.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 13 luglio 2022

DELIBERA

L'articolo 35, comma 18, del codice dei contratti pubblici si applica ai contratti di lavori, servizi e forniture, sopra e sotto soglia, nei settori ordinari e nei settori speciali. La previsione si applica a condizione che sia stato sottoscritto il contratto, sia iniziata l'esecuzione, anche a seguito di consegna in via d'urgenza, e sia stata previamente costituita la richiesta garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa dell'importo indicato. La norma ha carattere cogente ed è finalizzata a garantire la disponibilità delle risorse finanziarie necessarie all'avvio delle attività dedotte in contratto, attraverso l'attribuzione di una somma di denaro versata come anticipo sul prezzo dovuto. Al ricorrere delle condizioni previste dalla norma, la stazione appaltante è quindi tenuta a corrispondere l'anticipazione, anche a prescindere da una specifica richiesta dell'appaltatore.

La norma, infatti, estesa dal decreto legge n. 32/2019 anche agli affidamenti di servizi e forniture, non prevede alcuna limitazione in ordine alla natura delle prestazioni. Inoltre, la stessa non effettua alcun riferimento alla finalità dell'anticipazione, né richiede, alle stazioni appaltanti, alcuna valutazione in ordine alla sussistenza, in concreto, del bisogno di liquidità immediata per avviare la prestazione. Può ritenersi, quindi, che tale esigenza sia stata valutata *ex ante* dal legislatore come sussistente e meritevole di tutela in ogni caso e in relazione a tutte le tipologie di contratto. Alla luce di quanto sopra, non è consentito alla stazione appaltante di escludere l'anticipazione di cui all'articolo 35, comma 18 del Codice, per alcuni appalti di servizi e forniture sulla base di interpretazioni che non trovano riscontro nel dato normativo di riferimento. Da ciò deriva che il relativo importo deve essere già contemplato nel quadro economico dell'intervento. Come chiarito dalla Corte dei Conti - Piemonte, la stazione appaltante, non potendosi sottrarre all'obbligazione descritta, dovrà procedere ad un'attenta attività di programmazione complessiva in modo da garantire il corretto appostamento in bilancio (delibera 15 giugno 2020, n. 67).

L'articolo 207 del decreto-legge n. 34/2020, è intervenuto sull'articolo 35, comma 18, del codice dei contratti pubblici al fine di attenuare le difficoltà economiche derivanti dall'emergenza sanitaria connessa alla diffusione del contagio da Covid-19. In particolare, con tale intervento è stata prevista la possibilità di aumentare l'anticipazione del prezzo dal venti al trenta per cento, nei limiti e compatibilmente con le risorse annuali stanziati per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante. La Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti R112 del 11/08/2020 ha chiarito che tale possibilità è prevista come facoltativa, con il solo limite della disponibilità delle relative somme negli stanziamenti annuali previsti nel quadro economico dell'intervento. L'incremento dell'anticipazione dal venti fino al trenta per cento è da intendersi, quindi, come eventuale, nel caso in cui siano disponibili in bilancio le risorse necessarie. Pertanto, come affermato anche dalla giurisprudenza amministrativa, l'incremento previsto dalla norma può essere

graduato in modo differente, fino ad essere escluso nel caso di ragioni contabili oggettive della stazione appaltante (T.A.R. Lombardia - Milano - Sez. I sentenza 27/04/2021, n. 1052). Ne deriva che la stazione appaltante dovrà valutare la sussistenza della disponibilità di somme e, in caso positivo, sarà tenuta a disporre l'incremento dell'anticipazione nella misura ritenuta di volta in volta compatibile rispetto alle risorse annuali stanziare per il singolo intervento ed effettivamente disponibili, fino ad un massimo del trenta per cento.

Il comma 2 dell'articolo 207 succitato consente il riconoscimento dell'anticipazione del prezzo e della eventuale maggiorazione anche in favore degli appaltatori che abbiano già dato inizio alla prestazione senza aver usufruito di anticipazione, ancorché tale possibilità non sia stata prevista contrattualmente. La norma chiarisce che, qualora l'appaltatore abbia già percepito l'anticipazione del venti per cento, in tutto o in parte, la determinazione dell'importo massimo attribuibile sarà effettuata dalla stazione appaltante tenendo conto delle eventuali somme già versate a tale titolo.

Riguardo a questa previsione, si pone il dubbio relativo alla possibilità di riconoscere l'anticipazione in relazione alle prestazioni già svolte e già remunerate. Per la soluzione di tale interrogativo occorre considerare che, per tali prestazioni, l'esigenza organizzativa che giustifica l'attribuzione dell'anticipazione risulta già assolta e che il secondo comma dell'articolo 207 richiama il quinto alinea dell'articolo 35 comma 18 del Codice, secondo cui l'anticipazione è recuperata durante l'esecuzione secondo il cronoprogramma della prestazione. Inoltre, si evidenzia che la Corte dei Conti - Piemonte, con la delibera 15/6/2020, n. 67 succitata ha chiarito che l'anticipazione è strettamente legata all'esecuzione del contratto e si configura come somma di denaro versata come anticipo sul prezzo di acquisto e, pertanto, deve essere strettamente collegata all'esecuzione della prestazione. Si ritiene, quindi, che tali considerazioni depongano per la necessità di calcolare l'anticipazione sul valore residuo del contratto, scorporando il valore delle prestazioni già eseguite e remunerate.

