



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1050

DEL 14 novembre 2018

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da RTI Verardi & C. S.r.l. / Provincia di Cuneo. Lavori di realizzazione del raccordo S.R. 20 con la S. P. per Casalgrasso in Comune di Racconigi. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. Importo a base di gara: 2.034.045,93 euro.

PREC. 201/18/L

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con l'istanza prot. n.81923 del 4 ottobre 2018 con cui la Verardi & C. S.r.l. chiedeva un parere all'Autorità circa la sussistenza dell'obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere l'anticipazione del prezzo nelle procedure sotto soglia. La stazione appaltante, nel caso in oggetto, per l'affidamento dei lavori ha indetto una procedura ristretta ai sensi dell'art. 61 D.lgs. 50/2016 il cui capitolato, all'art. 26 prevede che *"non è dovuta l'anticipazione del prezzo e non trova applicazione l'art. 35 co. 18 del Codice dei Contratti"*.

Nella propria memoria difensiva, la Provincia di Cuneo sostiene che il divieto di anticipazione del prezzo inserito nel capitolato speciale d'appalto relativo alla gara in oggetto sarebbe pienamente valido alla luce di un'interpretazione sistematica del testo di legge. Infatti, l'art. 35 che prevede, al comma 18, l'obbligo di corresponsione dell'anticipazione da parte della stazione appaltante all'appaltatore riguarda le procedure sopra soglia comunitaria e sembrerebbe non applicarsi alla procedura di cui all'oggetto che invece è di importo inferiore a tale soglia e quindi disciplinata dal successivo art. 36 in cui dell'anticipazione del prezzo non si fa menzione.

Ritenuto in diritto

L'istituto dell'anticipazione del prezzo, avente la finalità di consentire all'appaltatore di affrontare le spese iniziali necessarie all'esecuzione del contratto è stato oggetto di numerose modifiche normative. Lasciata in un primo tempo alla discrezionalità dell'amministrazione, l'anticipazione di cui al decreto del Ministro del tesoro, previsto dall'articolo 12, commi VI, VII e VIII, del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, come successivamente modificato, è stato poi ritenuto obbligatorio che, in tutte le procedure di gara, fosse *accreditata all'impresa, indipendentemente dalla sua richiesta, entro sei mesi dalla data dell'offerta.* (vd. art. 3 L. n.741/1981), come ribadito dall'art. 26, co.1, L. 109/1994. Successivamente l'anticipazione è stata ridimensionata dal 10% al 5% dell'importo contrattuale dall'art. 2, co. 91 e 92, L. n. 662 del 1996 (finanziaria 1997). Il D.L. 28 marzo 1997, n. 79, convertito in legge 28 maggio 1997, n. 140, con finalità di contenimento della spesa pubblica, disponeva il generale divieto alle pubbliche amministrazioni e agli enti pubblici economici di concedere, in qualsiasi forma,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

anticipazioni del prezzo in materia di appalti di lavori, servizi e forniture, facendo salvi i contratti già aggiudicati alla data di entrata in vigore del decreto medesimo e quelli riguardanti attività oggetto di cofinanziamento comunitario.

Dal 2013, l'opposta esigenza di favorire gli investimenti e dare impulso all'imprenditoria, in una fase di stagnazione economica e di crisi del mercato, ha indotto il legislatore a ripristinare *temporaneamente* l'istituto dell'anticipazione (vd. art. 26-ter DL 21.6.2013, n. 69 cd. *decreto del fare*) fissato prima nell'importo del 10%, poi del 20% (art. 8, co. 3-bis DL 192/2014 e poi art. 7, co.1, DL 210/2015).

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti di cui al d.lgs. n. 50/2016, al comma 18, dell'articolo 35 rubricato "*Rilevanza comunitaria e contratti sotto soglia*" viene istituzionalizzata l'anticipazione del 20% calcolata non più sull'importo contrattuale, come nella corrispondente previsione del vecchio Regolamento all'art. 140 D.P.R. 207/2010, ma sul "valore stimato dell'appalto". È precisato, per altro, che tale anticipazione deve essere corrisposta all'appaltatore entro quindici giorni dall'effettivo inizio dei lavori ed 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 dei lavori.

L'art. 12, co.1, del DL 28 marzo 1997 n. 79 conv. in L. 28 maggio 1997, n.140, deve considerarsi tacitamente abrogato per incompatibilità con la nuova disciplina, peraltro di grado gerarchicamente superiore.

La collocazione della norma nell'ambito dell'art. 35 rubricato "*Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti*" è stata giudicata "*infelice e inconferente*" dalla dottrina, mostrandosi come una scelta erronea e non sorretta da adeguata motivazione. Nel parere 30/03/2017, n. 782 del Consiglio di Stato - Commissione speciale - contenente *Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50* si osserva che "*la sede più corretta della disciplina racchiusa nel comma 18 dell'art. 35 sarebbe il titolo V, relativo all'esecuzione(...), se del caso nell'art. 113-bis, con appropriata modifica della relativa rubrica*".

La portata generale dell'obbligo 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. Non avrebbe quindi senso precludere tale facoltà di accesso all'anticipazione per affidamenti di importo inferiore che spesso vedono protagonisti imprese di dimensioni medio piccole e maggiormente tutelate dal legislatore.

L'art. 35 D.lgs. 50/2016 va considerato dunque una norma di carattere generale che detta disposizioni in ordine alle modalità di calcolo del valore dell'appalto e non una norma specifica relativa ai contratti sopra soglia in contrapposizione alla successiva di cui all'art. 36.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Per tali motivi, la disposizione del Capitolato che prevede il diniego all'erogazione dell'anticipazione del prezzo deve ritenersi illegittima in quanto contraria alla normativa di settore.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, illegittima la clausola impugnata.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 26 novembre 2018

Il Segretario Maria Esposito