

Spett.le Fortunato Costruzioni S.r.l.

25/02/2015

AG 18/2015/AP

Oggetto: Efficacia vincolante dell'art. 26-ter, comma 1, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 anche in presenza di clausole difformi della *lex specialis* di gara - richiesta di parere

In esito a quanto richiesto con nota dell'8 gennaio 2015, acquisita al prot. n. 696 dell'8 gennaio 2015, si rappresenta che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 25 febbraio 2015, ha approvato le seguenti considerazioni.

Codesto operatore economico, aggiudicatario di una procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando per l'affidamento di lavori di ristrutturazione di un plesso scolastico, ha formulato una richiesta di parere in merito alla efficacia vincolante dell'art. 26-ter del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, introdotto dalla legge di conversione 9 agosto 2013 n. 98, ai sensi del quale, per i contratti di appalto relativi a lavori disciplinati dal Codice dei contratti pubblici affidati con gare bandite successivamente all'entrata in vigore della legge di conversione ed entro il 31 dicembre 2015, in deroga ai vigenti divieti di anticipazione del prezzo, è prevista e pubblicizzata nella gara di appalto la corresponsione in favore dell'appaltatore di un'anticipazione pari al 10% dell'importo contrattuale.

In particolare, è stato domandato se debba comunque ritenersi sussistente in capo alla stazione appaltante l'obbligo di corrispondere all'aggiudicatario l'anticipazione prevista dalla norma in esame quand'anche, come nel caso di specie, la *lex specialis* di gara preveda una clausola di divieto di anticipazione del prezzo.

La risposta al quesito implica un'indagine circa la natura, imperativa o dispositiva, dell'art. 26-ter d.l. n. 69/2013, da cui dipende la possibilità che la disciplina di gara, silente o difforme sul punto, sia eterointegrata dalla previsione normativa ai sensi dell'art. 1339 c.c.

Al fine del corretto inquadramento giuridico della questione conviene premettere brevi cenni sull'istituto dell'anticipazione e sulle molteplici modifiche normative succedutesi nel tempo.

Prevista originariamente nell'art. 12, commi 6¹, 7 e 8 del r.d. n. 2440/1923, l'anticipazione è stata ritenuta oggetto di ampia discrezionalità da parte dell'amministrazione (cfr. Cassazione Civile, sez. I, 15 settembre 2000, n. 12178) fino all'entrata in vigore della legge 10 dicembre 1981, n. 741, che, nell'art. 3², ha stabilito che l'anticipazione di cui all'art. 12 del r.d. n. 2440/1923 fosse accreditata all'impresa indipendentemente dalla sua richiesta entro sei mesi dalla data dell'offerta.

L'obbligatorietà dell'erogazione dell'anticipazione, cui corrisponde un vero e proprio diritto soggettivo da parte dell'appaltatore, è stata ribadita dall'art. 26, comma 1³, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, nella versione originaria antecedente alla modifica apportata dalla legge 18 novembre 1998 n. 415, salvo essere ridimensionata sotto il profilo dell'ammontare (dal 10 al 5% dell'importo contrattuale) dall'art. 2, commi 91 e 92 della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (legge finanziaria 1997).

Nel 1997, con evidenti fini di contenimento della spesa pubblica, il legislatore ha stravolto la disciplina dell'istituto prevedendo un generalizzato divieto di concedere, in qualsiasi forma, anticipazioni del prezzo in materia di contratti di appalto di lavori, di forniture e servizi, con l'unica eccezione dei contratti già aggiudicati alla data dell'entrata in vigore della novella e di quelli riguardanti attività oggetto di cofinanziamento da parte dell'Unione europea, cui sono stati successivamente aggiunti i finanziamenti del MAE per la realizzazione di iniziative, interventi e programmi ed attività nel settore della cooperazione allo sviluppo in favore di università e di organizzazioni non governative (d.l. 28 marzo 1997, n. 79, art. 5, commi 1 e 1bis⁴).

Il divieto di anticipazione, tutt'ora vigente, è stato rivisitato nel 2013 dal legislatore che, con la norma in esame, stante il mutato contesto economico caratterizzato da una profonda crisi del tessuto imprenditoriale aggravata dalla stretta creditizia, ha inteso ripristinare temporaneamente un istituto

volto a consentire agli operatori economici di sostenere le ingenti spese iniziali nell'esecuzione di un appalto di lavori.

Data la ratio della norma, appare evidente come l'efficacia della stessa sotto il profilo dell'idoneità a contribuire al rilancio dell'economia sia direttamente proporzionale alla sua effettiva applicazione e come, dunque, difficilmente il legislatore abbia potuto lasciare alle amministrazioni la facoltà di scegliere se applicarla o meno.

La lettera della norma - «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 2015, 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 dell'importo contrattuale. (...)» - sembra lasciare intendere che il legislatore abbia preventivamente valutato come prevalente, rispetto alle finalità di contenimento della spesa pubblica, l'interesse delle imprese ad ottenere le somme necessarie per avviare i cantieri, *imponendo* temporaneamente alle stazioni appaltanti di concedere le anticipazioni sul prezzo dell'appalto.

