

Sull'articolo 47-bis della legge 28 giugno 2019, n. 58, conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34 (cosiddetto «decreto crescita»). Un nuovo equivoco in materia di anticipazione?

02 luglio 2019

Con l'entrata in vigore della legge 28 giugno 2019, n. 58, conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34 (cosiddetto «decreto crescita»), con il passaggio da 50 a 118 articoli, è modificato nuovamente il codice dei contratti pubblici, questa volta in materia di anticipazione, ad opera dell'articolo 47-bis.

È opportuno un breve riepilogo storico dell'istituto dell'anticipazione.

1. Premessa

L'anticipazione sul prezzo, dopo traversie durate un secolo [1], sembrava aver trovato una soluzione definitiva nell'articolo 35, comma 18, del nuovo Codice. Sul punto sussistevano molti equivoci interpretativi e difficoltà applicative che il decreto non ha risolto e che la legge di conversione invece di risolvere rende ancora più problematici.

La pretesa finalità della norma, almeno in tempi recenti, doveva essere quella di aiutare le PMI nell'aggiudicazione e nella gestione economica degli appalti pubblici, [2] secondo quella che ormai da esigenza reale è diventata una moda, ovvero l'invocazione dell'agevolazione alle PMI per ogni nefandezza.

Se la finalità dichiarata dell'anticipazione è l'interesse a che le imprese possano ottenere le somme necessarie per avviare i cantieri, nella realtà fattuale l'anticipazione è servita e serve, nella maggior parte dei casi, a saldare i debiti contratti con i subappaltatori di appalti precedenti, a pagare imposte e contributi arretrati e, nei casi meno nobili, a riscattare il *leasing* della Porsche Cayenne dell'imprenditore. In conclusione, nella pratica l'anticipazione si riduce a una distorsione dei rapporti economici. [3]

¹ *Dall'articolo 12, commi sesto, settimo e ottavo, del R.D. n. 2440 del 1923 (mai abrogato) che la prevedeva nella misura del 10% a discrezione dell'amministrazione, all'articolo 3 (abrogato) della legge n. 741 del 1981 che la rendeva obbligatoria con erogazione entro 6 mesi dall'offerta senza richiesta dell'impresa, all'articolo 26 della legge n. 109 del 1994 (abrogata) che la rendeva obbligatoria al 10%, soppressa dall'art. 9, comma 44, della legge n. 415 del 1998, ripristinata al 5% dall'art. 2, commi 91 e 92 della legge n. 662 del 1996, poi vietata, salvi i casi eccezionali che qui non interessano, dall'articolo 5 del decreto-legge n. 79 del 1997, convertito dalla legge n. 140 dello stesso anno (mai abrogata), ripristinata al 10% dall'articolo 26-ter del decreto-legge n. 69 del 2013, introdotto dalla legge di conversione n. 98 dello stesso anno, fino al 31 dicembre 2014, elevata al 20% dall'articolo 8, commi 3 e 3-bis, del decreto-legge n. 192 del 2014, convertito nella legge n. 11 del 2015, fino al 31 dicembre 2015, poi ridotta al 10% dall'articolo 7, comma 1, del decreto-legge n. 210 del 2015, convertito dalla legge n. 21 del 2016, fino al 31 dicembre 2016 (in realtà fino al 18 aprile dello stesso anno in seguito all'entrata in vigore del Codice che sembrava aver messo la parola fine all'indecoroso balletto, abrogando tutte le norme precedenti ad eccezione della norma del 1923 - oggi solo di natura procedimentale - e del divieto del 1997).*

² *Ma se la norma è ad applicazione generale non agevola le PMI ma tutte le imprese, tornando al punto di partenza della presunta asimmetria tra operatori in relazione alle rispettive dimensioni e capacità.*

³ *Non a caso l'anticipazione è pressoché sconosciuta fuori da questo strano paese.*

