

L'anticipazione del pagamento agli appaltatori, misura unica (finora) e piena di perplessità introdotta dalle leggi emergenziali negli appalti

Nell'ambito dell'alluvionale produzione normativa tesa a fronteggiare l'emergenza pandemica e le sue conseguenze economiche e sociali, spicca la pressoché totale assenza di disposizioni sugli appalti.

Certo, sono intervenute alcune previsioni sugli approvvigionamenti di materiale sanitario urgente¹; ma, fuori dalle strette necessità connesse all'emergenza sanitaria, ogni intervento sulla disciplina dei contratti pubblici risulta rinviato al futuro "Decreto Legge Semplificazioni".

Si tratta certamente di una lacuna grave: la contrattualistica pubblica richiede accelerazione e semplificazioni nell'emergenza, ancor più che nell'ordinario, e dovrebbe costituire il primo combustibile del percorso di ripresa economica, da agevolare normativamente in ogni modo legittimo ed efficiente.

Il che vale a maggior ragione in ambito sanitario, per i fondi a disposizione e per le necessità manifestate durante l'emergenza (oltre che, verrebbe da dire, per i meriti che il settore ha dimostrato, che andrebbero compensati con adeguati investimenti anche strutturali).

Invece, non solo i molteplici decreti (legge o presidenziali o ministeriali) non hanno previsto nulla; ma addirittura, rispetto alla bozza del D.L. "Rilancio" circolata sino al giorno stesso della sua approvazione, è stato all'ultimo momento stralciato proprio l'articolo che contemplava una serie di misure acceleratorie sugli appalti pubblici.

Così, a parte l'esenzione dal pagamento ANAC per i concorrenti a gare pubbliche indette dopo il 19 maggio 2020 (ben poca cosa, in effetti), nel Decreto Legge 19 maggio 2020 n. 34 (appunto, il D.L. "Rilancio") è rimasta

all'art. 207 solo una norma, titolata come "*urgente per la liquidità delle imprese appaltatrici*", relativa unicamente alle anticipazioni.

L'anticipazione del compenso di appalto

Dopo ondivaghe vicende legislative tra la fine degli anni '80 del secolo scorso e i tempi recenti, a seguito della legge 55/2019 di conversione del c.d. "D.L. Sbloccacantieri" (D.L. 32/2019), l'attuale versione dell'articolo 35 comma 18 del Codice dei Contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016) prevede una anticipazione del 20% del prezzo di appalto, da corrispondere entro 15 giorni dall'inizio della esecuzione, per tutti gli appalti di lavori, servizi e forniture.

Ecco dunque la novità emergenziale

Il citato art. 207 del D.L. 34/2020, nei suoi due commi, aumenta al 30% la percentuale di tale anticipazione rispettivamente per le gare in corso e future (primo comma) e per i contratti già affidati (secondo comma).

In effetti, l'incremento dell'anticipazione potrebbe rappresentare una significativa "boccata di ossigeno (finanziario)" per le imprese di tutti i settori, duramente colpite dalla crisi indotta dalla pandemia.

Senonché la formulazione dell'art. 207 appare talmente infelice ed equivoca da lasciar presumere il sorgere di complesse questioni e controversie; il che, se può far felici gli avvocati del settore (e chi scrive è avvocato del settore), certamente non pare coerente con gli obiettivi perseguiti almeno dal titolo dell'articolo e con le urgenze della situazione.

¹ Si vedano:

Art. 34 DL 2 marzo 2020 n. 9: «Il dipartimento di protezione civile e i soggetti attuatori ... sono autorizzati ... ad acquisire dispositivi di protezione individuali (DPI) ... e altri dispositivi medicali ... in deroga al d.lgs. 50/2016».

Art. 17 DL 17 marzo 2020 n. 18: Disposizioni urgenti in materia di sperimentazione dei medicinali e dispositivi medici, che attribuisce ad AIFA la possibilità di accedere a tutti i dati sugli studi sperimentali e gli usi compassionevoli dei medicinali, per pazienti con COVID-19.

Art.72 DL 17 marzo 2020 n. 18, per gli interventi per l'internazionalizzazione del sistema Paese (promozioni all'estero, n.d.r.), in base al quale i contratti di lavori, forniture e servizi possono essere aggiudicati con la procedura di cui all'art. 63, comma 6, del D.Lgs. 50/2016.

