

Modifiche (finora ...per la quinta volta!) alla Legge Merloni da parte del disegno di Legge comunitaria 2004: conferma della riduzione al 50% di provvisorie e definitive, contratti misti: principio dell'accessorietà rispetto alla prevalenza economica

Una buona notizia per le Assicurazioni nel ramo Cauzioni: Obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice ovvero per il soggetto aggiudicatore di un appalto pubblico (lavori, forniture e servizi) di comunicare a tutte le ditte partecipanti, l'avvenuta aggiudicazione e conseguentemente di provvedere a svincolare, con atto specifico (!?), le cauzioni provvisorie!!!!

Di Sonia LAZZINI

SENATO DELLA REPUBBLICA - XIV LEGISLATURA - N. 2742 DISEGNO DI LEGGE
presentato dal Ministro per le politiche comunitarie (BUTTIGLIONE)
di concerto col Ministro degli affari esteri - (FRATTINI)
col Ministro della giustizia (CASTELLI)
e col Ministro dell'economia e delle finanze (TREMONTI)
COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 6 FEBBRAIO 2004

Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004

Diamo la parola al relatore del disegno di Legge, il Ministro per le politiche comunitarie – BUTTIGLIONE:

“Onorevoli Senatori. – Con il presente disegno di legge il Governo adempie all'obbligo di proporre al Parlamento l'approvazione del testo legislativo che la legge 9 marzo 1989, n. 86, recante norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari, ha individuato come lo strumento cardine, ancorché non esclusivo, per l'adeguamento della legislazione nazionale al diritto comunitario

Il disegno di legge in esame è costituito ed organizzato secondo le linee portanti già ampiamente sperimentate nelle precedenti leggi comunitarie e, conformemente all'articolo 3 della legge n. 86 del 1989, prevede due forme di produzione normativa:

a) normazione diretta, utilizzata per limitate correzioni e integrazioni di disposizioni legislative vigenti, per lo più volte ad eliminare situazioni di contrasto con il Trattato che istituisce la Comunità europea, ratificato ai sensi della legge 14 ottobre 1957, n. 1203, e con il diritto comunitario derivato (...)

L'articolo 10 è teso a risolvere la procedura d'infrazione n. 2001/2182, ex articolo 226 del Trattato, con cui la Commissione ha formulato alcuni rilievi circa la compatibilità della normativa italiana in materia di contratti misti con il diritto comunitario. L'articolo contiene le modifiche necessarie per risolvere la procedura citata, alla legge 1° agosto 2002, n. 166 (cosiddetta Merloni-quater).

I TEMI

BENEFICIO DELLA RIDUZIONE DELLE CAUZIONI PROVVISORIE E DEFINITIVE

Testo attuale	Proposta del ddl comunitaria 2004
L'articolo 8, comma 11-quater, della legge 11	<i>L'articolo 8, comma 11-quater, della legge 11 febbraio</i>

<p>febbraio 1994, n. 109 S.M.I.</p> <p>11-quater. Le imprese alle quali venga rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000, la certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema, usufruiscono dei seguenti benefici:</p> <p>a) la cauzione e la garanzia fidejussoria previste, rispettivamente, dal comma 1 e dal comma 2 dell'articolo 30 della presente legge, sono ridotte, per le imprese certificate, del 50 per cento;</p> <p>b) nei casi di appalto concorso le stazioni appaltanti prendono in considerazione la certificazione del sistema di qualità, ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema, in aggiunta agli elementi variabili di cui al comma 2 dell'articolo 21 della presente legge</p>	<p><i>1994, n. 109, è sostituito dal seguente:</i></p> <p>«11-quater. Le imprese alle quali venga rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000, la certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000 ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema, usufruiscono del beneficio che la cauzione e la garanzia fidejussoria previste, rispettivamente, dal comma 1 e dal comma 2 dell'articolo 30 della presente legge, sono ridotte, per le imprese certificate, del 50 per cento».</p>
--	--

Confrontiamoci con la DETERMINAZIONE dell'Autorità lavori pubblici n. 21/2003 del 03 dicembre 2003

OGGETTO: applicazione della riduzione della cauzione e della garanzia fidejussoria ai sensi dell'art. 8, comma 11 quater, lettera a), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 s.m.i.

In considerazione di ciò questa Autorità ha ritenuto sostenibile, in un primo momento e per una singola fattispecie, la tesi interpretativa secondo la quale, stante la richiamata graduazione dell'entrata in vigore dell'obbligo di possedere il sistema di qualità aziendale ovvero elementi significativi e correlati del suddetto sistema ai fini della qualificazione (ex art. 8, comma 4, lettera e) della legge n. 109/1994 e s.m. e art. 4 del D.P.R. n. 34/2000), l'applicazione del sistema premiante in oggetto sarebbe sottoposta ad un termine finale, che varia per le diverse classifiche della qualificazione SOA secondo lo scadenzario previsto dal citato allegato B del D.P.R. n. 34/2000. Sono in ogni caso fatte salve le classifiche I e II, esenti dal suddetto obbligo anche a regime, le quali possono, pertanto, continuare a beneficiare del premio previsto dall'art. 8, comma 11 quater, lettera a) della legge quadro.

Occorre tuttavia tener presente le seguenti ulteriori considerazioni.

Una più approfondita valutazione della indicata questione interpretativa, alla luce delle maturate esperienze, ha fatto emergere la possibilità, con la soluzione in precedenza suggerita dall'Autorità, di una sostanziale disparità di trattamento tra imprese partecipanti ad una medesima gara. Ove, infatti, si tratti di appalti di lavori di importo non superiore a 516.452 euro, cui quindi possono partecipare anche imprese non obbligate al possesso della qualità, le stesse, qualora, invece, posseggano il requisito,

potrebbero avere il diritto alla riduzione della cauzione che non spetterebbe, invece, agli altri partecipanti qualificati per classifica superiore alla seconda.

D'altra parte, poi, una più approfondita analisi del dato normativo testuale contenuto nell'art. 8, comma 11 quater, della legge quadro pone in evidenza che il legislatore non ha espressamente attribuito natura transitoria alla riduzione della cauzione ivi prevista. Pertanto, a stretto rigore formale, concorrono a formare la disciplina positiva relativa all'istituto della garanzia definitiva sia l'art. 30 che l'art. 8, comma 11 quater, della legge 109/94 e s.m..

Dal che la conseguenza che, in mancanza di un coordinamento espresso fra le due disposizioni, per il quale si auspica un intervento chiarificatore da parte del legislatore, entrambe possono ritenersi applicabili alla stregua di istituti di carattere permanente, considerando l'art. 30 come normativa di carattere generale e l'art. 8, comma 11 quater, come norma recante una disciplina speciale in materia, con la conseguenza che la prevista riduzione del 50% della cauzione definitiva si applica a tutte le fattispecie ivi previste senza limiti temporali. Il che, peraltro, come sottolineato dal Ministero delle infrastrutture, trova anche giustificazione nella considerazione della maggiore affidabilità delle imprese certificate e, pertanto, della sufficienza per le stesse di una garanzia di importo ridotto; di modo che la riduzione della garanzia, mentre in fase transitoria era funzionale all'incentivazione della qualificazione, a regime consegue ad una presunta attenuazione del rischio di inadempimento e di maggiore affidabilità dei concorrenti. Alla luce di quanto sopra, si ritiene che:

- il disposto di cui all'art. 30 della legge quadro, in materia di garanzia definitiva, si applica integralmente per tutte le fattispecie non disciplinate dall'art. 8, comma 11 quater, della legge stessa, avendo quest'ultima natura di norma speciale rispetto alla disciplina generale in materia di cauzioni. (...)"

CONTRATTI MISTI: LEGISLAZIONE APPLICABILE CON IL CRITERIO DELL'ACCESSORIETÀ E NON SOLO DELLA PREVALENZA ECONOMICA

Testo attuale	Proposta del ddl comunitaria 2004
Art. 2. (Ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della legge) della L. 109/94 s.m.i. (articolo sostituito dall'articolo 7, comma 1, lettera a), legge n. 166 del 2002)	Art. 2. (Ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della legge) della L. 109/94 s.m.i
1. Ai sensi e per gli effetti della presente legge e del regolamento di cui all'articolo 3, comma 2, si intendono per lavori pubblici, se affidati dai soggetti di cui al comma 2 del presente articolo, le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere ed impianti, anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica. Nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando	1. Ai sensi e per gli effetti della presente legge e del regolamento di cui all'articolo 3, comma 2, si intendono per lavori pubblici, se affidati dai soggetti di cui al comma 2 del presente articolo, le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere ed impianti, anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica Nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando

comprendano lavori accessori, si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento	comprendono lavori si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50 per cento. Quest'ultima disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto.
--	--

Testo attuale	Proposta del ddl comunitaria 2004
Decreto Legislativo 17 marzo 1995, n. 157 Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi 3. Appalti pubblici di servizi. 3. Nei contratti misti di lavori e servizi e nei contratti di servizi quando comprendono lavori accessori, si applicano le norme della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modificazioni qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50%.	All'articolo 3 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, il comma 3 è sostituito dal seguente: 3. Nei contratti misti di lavori e servizi e nei contratti di servizi quando comprendono lavori si applicano le norme della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento. Questa disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto.