2. L'anticipazione e l'inizio "effettivo" dei lavori

La norma subordina l'erogazione all'inizio "effettivo" dei lavori (oggi della prestazione). L'inizio "effettivo" può non essere di immediata individuazione. Per i lavori si può fare riferimento alla vecchia polemica sull'inizio dei lavori codificato dalla giurisprudenza ordinaria e amministrativa in materia edilizia. [4] Per le forniture, almeno per quelle puntuali non continuative, l'inizio delle prestazioni coincide con la loro esecuzione e ultimazione, per i servizi l'inizio delle prestazioni può essere immateriale o non tangibile nella realtà fattuale (si pensi alle prestazioni intellettuali o ai servizi che non necessitano di predisposizione di apprestamenti o attrezzature precontrattuali o di prenotazione di materiali). In tutti i casi sarà possibile il contenzioso sulla diversa interpretazione dell'effettività dell'inizio delle prestazioni.

Alcune stazioni appaltanti introducono nei Capitolati la definizione di inizio effettivo, ad esempio non riconoscendo come tale la predisposizione del cantiere e la sua recinzione, l'inizio dei soli scavi, l'installazione di baracche e servizi igienici, l'allacciamento alle utenze di cantiere. In disparte la difficile individuazione della discriminante tra tali adempimenti e l'effettivo inizio dei lavori, una siffatta norma non pare di alcuna utilità, in quanto l'appaltatore potrebbe invocare l'articolo 1339 del codice civile e la predetta discriminante sarebbe travolta dall'interpretazione del giudice che avesse un diverso orientamento.

3. L'anticipazione e la stipula del contratto

La norma si è dimenticata di subordinare l'erogazione all'avvenuta stipula del contratto. Quindi appaltatori che hanno avviato le prestazioni in pendenza di contratto [5] potrebbero pretendere (e pretendono) l'anticipazione trascorsi 15 giorni dall'inizio delle prestazioni. Non ci voleva molto ad introdurre al primo periodo del comma 18 dell'articolo 35, la locuzione «*purché il contratto sia stato stipulato*» o al secondo periodo «*L'erogazione dell'anticipazione è subordinata alla stipula del contratto e alla costituzione ...*».

Tale condizione può o deve essere introdotta nella documentazione contrattuale (capitolato e contratto) quale recepimento di un principio generale secondo il quale in assenza di un rapporto contrattuale non possono essere erogati corrispettivi. Tanto più che la norma impone di calcolare l'anticipazione sul "valore del contratto" e, se il contratto non è stato ancora stipulato, non vi è contratto e, in astratto, non può esserci valore del medesimo giuridicamente vincolante.

4. L'ambito di applicazione per importo

Scarsa fortuna, sotto il profilo della certezza, pare abbia anche l'ambito di applicazione dell'istituto dell'anticipazione in relazione all'importo del contratto. Il comma

⁴ *Ex multis: Corte di Cassazione penale Sez. III, 22 agosto 2016, n. 35243; Consiglio di Stato, sez. IV, 24 gennaio 2018, n. 467 «l'inizio lavori deve intendersi riferito a concreti lavori edilizi che possono desumersi dagli indizi rilevati sul posto».*

⁵ *Articolo 32, comma 8, quarto periodo, del Codice dei contratti.*

18 come noto, è all'interno dell'articolo 35, il cui comma 1 in un primo tempo recitava «*Le disposizioni del presente codice di applicano ai contratti pubblici il cui importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, è pari o superiore alle soglie [di rilievo comunitario]*» poi correttamente modificato in «*Ai fini dell'applicazione del presente codice, le soglie di rilevanza comunitaria sono ...*». [6]

Non c'era dubbio dunque che la collocazione del comma 18 (e quindi l'istituto dell'anticipazione) si riferisse ai soli contratti di rilevanza comunitaria. L'ANAC non è mai stata d'accordo su tale limite [7] ritenendo che l'anticipazione fosse invece da riconoscere inderogabilmente a prescindere dall'importo.