Art. 99 comma 3 DL 17 marzo 2020 n. 18: «L'acquisizione di forniture e servizi da parte delle aziende, agenzie e degli enti del SSN da utilizzare nelle attività di contrasto dell'emergenza COVID-19, qualora sia finanziata in via esclusiva tramite donazioni di persone fisiche o giuridiche private ... avviene mediante affidamento diretto, senza previa consultazione di due o più operatori, fino all'importo di 214.000,00 €».

Che dire? “Già che avete lasciato una sola norma, almeno scrivetela bene”. Ma no.

Quali contratti?

Apparentemente, tutti, sia da aggiudicare che in esecuzione.

In particolare, il primo comma riguarda le gare in corso ma per le quali non sono scaduti i termini delle offerte, e tutte le gare da indire sino al 30 giugno 2021.

Dal canto suo, il comma 2 comprende apparentemente tutte le ipotesi residue, «fuori dei casi previsti dal comma 1»: quindi i contratti già aggiudicati e in corso di esecuzione; e gli appalti da aggiudicare in procedure ancora *in itinere*, ma per le quali sono già scaduti i termini di presentazione delle offerte.

Dato l'intento di includere tutti gli appalti, appare incoerente la ripartizione in due commi delle varie ipotesi, se poi la disciplina è sostanzialmente uguale; anzi, come vedremo tra poco, problemi sorgono proprio per la ripartizione in due commi distinti.

Anche servizi e forniture precedenti?

Nella versione originaria, l'articolo 35 del Codice prevedeva l'anticipazione solo per gli appalti di lavori; come accennato, la legge 55/2019 l'ha estesa anche agli appalti di servizi e forniture.

La modifica riguarda i contratti affidati a seguito di gare indette dopo il giugno 2019, sicché ha trovato sin qui modesta applicazione.

Ora però il comma 2 dell'articolo 207 ammette l'incremento dell'anticipazione sino al massimo del 30% «*anche in favore degli appaltatori ... che abbiano già dato inizio alla prestazione senza aver usufruito di anticipazione*»: senza esigere che l'anticipazione fosse comunque prevista contrattualmente.

Sembra discenderne che tutti i contratti di servizi e forniture in corso, anche se affidati prima della legge 55/2019 e quindi senza anticipazione, vedano ora la possibilità di una “anticipazione in corsa”. Possibilità, appunto, perché...

Obbligatoria?

Neanche per sogno. L'importo dell'anticipazione «*può essere incrementato*» (comma 1) e addirittura «*l'anticipazio-*

ne ... può essere riconosciuta» (comma 2). Può, non deve. Senza alcuna indicazione sui casi in cui la si debba o possa concedere.

Trattandosi di una misura emergenziale per la liquidità delle imprese appaltatrici, logica vorrebbe che fosse pressoché automatica; ma la norma va chiaramente in direzione opposta.

Quindi, pare una scelta discrezionale; sicché l'eventuale richiesta dell'impresa (si veda sotto) ben può essere respinta, ma con diniego motivato.

Quanto?

Altra incertezza: i due commi, rispettivamente, affermano che l'anticipazione «*può essere incrementata sino al 30%*» e che l'importo deve essere «*non superiore al 30%*».

Partendo dalla base normativa (il citato art. 35) che la fissa al 20%, potrebbe dunque spaziare dal 20,1% al 30%, ancora una volta senza che la norma si premuri di individuare parametri di quantificazione. Laddove, sempre perché si tratta di misura emergenziale in favore delle imprese, dovrebbe essere automatica la concessione nel massimo.

Anche qui, dunque, scelta discrezionale, con motivazione interamente lasciata all'ufficio che decida di erogarla.

Almeno per fugare timori, si può osservare che, essendo prevista da una norma (per di

più emergenziale e in favore delle imprese), chi conceda una anticipazione maggiorata, anche sino al massimo, non può in nessun modo risponderne in termini di responsabilità erariale.

Ovviamente, qualora l'appaltatore abbia già percepito l'anticipazione al 20%, l'incremento comporta solo una maggiorazione: il che pare essere il senso dell'ultimo alinea del secondo comma, secondo cui «*la determinazione dell'importo massimo attribuibile viene effettuata dalla stazione appaltante tenendo conto delle eventuali somme già versate a tale titolo all'appaltatore*»; anche se il “*a tale titolo*” appare oscuro almeno per la grammatica, dato che né in questo passaggio, né nelle frasi che lo precedono si menziona nulla che possa configurare un “titolo”.