Da ultimo, si evidenzia che, in relazione ai contratti nel settore della difesa e sicurezza, l'articolo 47-bis della legge 28 giugno 2019, n. 58, di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34 (cosiddetto «decreto crescita») ha introdotto il nuovo comma 4-bis, dell'articolo 159, del codice dei contratti pubblici. Tale disposizione prevede che, in caso di contratti ad impegno pluriennale superiore a tre anni, l'importo dell'anticipazione di cui all'articolo 35, comma 18, è calcolato sul valore delle prestazioni di ciascuna annualità contabile del contratto di appalto, stabilita nel cronoprogramma dei pagamenti, ed è corrisposto entro quindici giorni dall'effettivo inizio della prima prestazione utile relativa a ciascuna annualità, secondo il cronoprogramma delle prestazioni.

Nella relazione illustrativa alla legge di conversione del decreto si legge che la disposizione «è finalizzata ad adeguare il funzionamento dell'istituto dell'anticipazione ad alcune fattispecie ricorrenti nell'attività delle stazioni appaltanti della Difesa che realizzano programmi di investimento di durata pluriennale e di notevole volume finanziario (si pensi alla realizzazione di una unità navale o di un sistema satellitare o aereo). In tali ipotesi la corresponsione di anticipazione in ragione del valore complessivo del programma non sarebbe allineata al normale sviluppo dell'esecuzione contrattuale e dilaterrebbe molto il tempo di recupero dell'anticipazione stessa creando difficoltà alle imprese a causa dei costi legati all'obbligo di accensione di polizze fideiussorie di importi molto elevati e di durata molto lunga. Viceversa, la corresponsione dell'anticipazione anno per anno assicura alle imprese un volano di liquidità costante senza esporle ad oneri fideiussori esorbitanti e facilita, d'altro canto, la pianificazione delle risorse finanziarie da parte dell'Amministrazione committente, senza generare rischi di indisponibilità di cassa che si risolverebbero in ritardi nei pagamenti verso le imprese».

La collocazione della norma nel corpo dell'articolo 159 depone per la relativa applicazione ai soli contratti nei settori della difesa e sicurezza, nonostante le esigenze rappresentate nella Relazione illustrativa potrebbero configurarsi anche in altri settori per contratti pluriennali di importi elevati. Si tratta, infatti, di una norma che introduce una deroga al principio generale dettato dall'articolo 35, comma 18, per alcuni particolari settori e in relazione ai soli contratti che superino una determinata durata.

Inoltre, con il parere del Supporto giuridico del Ministero delle Infrastrutture e delle mobilità sostenibili n. 966 del 24/6/2021, reso in risposta ad un quesito sulla possibilità di rateizzare l'anticipazione, è stato chiarito che l'anticipazione del prezzo va calcolata letteralmente sul valore del contratto di appalto. Occorre considerare, altresì, che il legislatore, con il decreto n. 34/2020, ha ritenuto necessario potenziare lo strumento dell'anticipazione per far fronte alla crisi di liquidità che ha colpito le imprese in conseguenza del periodo pandemico. Tale esigenza appare oggi ancora più urgente, dal momento che alle difficoltà economiche preesistenti si sono sommate quelle derivanti dal conflitto in Ucraina. Pertanto, l'adesione ad una interpretazione estensiva dell'articolo 159, comma 4-bis, del codice dei contratti pubblici potrebbe rivelarsi contraria all'intenzione del legislatore, compromettendo il perseguimento delle finalità di sostegno e ausilio alle imprese. Tale interpretazione consentirebbe, infatti, per i contratti ultratriennali, la distribuzione dell'anticipazione sulle diverse annualità contrattuali, riducendo la liquidità disponibile al momento dell'avvio dell'esecuzione e vanificando, di fatto, l'incremento introdotto dalla legislazione d'urgenza.

Per quanto esposto, si ritiene che la stazione appaltante non possa derogare alle previsioni dell'articolo 35, comma 18, del codice dei contratti pubblici, prevedendo unilateralmente, nel bando di gara, la rateizzazione dell'anticipazione al di fuori dei casi previsti dall'articolo 159, comma 4-bis, del codice medesimo. Tuttavia, le parti potrebbero prevedere pattiziamente una diversa regolamentazione del rapporto contrattuale, in ragione delle specificità del caso concreto, convenendo, ad esempio, la rateizzazione dell'anticipazione nel corso delle diverse annualità di durata del contratto. Ciò consentirebbe, da un lato, alla stazione appaltante di ridurre l'impegno di spesa iniziale, e dall'altro, all'operatore economico, di contenere gli oneri relativi alla costituzione della garanzia fideiussoria e agli interessi legali dovuti sull'anticipazione.

Depositato presso la Segreteria
del Consiglio in data 20 luglio
2022

Per il Segretario Maria Esposito
Valentina Angelucci

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente