

La puntuale formulazione della norma relativa all'istituto della cauzione definitiva negli appalti di lavori, non consente interpretazioni estensive e porta ad escludere la possibilità per la stazione appaltante di modificare, in relazione alla natura dell'appalto, le garanzie di base già previste per legge.

E' pertanto illegittima la clausola di un bando di gara che prevede la prestazione di una cauzione definitiva in misura superiore a quella espressamente stabilita dalla legge

L'autorità dei lavori pubblici, con la determinazione numero 77 del 28 aprile 2004 ci offre una puntuale panoramica di tutti gli obblighi assicurativi contemplati dalla Legge Merloni, specificando altresì che, stante la puntuale elencazione della normativa statale, non è lasciata alla stazione appaltante alcuna discrezionalità in merito alla richiesta di ulteriori garanzie

A cura di Sonia LAZZINI

Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici
Deliberazione n° 77

Adunanza del 28/04/2004

R/194/2004

Oggetto:

Licitazione privata per i lavori di ristrutturazione e risanamento conservativo con adeguamento al D.lgs n. 626/94 dello stabile sito in Bologna, via dei Mille 9/2, sede della direzione Provinciale dell'INPDAP. Importo presunto delle opere €. 1.726.291.

Stazione Appaltante: INPDAP - Compartimento dell'Emilia Romagna (BO)

Esponente: Impresa EL.C.I. Impianti S.r.l.

Riferimenti normativi: Art. 30, c. 2, legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.i.

Il Consiglio

VISTA la legge quadro sui lavori pubblici, legge 11 febbraio 1994 n° 109;

VISTO il DPR del 21 dicembre 1999, n. 554

VISTA la relazione redatta dal Servizio Ispettivo

Considerato in fatto

Con esposto in data 23/02/04 l'impresa EL.C.I. Impianti S.r.l. ha segnalato a questa Autorità che nell'ambito della licitazione privata in oggetto l'Amministrazione avrebbe richiesto - in difformità di quanto previsto all'art. 30, comma 2 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s. m. - "l'impegno del fideiussore a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto, una fideiussione relativa alla cauzione definitiva per un importo di €.3.000.000 (tremilioni/00)".

Il Servizio Ispettivo, con nota in data 08/03/04, ha invitato la stazione appaltante a far conoscere le proprie valutazioni in ordine a quanto specificamente rilevato dall'esponente, nonché a relazionare in merito allo stato del procedimento, trasmettendo, altresì, copia della documentazione ritenuta d'interesse.

Con nota in data 23/03/04 il responsabile del procedimento ha provveduto a fornire i chiarimenti richiesti dal Settore, precisando preliminarmente che i Compartimenti territoriali dell'Ente, non disponendo al loro interno di personale tecnico, per individuare la figura di responsabile del procedimento ricorrono ai consulenti professionali tecnici in organico alla Direzione Generale dell'INPDAP, rimanendo comunque la gestione concreta delle gare d'appalto in capo al Dirigente Compartimentale.

Lo stesso ha, quindi, rappresentato che l'indicazione - riportata sulla lettera di invito alla licitazione privata e sul disciplinare di gara - relativa all'ammontare di €3.000.000 della cauzione definitiva, è imputabile ad un mero errore materiale. Il Compartimento territoriale, difatti, in fase di predisposizione degli elaborati definitivi di gara, probabilmente confondendo la cauzione definitiva con la polizza assicurativa di cui all'art. 30, c. 3 della legge quadro, ha richiesto "l'impegno a rilasciare in caso di aggiudicazione una fideiussione" per il richiamato importo. Il funzionario dell'INAIL ha, inoltre, evidenziato il comportamento non collaborativo del ricorrente, che ha mancato di rappresentare formalmente alla stazione appaltante ed in tempo utile la rilevata non conformità; ciò avrebbe potuto consentire "una necessaria ed utile rettifica per tutti i soggetti invitati".

Con nota in pari data il Dirigente Compartimentale per l'Emilia Romagna, confermando la ricostruzione del procedimento operata dal R.U.P., ha comunicato l'avvenuta aggiudicazione definitiva della gara de quo in data 05/03/04 all'Impresa DAELIT Srl di Caloria (NA). Il Dirigente ha, altresì, ribadito che nessuna istanza formale di rettifica è stata avanzata da alcuna delle imprese in gara e che "l'operato della Commissione aggiudicatrice di conseguenza non ha potuto che seguire coerentemente disciplinare e lettera di invito a gara in particolare per tutto quanto veniva richiesto a pena di esclusione".