Ricordiamo che anche in Europa si ragiona così:

Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi” - Bruxelles, 9 dicembre 2003

“10 considerando:

(10) Un appalto pubblico è considerato appalto pubblico di lavori solo se il suo oggetto riguarda specificamente l'esecuzione delle attività di cui all'allegato I, anche se l'appalto può riguardare la fornitura di altri servizi necessari per l'esecuzione delle suddette attività. Gli appalti pubblici di servizi, anche nel settore dei servizi di gestione immobiliare, possono in talune circostanze comprendere dei lavori. Tuttavia, se tali lavori sono accessori rispetto all'oggetto principale dell'appalto, e costituiscono quindi solo una conseguenza eventuale o un complemento del medesimo, il fatto che detti lavori facciano parte dell'appalto può giustificare la qualifica di appalto pubblico di lavori per l'appalto in questione”

nonché Articolo 1 Definizioni

1. Ai fini della presente direttiva si applicano le definizioni di cui ai paragrafi da 2 a 15 (...)

“d) Gli "appalti pubblici di servizi" sono appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II.

Un appalto pubblico avente per oggetto tanto dei prodotti quanto dei servizi di cui all'allegato II è considerato un "appalto pubblico di servizi" quando il valore dei servizi in questione supera quello dei prodotti oggetto dell'appalto.

Un appalto pubblico avente per oggetto dei servizi di cui all'allegato II e che preveda attività ai sensi dell'allegato I solo a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale dell'appalto è considerato un appalto pubblico di servizi

COMUNICAZIONE ALLE DITTE PARTECIPANTI, DA PARTE DELLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE, DELL'AVVENUTA AGGIUDICAZIONE

Il comma 9 dell'articolo 10 del ddl semplicemente, senza alcun ulteriore (e necessario) riferimento di legge, così recita:

9. L'amministrazione aggiudicatrice ovvero il soggetto aggiudicatore di un appalto pubblico, all'atto di una aggiudicazione definitiva, ne invia comunicazione ai concorrenti non aggiudicatari, provvedendo allo svincolo delle garanzie provvisorie eventualmente prestate da questi soggetti per la partecipazione alla gara

a voler proprio essere "asburgici" non si ben capisce dove poter collocare questo importante precetto!!!

Ricordiamo però che tale invito era già stato rivolto dal ministro Lunardi in data 10 marzo 2003 con la circolare di cui proponiamo il testo integrale:

"Alle Amministrazioni aggiudicatrici ed Enti aggiudicatori di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi

CIRCOLARE 10 marzo 2003 N. B1/2107

OGGETTO: Procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi.

Direttiva 89/665/CEE del 21 dicembre 1989.

Articolo 14, comma 3, del Decreto legislativo 20 agosto 2002, n.190.

IL MINISTRO

1. La Direttiva 89/665/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1989 che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, ha disposto che gli Stati membri della Comunità Europea prevedano mezzi di ricorsi efficaci e rapidi tali da consentire al ricorrente di ottenere una tempestiva ed efficace tutela dell'interesse ritenuto violato. Ciò, anche al fine di evitare che la mancanza o l'insufficienza di mezzi di ricorsi siffatti, in vari Stati membri, possa dissuadere le imprese comunitarie dal concorrere alle gare di appalto bandite nel relativo Stato .

Le regole poste dalla Direttiva 89/665/CEE sono state successivamente estese alla materia degli appalti di servizi per effetto della Direttiva 92/50/CEE.

2. In conformità alla predetta Direttiva 89/665/CEE, la Corte di Giustizia della Comunità Europea, con giurisprudenza costante, ha più volte sottolineato la necessità che i candidati o gli offerenti in una gara, per poter presentare utilmente ricorso contro

un provvedimento di aggiudicazione, in una fase in cui la violazione possa ancora essere sanata, debbano prendere conoscenza di detta decisione in tempo utile, e quindi anteriormente alla stipula del contratto.

