



DELIBERA N. 73

del 17.01.2024

Oggetto

Fascicolo UVLA 2413/2023

GE.S.A.C. S.P.A. - Società gestione servizi aeroporti campani S.p.a. Procedura aperta mediante strumenti telematici per l'affidamento del servizio di progettazione di fattibilità tecnica ed economica, con elementi da definitivo, esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e assistenza alla Stazione Appaltante in fase di gara di appalto lavori ed in fase di realizzazione delle opere progettate, per l'intervento di "Ampliamento Arrivi Air Side" dell'Aeroporto Internazionale di Napoli – Capodichino (CIG: 9710912218)

Visto il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Visto il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori

Considerato in fatto

Con Richiesta di offerta n. RDO/CO9999/001) pubblicata sul sito istituzionale della stazione appaltante in data 31.1.2023, GE.S.A.C. S.P.A. - Società gestione servizi aeroporti campani S.p.a. indiceva una procedura aperta per l'affidamento del servizio di progettazione di fattibilità tecnica ed economica, con elementi da definitivo, esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e assistenza alla Stazione Appaltante in fase di gara e di realizzazione delle opere progettate, per l'intervento di "Ampliamento Arrivi Air Side" dell'Aeroporto Internazionale di Napoli – Capodichino.

La procedura, da svolgersi sulla piattaforma telematica Portale Acquisti di GE.S.A.C. S.P.A e da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedeva, quale termine per la presentazione delle offerte la data del 12.04.2023, ed una durata del servizio pari a 105 giorni per la consegna del progetto esecutivo e redazione del PSC.

Con esposto acquisito al prot. Anac con il numero 32732 del 28.04.2023 la Fondazione architetti e ingegneri liberi professionisti iscritti INARCASSA segnalava l'illegittima previsione di alcune disposizioni nel capitolato speciale.

In particolare, si faceva riferimento alla sezione 12 del capitolato speciale d'appalto recante " Durata del servizio e penali" che disponeva: *" L'eventuale incremento dell'importo delle opere progettate comporterà l'applicazione, a carico dell'Affidatario medesimo, di una penale pari all'uno per mille dell'importo del corrispettivo economico, previsto per la fase progettuale interessata, per ogni incremento dell'uno per*

cento dell'importo delle opere progettate, fino al raggiungimento del 10% (dieci per cento) del corrispettivo complessivo del servizio".

Previa analisi della lex specialis l'Ufficio con nota prot. n. 59579 del 21.07.2023 ha comunicato l'avvio del procedimento contestando all'amministrazione la previsione nella lex specialis di una penale atipica, in violazione delle disposizioni normative. Ad avviso dell'Ufficio la previsione di una penale per l'aumento del costo dell'opera rispetto al budget preventivamente stimato dall'amministrazione, si poneva in contrasto con la normativa codicistica in materia di penali che non disciplina siffatte ipotesi.

Con nota acquisita al prot. Anac con il numero 63597 del 03.08.2022 il Responsabile Unico del procedimento ha fornito il riscontro richiesto rilevando la piena legittimità dell'apposizione della suddetta clausola, chiarendo che *"la circostanza che il Codice disciplini, espressamente, solo le penali per inadempimento da ritardo non esclude che le Stazioni appaltanti, le quali hanno la facoltà di determinare e scegliere il contenuto del contratto (cfr. art. 32, comma 2, del Codice), possano prevedere ulteriori ipotesi di inadempimento sanzionabile mediante una penale ad hoc. (...) Le stazioni appaltanti, come si evince anche dalla norma regolamentare, hanno - dunque - la facoltà discrezionale di irrogare penali anche nel caso di inadempimento diverso dal ritardo purché tali penali siano previste nella lex specialis di gara e la relativa imposizione sia disciplinata nel rispetto della normativa vigente. (...) Come precisato anche dall'art. 30, comma 8, del Codice, per quanto non espressamente previsto dal Codice, trovano applicazione le disposizioni generali del codice civile che consentono di predeterminare contrattualmente delle penali in caso di inadempimento delle prestazioni"*.

Nel rinviare nel proseguo le contestazioni di merito, con riguardo allo stato d'avanzamento della procedura il Rup comunicava che *"la stazione appaltante ha concluso l'esame delle buste contenenti la documentazione amministrativa dei concorrenti, ha ammesso gli stessi alla successiva fase, ed è in procinto di procedere all'apertura delle buste contenenti la documentazione tecnica"*.

Considerato in diritto

Come evidenziato nelle premesse fattuali, la problematica riscontrata attiene alla previsione di una penale atipica, non prevista nel nostro ordinamento.

La disposizione del capitolato speciale d'appalto secondo cui *"L'eventuale incremento dell'importo delle opere progettate comporterà l'applicazione, a carico dell'Affidatario medesimo, di una penale pari all'uno per mille dell'importo del corrispettivo economico, previsto per la fase progettuale interessata, per ogni incremento dell'uno per cento dell'importo delle opere progettate, fino al raggiungimento del 10% (dieci per cento) del corrispettivo complessivo del servizio"* introduce un'ipotesi di penale non contemplata nel nostro ordinamento e non coerente con la normativa degli appalti e civilistica.

Preliminarmente si rileva che la clausola penale, disciplinata dall'articolo 1382 del Codice civile, è la clausola con cui si conviene il pagamento di una somma di denaro/l'esecuzione di una determinata prestazione in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, producendo l'effetto di limitare il risarcimento della prestazione oggetto del contratto, ed assolvendo ad una funzione risarcitoria.

Sotto altro profilo, e secondo la giurisprudenza amministrativa, la clausola penale soddisfa una funzione sanzionatoria comminando, in caso di inadempimento, una pena "privata", in funzione di coercizione all'esatto adempimento (*ex multis*: Consiglio di Stato n. 6094/2014).



