

Soggetti sottoposti al decreto 123/2004: solo Compagnie di Assicurazione

Nelle definizioni del decreto interministeriale n. 123 in vigore dal 26 maggio 2004, sono presenti anche le banche e gli intermediari finanziari in qualità di fideiussori: ma siamo proprio certi che era questo l'intento del legislatore del 98 (L.415/98 cd Merloni ter) quando ha delegato il governo ad emanare le POLIZZE tipo negli appalti di opere???????????

A norma della L. 348/2002 le fideiussioni bancarie sono distinte dalle Polizze; ritroviamo anche nell'articolo 30 della L. 109/94 smi una tale separazione. Perfino il Consiglio di Stato è intervenuto in materia e ha fatto modificare il titolo del regolamento da "Schemi tipo...." a "**schemi di polizza-tipo....**"

Di Sonia LAZZINI

Sulla Legge 10 giugno 1982, n. 348, il Consiglio di Stato, Sezione quinta, con decisione n. 7046 del 6 giugno 2000 (NB emanata prima della finanziaria 2001 che ha allargato alle Società di intermediazione finanziaria la possibilità di sottoscrivere le provvisorie) ci ricorda:

"L'art. 30, comma 1, della legge n. 109/1994 prevede che l'offerta da presentare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici sia corredata da una cauzione pari al 2 per cento dell'importo dei lavori, da presentare anche mediante fidejussione bancaria o assicurativa; il comma 2 bis della legge stessa (aggiunto dalla legge 18 novembre 1998, n. 415) prevede, poi, che la fidejussione bancaria o la polizza assicurativa siano caratterizzate da precisi requisiti (rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale etc.)

Appare chiaro, quindi, l'intento del legislatore di limitare le garanzie in parola, nel settore dei lavori pubblici, alle sole fidejussioni bancarie o alle polizze assicurative, con esclusione di altre forme di fidejussione; tanto è stato confermato, del resto, successivamente anche dal regolamento di cui all'art. 3 della legge stessa (DPR 21 dicembre 1999, n. 554) che, all'art. 100, pone accanto alla possibilità di costituire la cauzione con fidejussione bancaria o con polizza assicurativa fideiussoria, solo l'alternativa facoltà di costituire la cauzione in contanti o in titoli del debito pubblico; e queste sono quelle altre forme di costituzione della cauzione che l'art. 30, comma 1, della legge quadro pone accanto alle garanzie bancaria o assicurativa ora dette.

Ciò che rappresenta, del resto, una reintroduzione nell'ordinamento delle forme di cauzione provvisoria in esso presenti fino a quando, con l'art. 5 della legge 8 ottobre 1984, n.687 (secondo cui : "nei procedimenti concorsuali per l'affidamento dei pubblici appalti non è dovuta la cauzione provvisoria prevista dall'articolo 332 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, dall'articolo 2 del capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici approvato con decreto del Presidente della Repubblica 16 luglio 1962, n. 1063, e da ogni altra disposizione), esse non sono state soppresse.

L'art. 2 del Capitolato generale prevedeva, in particolare, che "per essere ammessi alle gare d'appalto gli imprenditori debbono comprovare la costituzione di un deposito cauzionale provvisorio in contanti o in titoli del Debito pubblico o garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di

Tesoreria provinciale o presso le aziende di credito previste dal decreto del Presidente della Repubblica 22 maggio 1956, n. 635”, mentre l’art. 332 della legge 2248/1865 – All- F – prevedeva che: “qualora il deliberatario non fosse in misura di stipulare il contratto definitivo entro il termine fissato nell’atto di deliberamento, sarà l’Amministrazione in facoltà di procedere ad un nuovo incanto a spese del medesimo, il quale perderà la somma che avrà depositata per sicurezza dell’asta “.

E’ da notare, ad ogni buon conto, che con **l’art. 54 del r.d. n. 827/1924**, modificato dal d.P.R. n. 1309 del 29 luglio 1948, è stata imposto, a coloro che avessero contratto obbligazioni verso lo Stato, di prestare una cauzione in numerario in titoli di Stato o garantiti dallo Stato e tale cauzione poteva essere costituita anche da fidejussione prestata da istituti di credito di diritto pubblico o da banche di interesse nazionale; non è previsto, invece, che le cauzioni verso lo Stato possano essere costituite con fidejussioni di intermediari finanziari.

Con l’art. 13 della legge 3 gennaio 1978, n. 1, sono state, inoltre, introdotte, nel settore delle opere pubbliche, anche le garanzie prestate da compagnie assicurative (“nei casi in cui, per la costituzione di cauzioni a garanzia di obbligazioni verso lo Stato o altri enti pubblici, **è prescritta la prestazione di fidejussione bancaria, sono ammesse anche le polizze cauzionali** rilasciate da imprese di assicurazioni regolarmente autorizzate all’esercizio del ramo cauzioni ai sensi del testo unico delle leggi sull’esercizio di assicurazioni private approvato con D.P.R. 13 febbraio 1959, n. 449”).