E rispetto ai lavori già svolti?

Si è visto che il secondo comma prevede la possibilità di

**La contrattualistica pubblica
richiede accelerazione
e semplificazioni
nell'emergenza, ancor
più che nell'ordinario, e
dovrebbe costituire il primo
combustibile del percorso
di ripresa economica, da
agevolare normativamente
in ogni modo legittimo ed
efficiente**

incremento dell'anticipazione anche per gli appalti in via di esecuzione, purché l'anticipazione non superi il "30% del prezzo".

Senonché, se l'appalto è in esecuzione, è ben possibile che una parte delle prestazioni sia già stata eseguita e remunerata; e la norma non prevede riduzioni per questa eventualità.

Vero è che lo stesso secondo comma richiama (tra gli altri) il quinto alinea dell'art. 35 comma 18 del Codice; secondo cui l'anticipazione è recuperata durante l'esecuzione, in proporzione ai pagamenti. Così, si dovrebbe concludere che se l'anticipazione è recuperata progressivamente, allora anche al momento di erogarla occorre ridurla in proporzione ai compensi già percepiti dall'appaltatore; pur se così non è più una percentuale "del prezzo", come recita l'art. 207, ma una percentuale dell'importo residuo da percepire.

Con quali risorse?

Entrambi i commi confinano l'anticipazione «nei limiti e compatibilmente con le risorse annuali stanziare per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante». Che si tratti di risorse a disposizione sarebbe pacifico, trattandosi di una anticipazione sul compenso contrattuale, per definizione incluso tra gli importi a disposizione; quel che rileva è quindi il riferimento "annuale": se il contratto è pluriennale, e le somme stanziare per il primo anno non consentono l'anticipazione, deve essere negata.

A quali condizioni?

Solo il secondo comma richiama l'articolo 35, comma 18, periodi dal secondo al quinto, relativi alla garanzia e al recupero progressivo. Nulla viene invece indicato nel primo comma, né il secondo si preoccupa di estendere al primo questo passaggio.

Letteralmente, si dovrebbe concludere che le anticipazioni del primo comma (gare in corso con termini per le offerte ancora aperti e gare future) non debbano essere garantite e neppure recuperate progressivamente. Ma per logica, il richiamo sembra invece da riferire a tutte le anticipazioni

future.

Dunque, la corresponsione dell'anticipazione è necessariamente coperta da garanzia di pari importo aumentato degli interessi fino al recupero, rilasciata da banca, compagnia assicuratrice o intermediario finanziario; e l'importo è recuperato progressivamente.

Da restituire in caso di ritardi?

Però non sono richiamati i periodi 6 e 7 dell'art. 35 comma 18; secondo i quali, in caso di ritardi (imputabili all'esecutore) nell'esecuzione rispetto ai tempi contrattuali, l'appaltatore decade dall'anticipazione con obbligo di restituzione, maggiorata di interessi legali.

Salvo che la legge di conversione non ponga rimedio, qui non ci sono margini interpretativi neppure per l'esperto più smaliziato: il mancato richiamo proprio di quei due periodi esime dall'obbligo di restituzione, in caso di ritardi. Con una ulteriore complicazione: se nel contratto era già prevista l'anticipazione del 20% in base all'art. 35, a quella si applica l'obbligo di restituzione; mentre l'appaltatore può trattenere l'eccedenza sino al 30%.

Dove sia la logica, è un altro discorso.

Come e quando?

Infine, l'art. 207 non precisa né le modalità di richiesta, né la tempistica.

Certamente la richiesta è con modalità libera, non occorrendo formalità (ad es. riserva) o termini particolari.

Più complessa la questione della tempistica per l'erogazione, a fronte della domanda dell'impresa. Infatti, l'art. 35 comma 18 prevede il termine di 15 giorni per l'erogazione dell'anticipazione, dopo l'avvio della prestazione; ma lo prevede al primo periodo, che non è tra quelli richiamati dal secondo comma dell'art. 207.

Apparentemente, quindi, la stazione appaltante non ha un termine né per pronunciarsi sulla domanda di anticipazione, né per erogare il relativo importo. Il che, per una "disposizione urgente per la liquidità delle imprese appaltatrici" assunta in piena emergenza pandemica, costituisce il paradosso finale.