La conclusione di ANAC non era e non è condividibile. Fino all'entrata in vigore del decreto correttivo la versione originaria del comma 1 dell'articolo 35 ad una lettura piana e letterale conduceva all'esclusione dei contratti sottosoglia dall'ambito di applicazione dell'anticipazione. Lo stesso Consiglio di Stato, nel parere 30 marzo 2017, n. 782, suggerì come la sede più corretta della disciplina dell'anticipazione fosse il titolo V relativo all'esecuzione, per fugare ogni equivoco. Il Consiglio di Stato è rimasto inascoltato e, malgrado la successiva sostituzione del comma 1 dell'articolo 35, non pare che possa giungersi a conclusioni diverse.

In primo luogo, l'anticipazione non è un principio generale, sarebbe curioso se fosse ritenuta tale dopo il turbinio di modifiche contraddittorie succedutesi nel tempo; semmai il principio generale resta il divieto di anticipazione (cristallizzato dalla norma del 1997 che aveva a base il principio costituzionale dell'equilibrio della finanza pubblica).

In secondo luogo, l'estensione dell'anticipazione a tutti i contratti in caso di importi non rilevanti o con tempi di esecuzione limitati è assolutamente irragionevole. Limitandoci ai casi estremi se un appalto ha una durata di uno o due mesi o, come detto in precedenza, ha carattere temporalmente puntuale, l'anticipazione è pressoché inutile se non un ulteriore ingolfamento di adempimenti (determina, impegno, mandato di pagamento, prestazione di garanzia, erogazione, svincolo della garanzia ecc.). Senza contare che il recupero graduale "in base allo stato di avanzamento della prestazione" sarebbe lettera morta in assenza di stato di avanzamento e in presenza di liquidazione in unica soluzione all'accertamento della regolare esecuzione. Paradossalmente, stando alla lettera della norma, l'acquisto di dieci risme di carta o di dieci toner farebbe maturare l'obbligo di erogazione di una, in questi casi fantomatica, anticipazione.

Non si può escludere, quindi, che nei contratti sottosoglia, sia legittima la scelta di non prevedere l'erogazione dell'anticipazione. Se la giurisdizione arriverà ad una soluzione diversa, l'appaltatore potrà invocare il già citato articolo 1339 del codice civile.

5. L'ambito di applicazione per oggetto

Ben più irragionevole l'estensione dell'anticipazione a tutti i contratti di forniture e servizi, oltre a quelli di lavori, con la sostituzione delle parole «*dei lavori*» con le parole «*della*

⁶ *Pena la disapplicazione del 90 per cento delle disposizioni del Codice dei contratti negli appalti sottosoglia.*

⁷ *Ex multis: delibera n. 1050 del 14 novembre 2018.*

prestazione». In linea di principio non c'è ragione per non estendere ai servizi e alle forniture la disciplina dell'anticipazione (in disparte la già detta diversa scansione temporale delle prestazioni, qualche volta incompatibile con l'anticipazione). Tuttavia, il legislatore non ha considerato la distorsione che colpisce i servizi e le forniture continuativi o ripetitivi pluriennali.

È ovvio che in questi ultimi casi l'utilità dell'anticipazione (ammesso che sussista) è limitata allo *start up* o quantomeno al primo anno di contratto. Non c'è ragione che l'anticipazione copra sin dall'origine tutte le annualità, specialmente quando nell'anno o negli anni successivi al primo le prestazioni sono uguali a quelle dell'anno prima, quindi senza necessità di nuovi investimenti o nuovi impegni sia materiali che immateriali: non si tratterebbe più di anticipazione ma di un vero e proprio finanziamento dei costi operativi, dal momento che lo sforzo economico iniziale dell'imprenditore sarebbe pressoché esaurito il primo anno. Utilizzando i casi limite (che non sono affatto eccezionali) si pensi ad un contratto settennale per il servizio integrato di igiene urbana per un ambito di 10.000 abitanti, con un importo medio annuo di 1 milione di euro, comporterebbe un'anticipazione superiore all'intero importo annuo (in quanto il 20% è calcolato sull'importo del contratto settennale di 7 milioni). Ma gli esempi potrebbero essere ben più gravi, vista la durata di alcuni contratti di servizi, aggravati dal fatto che l'amministrazione si trova a dover erogare da subito una somma che diversamente avrebbe un'imputazione pluriennale e che il recupero dell'anticipazione avviene gradualmente in base all'avanzamento della prestazione, per cui anche negli anni successivi l'appaltatore godrebbe, almeno in parte, di un'anticipazione della quale non dovrebbe più avere necessità.