Nell'ambito dei contatti pubblici l'articolo 113 bis comma 4 del D.lgs. 50/2016 (applicabile *ratione temporis*) dispone l'applicazione delle penali a carico dell'esecutore nel solo ed unico caso di ritardo nell'esecuzione delle prestazioni, in maniera speculare all'articolo 126 del nuovo Codice D.lgs. n. 36/2023. In particolare, la penale deve essere commisurata ai giorni di ritardo e proporzionata rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni oggetto dello stesso, e viene calcolata in misura giornaliera compresa tra lo 0,3 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale, da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al ritardo, e non possono comunque superare, complessivamente, il 10 per cento di detto ammontare netto contrattuale.

Dal quadro sopra delineato emerge che il connotato essenziale della clausola penale sia nei contratti pubblici, sia nel Codice civile riguardante tutti i contratti, sia rappresentato dall'inadempimento, essendo legata, la prima, al ritardo nell'esecuzione della prestazione contrattuale, mentre la norma civilistica fa menzione, in senso più ampio, all'inadempimento o ritardo nell'adempimento.

L'inadempimento, la cui nozione è da mutuare dal Codice civile, si configura qualora la prestazione non venga eseguita o eseguita in modo inesatto.

La penale, dunque, non è configurabile qualora sia collegata all'avverarsi di un fatto fortuito o, comunque, non imputabile all'obbligato, costituendo, in tale ultima ipotesi, una condizione o clausola atipica che può essere introdotta dall'autonomia contrattuale delle parti, ma resta inidonea a produrre gli effetti specifici stabiliti dal legislatore per la clausola penale. In tal senso si esprime la giurisprudenza civile che in applicazione di tale principio ha escluso che fosse qualificabile come clausola penale la previsione, inserita in un contratto di "leasing" concernente una autovettura, con la quale al concedente era riconosciuto il diritto ad un indennizzo nel caso di furto o perdita del veicolo (Cassazione civile, Sez. III, sentenza n. 13956 del 23 maggio 2019).

L'applicazione di penali, dunque, non può essere svincolata dall'inesatta esecuzione della prestazione, che, si ritiene, non possa ritenersi configurata nell'ipotesi di specie, ovvero di aumento del costo dell'opera rispetto al budget preventivamente stimato dall'amministrazione.

Contrariamente a quanto rappresentato dal Rup nella nota di riscontro si ritiene che la penale applicabile nell'ambito dei contratti pubblici sia solo quella legata al ritardo nell'esecuzione della prestazione, come prevista dall'articolo 113 bis comma 4 del D.lgs. 50/2016. Pertanto, non possono ritenersi accoglibili le considerazioni secondo cui *"la circostanza che il Codice disciplini, espressamente, solo le penali per inadempimento da ritardo non esclude che le Stazioni appaltanti, le quali hanno la facoltà di determinare e scegliere il contenuto del contratto (cfr. art. 32, comma 2, del Codice), possano prevedere ulteriori ipotesi di inadempimento sanzionabile mediante una penale ad hoc"*.

In primo luogo, a tale ricostruzione osta una motivazione di carattere letterale in quanto se il legislatore avesse inteso estendere la disciplina delle penali anche ad ipotesi non contemplate, avrebbe, quantomeno, contemplato l'ipotesi di inadempimento prevista nel Codice civile.

Inoltre, stante la natura afflittiva e sanzionatoria della penale verso il debitore inadempiente, essa non può essere ritenuta applicabile in via analogica a fattispecie diverse da quelle espressamente contemplate, ovvero il ritardo nell'inadempimento, che non si rintraccia nella procedura in oggetto.

Sotto altro profilo l'ulteriore considerazione del Rup per cui *"Le stazioni appaltanti, hanno la facoltà discrezionale di irrogare penali anche nel caso di inadempimento diverso dal ritardo purché tali penali siano previste nella lex specialis di gara e la relativa imposizione sia disciplinata nel rispetto della normativa vigente"* impone un'ulteriore considerazione in merito all'ammissibilità di una clausola penale atipica in virtù dell'autonomia negoziale delle stazioni appaltanti.

Orbene sul punto preme rilevare che l'autonomia negoziale, anche della pubblica amministrazione, incontri limiti inderogabili rinvenibili nei principi costituzionali di solidarietà, di uguaglianza e di ordine pubblico, sulla base dei quali compiere il giudizio di meritevolezza di cui all'articolo 1322 codice civile.

Sotto un profilo pratico si rappresenta, conclusivamente che, la previsione di una penale nel caso di specie risulta ancor più incongrua in quanto, l'eventuale incremento della stima dei lavori che si renda necessario nel corso della progettazione e che deve essere condiviso con la stazione appaltante, non può costituire un'ipotesi di inesatta esecuzione della prestazione, rivelandosi, in tal senso, una disposizione afflittiva.

Tutto ciò considerato e ritenuto, in esito all'istruttoria espletata nell'ambito del procedimento di vigilanza in epigrafe

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 17.01.2024

DELIBERA

- la non conformità della procedura in analisi al disposto di cui all'articolo 113 bis D.lgs. n. 50/2016 a fronte della previsione di una clausola penale svincolata dall'inadempimento dell'appaltatore.
- di trasmettere a cura dell'Ufficio Vigilanza Lavori la presente deliberazione a GE.S.A.C. S.p.A. - Società gestione servizi aeroporti campani S.p.a. invitando l'Ente alle valutazioni di competenza e a dare notizia delle stesse nel termine di 30 giorni.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio 21 febbraio 2024

Il segretario verbalizzante

Valentina Angelucci