Un'interpretazione in questo senso dell'intenzione del legislatore trova conferma nei lavori preparatori che testimoniano come da una prima formulazione della disposizione che espressamente facoltizzava la corresponsione dell'anticipazione («in deroga ai vigenti divieti di anticipazione del prezzo, è possibile la corresponsione in favore dell'appaltatore di un'anticipazione pari al 10 % dell'importo contrattuale, purché la stessa sia già prevista e pubblicizzata nella gara di appalto⁵») si sia passati a quella definitiva, oggi vigente, di tutt'altro tenore. A maggior conforto, nelle schede di lettura a corredo della norma si legge che «il comma 1 stabilisce che l'anticipazione del prezzo *deve* essere prevista e pubblicizzata nella gara di appalto per i contratti di appalto relativi a lavori⁶». Dal carattere inderogabile dell'art. 26-ter del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, discende il potere di eterointegrazione della norma stessa, che trova dunque applicazione anche nel caso in cui la *lex specialis* di gara sia silente o preveda clausole difformi, che devono ritenersi sostituite di diritto (art. 1339 c.c.).

Per completezza si evidenzia che stante il carattere eccezionale della norma, che rappresenta una deroga temporanea al divieto generalizzato di anticipazioni, essa non si applica oltre i casi e i tempi in essa considerati (art. 14 delle Preleggi).

Alla luce di quanto sopra, l'Autorità ha approvato l'orientamento n. 7/2015

Orientamento n. 7/2015/AP

L'art. 26-ter del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, introdotto dalla legge di conversione 9 agosto 2013 n. 98 recante l'obbligo per la stazioni appaltanti di corrispondere, nei casi previsti dalla norma, l'anticipazione del prezzo nella misura prestabilita del 10% è norma imperativa che, in forza del principio dell'eterointegrazione, si inserisce di diritto nella disciplina di gara anche in sostituzione di eventuali clausole difformi. In quanto deroga temporanea del generalizzato divieto di anticipazione, l'art. 26-ter del d.l. n. 69/2013 è norma eccezionale e non può essere oggetto di applicazione analogica.

Parole chiave: Anticipazione del prezzo del contratto di appalto di lavori – art. 26 -ter, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 – deroga temporanea del divieto di anticipazione - norma imperativa - eterointegrazione – sostituzione di diritto di clausole difformi – norma eccezionale – divieto di applicazione analogica

Raffaele Cantone

1- Comma 6: «Con decreto del Ministero del Tesoro può consentirsi, per periodi di durata determinata, che, in deroga a quanto disposto dal precedente quarto comma, le amministrazioni dello Stato, comprese quelle autonome, anticipino fino al 10 per cento del prezzo, a fronte della prestazione di idonee garanzie bancarie o equivalenti da parte del contraente; l'erogazione dell'anticipazione è subordinata all'avvenuto inizio dei lavori, ovvero dell'esecuzione della fornitura. La misura dell'anticipazione, il graduale recupero della medesima e il grado delle garanzie, sono stabiliti con il suddetto decreto».

2- Comma 1: «Per i lavori da aggiudicarsi, da affidarsi o da concedersi dopo l'entrata in vigore della presente legge, l'anticipazione di cui al decreto del Ministro del tesoro, previsto dall'articolo 12, commi sesto, settimo ed ottavo, del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, come successivamente modificato, è accreditata all'impresa, indipendentemente dalla sua richiesta, entro sei mesi dalla data dell'offerta».

3- Le amministrazioni aggiudicatrici concedono ed erogano all'appaltatore, entro quindici giorni dalla data di effettivo inizio dei lavori, accertata dal responsabile del procedimento, un'anticipazione sull'importo contrattuale per un valore pari al 10 per cento dell'importo stesso, che è gradualmente recuperata incasso d'opera. Sul relativo importo, in caso di mancata erogazione, decorrono gli interessi di mora previsti dal capitolato generale».

4- « 1. È fatto divieto alle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, ed agli enti pubblici economici di concedere, in qualsiasi forma, anticipazioni del prezzo in materia di contratti di appalto di lavori, di forniture e di servizi, con esclusione dei contratti già aggiudicati alla data di entrata in vigore del presente decreto e di quelli riguardanti attività oggetto di cofinanziamento da parte dell'Unione europea. Sono abrogate tutte le disposizioni, anche di carattere speciale, in contrasto con quelle di cui al presente comma. Per l'attuazione dei programmi URBAN cofinanziati dall'Unione europea l'anticipazione sui contratti suddetti non può superare la somma complessiva del 20 per cento del prezzo di aggiudicazione dell'appalto.

1-bis. Il divieto di cui al comma 1 non si applica ai finanziamenti che vengono erogati dal Ministero degli affari esteri, ai sensi degli articoli 7 e 18 del decreto del Presidente della Repubblica 12 aprile 1988, n. 177, per la realizzazione di iniziative, interventi, programmi ed attività nel settore della cooperazione allo sviluppo, in favore di università e di organizzazioni non governative riconosciute idonee ai sensi dell'articolo 28 della legge 26 febbraio 1987, n. 49, salvo quanto disposto dall'articolo 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni. Ai soggetti sopra indicati potranno essere concessi anticipi nella misura del 50 per cento del valore complessivo del progetto nel primo anno, seguiti da anticipi del 40 per cento negli anni successivi».

5- Proposta emendativa 26.026 pubblicata nel Bollettino delle Giunte e Commissioni del 18 luglio 2013 – nuova formulazione approvata.

6- D.L. 21 giugno 2013, n. 69 “Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia” convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 9 agosto 2013, n.98. Schede di lettura (articoli da 1 a 40), n. 36/4, Tomo I, Servizio Studi della Camera, 11 ottobre 2013.