Incidentalmente tale distorsione si riflette anche sugli importi della garanzia provvisoria e della garanzia definitiva (articoli 93, comma 1 e 103, comma 1) con la sovrapposizione di garanzie fornite dall'appaltatore (sull'anticipazione e sull'esecuzione) a riduzione graduale.

La soluzione per l'individuazione dell'importo sul quale calcolare l'anticipazione avrebbe potuto essere quella di fare riferimento all'importo annuale del contratto o, al massimo, all'importo determinato ai sensi dell'articolo 35, commi 13 oppure 14, lettera d), ovvero all'importo totale del contratto se di durata inferiore a 48 mesi o all'importo annuale moltiplicato per quattro se superiore a 48 mesi.

6. L'innovazione legislativa

Forse per avere intuito in qualche modo la questione, persa l'occasione dei pasticci combinati con il decreto sblocca-cantieri (che ha sbloccato solo le chiacchiere), in un raro lampo di apparente ragionevolezza, il legislatore è intervenuto per porvi rimedio con 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»). Tale norma introduce un nuovo comma 4-bis, nel Codice dei contratti, come segue: **«4-bis. In caso di contratti ad impegno pluriennale superiore a tre anni, l'importo**

dell'anticipazione di cui all'articolo 35, comma 18, del presente codice 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».

In disparte la ridondanza della seconda parte (le modalità di corresponsione erano già definite in modo identico all'articolo 35, comma 18), la norma vuole forse rimediare all'inconveniente lamentato che colpisce i contratti pluriennali. [8]

La formulazione della disposizione sembra portare alle seguenti conclusioni:

1) per i contratti di durata fino a tre anni l'anticipazione è calcolata sull'importo dell'intero contratto (condizione immutata rispetto a quanto previsto in via ordinaria);

2) per i contratti di durata superiore a tre anni è erogato un numero di anticipazioni singole, scadenzate su ciascun anno ed erogate all'inizio di ogni annualità in proporzione all'importo del singolo anno di contratto; con garanzie autonome (si presume di durata annuale) e, seppure nel silenzio della nuova norma, con il relativo recupero graduale nel corso dello stesso anno, onde evitare sovrapposizioni di anticipazioni imputabili ad annualità diverse.

Tutto bene dunque? Purtroppo, no.

Resta scoperta la modalità di trattamento del primo triennio per i contratti di durata superiore: nel primo triennio andrà riconosciuta l'anticipazione intera (parametrata sul complesso dei primi tre anni) e poi distintamente per ciascun singolo anno nelle annualità successive, oppure il riconoscimento dovrà essere limitato a ciascun anno sin dall'inizio? La ragione depone per la prima ipotesi, la lettera della norma depone per la seconda.

Tuttavia, la questione più controversa è un'altra ancora: la norma è stata introdotta all'interno dell'articolo 159 del Codice dei contratti che tratta di «*Difesa e sicurezza*» a sua volta parte del Capo VI del Titolo VI della Parte II, pertanto confinato ai contratti della Difesa. [9]

Quindi delle due l'una: o si applica esclusivamente ai contratti della Difesa e quindi è perfettamente inutile per la generalità delle stazioni appaltanti, o si applica a tutti gli appalti e allora non si comprende perché la modifica sia stata introdotta nell'articolo 159 e non alla fine del comma 18 dell'articolo 35, pena rendere ininfluenza il rapporto tra il "contenuto" (della norma) e il "contenitore" (la rubrica dell'articolo).

Si può concludere con l'abusato dubbio manzoniano: «*Ai posteri l'ardua sentenza*».

⁸ *Pur non distinguendo, colpevolmente, tra contratti pluriennali continuativi e ripetitivi e contratti con unico oggetto la cui esecuzione si sviluppa su più anni come i lavori, per i quali il problema non sussiste.*

⁹ *Peraltro, già oggetto della disciplina speciale di cui al decreto legislativo n. 208 del 2011.*