Con l’art.6 della legge 10 dicembre 1981, n. 741, è stata, poi, ribadita la possibilità di prestare garanzia provvisoria mediante fidejussione bancaria o polizza assicurativa.

E, ancora, per quanto specificamente attiene alle garanzie prestate verso lo Stato o enti pubblici, l’art. 1 della legge 10 giugno 1982, n. 348, prevede che: “in tutti i casi in cui è prevista la costituzione di una cauzione a favore dello Stato o altro ente pubblico, questa può essere costituita in uno dei seguenti modi:

- a) **da reale e valida cauzione**, ai sensi dell’articolo 54 del regolamento per l’amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato, approvato con regio decreto 23 maggio 1924, n. 827, e successive modificazioni;
- b) **la fidejussione bancaria** rilasciata da aziende di credito di cui all’articolo 5 del regio decreto-legge 12 marzo 1936, n. 375, e successive modifiche ed integrazioni;
- c) **da polizza assicurativa** rilasciata da imprese di assicurazione debitamente autorizzata all’esercizio del ramo cauzioni ed operante nel territorio della Repubblica in regime di libertà di stabilimento o di libertà di prestazione di servizi” (lettera, quest’ultima, così sostituita dall’art. 128, D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 175).”

Non appare quindi discutibile che le fideiussioni emesse dalle Banche sono diverse dalle POLIZZE Fideiussorie emesse dalle Compagnie di Assicurazione

Non ci resta quindi che andare a leggere l'articolo da cui il governo ha ricevuto la delega dal potere legislativo ad intervenire in questa materia:

**Art 9, comma 59, legge 18 novembre 1998, n. 415 –**

**"Gli schemi di polizza-tipo concernenti le coperture assicurative e le garanzie fidejussorie previste dall'articolo 30 della legge n. 109 sono approvati con decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, di concerto con il Ministro dei lavori pubblici, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge".**

Nessuno dubbio che non si parli di fideiussioni bancarie.

Ancora:

sul supplemento ordinario n. 89 alla gazzetta Ufficiale n. 109 dell' 11 maggio 2004, serie generale il titolo è:

IL MINISTRO DELLE ATTIVITA' PRODUTTIVE

DECRETO 12 marzo 2004, n.123

**Schemi di polizza tipo per le garanzie fideiussorie e le coperture assicurative previste agli articoli 17 e 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, e dal regolamento generale di attuazione emanato con decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, in materia di lavori pubblici.**

Tale dicitura è stata imposta dal Consiglio di Stato che nella Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza del 3 giugno 2002 - N. della Sezione: 1635/2002 - aveva notato che:

“5.2 Inoltre, si segnala una discordanza terminologica dell'oggetto del regolamento in esame da quello previsto dalla legge di cui esso costituisce la compiuta attuazione. Infatti, secondo il comma 1 dello schema in esame, oggetto di approvazione sono gli **“Schemi Tipo per le garanzie fideiussorie e le coperture assicurative”**, laddove al menzionato comma 50 dell'art. 9 della legge n. 415 del 1998 si prevede che con decreto ministeriale siano approvati **“gli schemi di polizza-tipo concernenti le coperture assicurative e le garanzie fideiussorie previsti dall'articolo 30 della legge n. 109 del 1994”**. Pur se la dizione scelta dallo schema ora in esame appare tecnicamente corretta, la formulazione va riportata al dettato legislativo.”

Non solo.

La scelta adattata dal nostro governo è quella della forma regolamentare

IL MINISTRO DELLE ATTIVITA' PRODUTTIVE

di concerto con

IL MINISTRO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI

(...)

A d o t t a

## il seguente regolamento:

Art. 1. - Disposizioni generali

1. Sono approvati gli schemi di polizza tipo per le garanzie fideiussorie e le coperture assicurative previste dagli articoli 17 e 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni e integrazioni, e dal regolamento di attuazione approvato con il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554.

2. Gli schemi di polizza tipo sono contenuti nell'allegato al presente decreto.

3. I contratti fideiussori ed assicurativi devono essere conformi agli schemi di polizza tipo di cui al comma 1.

4. A fini di semplificazione delle procedure inerenti agli appalti di lavori pubblici, i concorrenti sono abilitati a presentare alle Stazioni appaltanti le sole schede tecniche, contenute nell'allegato al presente decreto, debitamente compilate e sottoscritte dalle parti contraenti.

Il presente regolamento, munito del sigillo di Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

Roma, 12 marzo 2004

Anche il Consiglio di Stato (Sezione Consuntiva per gli Atti Normativi, Adunanza del 10 marzo 2003 – n. della Sezione : 580/2003) considera la Legge Merloni , rispetto al regolamento, DISCIPLINA DI FONTE PRIMARIA.

Ed è appunto da tale fonte che il potere legislativo ha delegato il potere esecutivo, attraverso appunto il citato Art 9, comma 59, legge 18 novembre 1998, n. 415

L'ambito di applicazione di tale delega sono le polizze tipo e non anche le altre modalità di presentazione delle fideiussioni.

Sorge allora spontanea una domanda: ma questa circostanza , potrebbe comportare alcuni problemi al noto principio della *par conditio*.....????????????