Ritenuto in Diritto

Va preliminarmente ricordato che la legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.i., nel disciplinare, con l'art. 30, la materia delle garanzie e delle coperture assicurative, ha previsto diverse forme di obbligazioni sussidiarie a carico delle imprese partecipanti ed aggiudicatrici.

In particolare, l'aggiudicatario dei lavori è tenuto a prestare la garanzia definitiva prevista dal comma 2 del citato articolo per effetto della quale è obbligato a costituire una garanzia fidejussoria del 10% dell'importo dei lavori da eseguirsi. Nel caso di ribasso d'asta superiore al 20 per cento la garanzia fidejussoria è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti la suddetta percentuale. La norma prevede altresì che la mancata costituzione della garanzia determina la revoca dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione da parte del soggetto appaltante o concedente, che aggiudica l'appalto o la concessione al concorrente che segue nella graduatoria e che tale garanzia vale a coprire gli oneri per il mancato od inesatto adempimento e cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio.

L'esecutore dei lavori, poi, ai sensi del 3° comma dello stesso articolo, è obbligato a stipulare una polizza assicurativa che "tenga indenni le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri enti aggiudicatori o realizzatori da tutti i rischi di esecuzione da qualsiasi causa determinati, salvo quelli derivanti da errori di progettazione, insufficiente progettazione, azioni di terzi o cause di forza maggiore, e che preveda anche una garanzia di responsabilità civile per danni a terzi nell'esecuzione dei lavori sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio". La disciplina di dettaglio relativa tale obbligo assicurativo - contenuta nell'art. 103 del regolamento generale - prevede inoltre che la somma assicurata sia stabilita nel bando di gara, dunque, determinata dalla stazione appaltante.

Devesi osservare che la puntuale formulazione della norma relativa all'istituto della cauzione definitiva non consente interpretazioni estensive e porta ad escludere la possibilità per la stazione appaltante di modificare, in relazione alla natura dell'appalto, le garanzie di base già previste per legge.

A tali conclusioni è pervenuto anche il Consiglio di Stato, Sez. II, con la Sentenza 19 febbraio 2003 n. 2222, secondo cui la misura di tale cauzione va intesa come fissa, "in tal senso deponendo la lettura letterale e sistematica della norma". Difatti, come convenientemente chiarito dall'Organo

giurisdizionale, la legge stessa dispone che “l'esecutore di lavori è obbligato a costituire una garanzia fidejussoria del 10%, ponendo a carico dell'aggiudicatario un inderogabile obbligo contrattuale ed usando un parametro percentuale unico e tassativo, non accompagnato da altre espressioni verbali o nominali come “in misura non inferiore a”, ovvero “salva la maggior misura stabilita dalle stazioni appaltanti”, o simili...”.

E' pertanto illegittima la clausola di un bando di gara che prevede, come nel caso di specie, la prestazione di una cauzione definitiva in misura superiore a quella espressamente stabilita dalla legge.

Le indicazioni esposte, alla luce delle precisazioni della giurisprudenza del giudice amministrativo, costituiscono i presupposti di un procedimento di riesame, inteso a valutare la possibilità di adozione di provvedimento di autotutela, nel senso di annullamento o modifica delle determinazioni che sono state oggetto delle indicazioni suddette, ovvero di rivalutazione degli indirizzi assunti. Rivalutazione che non potrà, ovviamente, non tener conto, per la scelta dell'indirizzo da adottare, accanto a quanto sopra rilevato, degli elementi di fatto e dei motivi di specifico interesse pubblico che attengono alla fattispecie esaminata.

Delle conclusioni di questa attività di riesame il responsabile del procedimento vorrà dare comunicazione ai sensi dell'articolo 4, comma 7 della legge 109/94 entro il termine indicato di seguito.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

Rileva

che le prescrizioni afferenti la cauzione definitiva contenute nel disciplinare e nella lettera di invito alla gara de quo non sono conformi alle disposizioni di cui all'articolo 30, comma 2 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s. m. i.

Manda

al responsabile del procedimento per le valutazioni di competenza ai fini del procedimento di riesame alla stregua delle indicazioni di cui in motivazione, valutazione da comunicare entro il termine di 30 giorni dalla notificazione della presente.

Invita

la competente Direzione Generale dell'INPDAP ad assumere ogni utile provvedimento e/o iniziativa atta ad evitare il ripetersi delle circostanze rilevate, atteso che le stesse sono conseguenza dell'adozione di soluzioni organizzative interne all'amministrazione che non paiono, allo stato, pienamente congruenti con le specifiche disposizioni in materia di lavori pubblici.

Il Relatore

Il Presidente

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data

Il Segretario