In tal senso devono essere altresì interpretate le Direttive 93/36/CEE 8 (articolo 7, paragrafo 2), 93/37/CEE (articolo 8, paragrafo 2) e 92/50/CEE (articolo 12, paragrafo 2) le quali, pur non precisando il momento in cui le amministrazioni aggiudicatrici devono fornire l'informazione sull'esito dell'appalto, tuttavia impongono una comunicazione all'insegna della rapidità, in linea con i principi delineati dalla Direttiva 89/665/CEE.

3. La Corte di giustizia delle Comunità Europee, con sentenza del 28 ottobre 1999 “ Alcatel “, nella causa C-81/98, ha ulteriormente sviluppato e interpretato i principi emanati nella Direttiva 89/665/CEE ed ha precisato, fra l'altro, **che il provvedimento di aggiudicazione debba essere comunicato a tutti i partecipanti alla procedura di gara e che debba esistere un lasso di tempo**

ragionevole tra la data di adozione di detto provvedimento e la data di stipula del relativo contratto. Ciò al fine di evitare che i concorrenti alla gara eventualmente interessati a chiedere l'annullamento del provvedimento stesso, possano venire a conoscenza della suddetta decisione in un momento tardivo per potere utilmente far valere le proprie ragioni, in quanto l'Amministrazione potrebbe avere già stipulato il contratto oppure quest'ultimo potrebbe addirittura, in taluni casi, essere stato già eseguito (es. appalto di forniture da eseguirsi in un'unica soluzione). In entrambi i casi il ricorrente, ancorché vittorioso, sarebbe privato della possibilità di essere riammesso alla gara e di concorrere ad una nuova aggiudicazione.

4. La Commissione Europea ha verificato che la legislazione italiana in materia di appalti pubblici non prevede l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di notificare il provvedimento di aggiudicazione a tutti i partecipanti ad una gara di appalto ed ha pertanto attivato una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano, ai sensi dell'articolo 226 del Trattato CEE, rilevando il contrasto normativo esistente con le disposizioni della Direttiva 89/665/CEE (in particolare l'articolo 2, paragrafo 1, lettera b) e delle Direttive 93/36/CEE, 93/37/CEE e 92/50/CEE.

5. L'articolo 14 del Decreto legislativo 20 agosto 2002, n.190 recante norme di attuazione della Legge 21 dicembre 2001, n.443 (legge delega al Governo in materia di realizzazione di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale), al terzo comma, prevede espressamente che “ il soggetto aggiudicatore comunica il provvedimento di aggiudicazione ai controinteressati almeno trenta giorni prima della firma del contratto “.

Tale previsione, sia pure inserita in un contesto normativo specificamente riferito alle procedure di progettazione, approvazione e realizzazione di infrastrutture e insediamenti produttivi , appare idonea ad adeguare la normativa italiana a quella comunitaria e a superare i rilievi sollevati dalla Commissione Europea in ordine alla necessità di rendere obbligatoria la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione a tutti i partecipanti ad una gara di appalto, nonché di prevedere un termine ragionevole tra la predetta aggiudicazione e la stipula del relativo contratto di appalto.

6. L'articolo 21 della legge 6 dicembre 1971, n.1034 relativa alla istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali prevede, come noto, la possibilità di impugnare gli atti o i provvedimenti della Pubblica Amministrazione nel termine di sessanta giorni dal momento in cui l'interessato ne abbia ricevuto la notifica, oppure ne abbia avuto piena conoscenza. **La giurisprudenza amministrativa ha costantemente individuato “ la piena conoscenza “ nella comunicazione e acquisizione del provvedimento relativo.** L'esigenza di dare piena effettività alla norma citata e al principio di tutela degli interessi del ricorrente ivi contenuto, impone che l'interessato debba essere messo in grado di conoscere non solo dell'esistenza , ma anche, e soprattutto, dei contenuti del

provvedimento. **D'altra parte la comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione – anche a titolo provvisorio – è espressione di un obbligo generale di informativa regolante tutte le procedure ad evidenza pubblica , nonché principio immanente nel nostro ordinamento giuridico.**

7. In considerazione della procedura di infrazione già attivata nei confronti dello Stato italiano sulla questione in argomento, e nelle more dell'emanazione di apposito provvedimento teso a eliminare il contrasto normativo rilevato dalla Commissione Europea, **si invitano le Amministrazioni in indirizzo a tenere presente le considerazioni fin qui svolte in riferimento a tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi.**

Si sottolinea, infatti, la preminente esigenza di osservare la normativa comunitaria inerente la materia e di conformare la disciplina italiana ai principi sanciti dalla Corte di Giustizia nella richiamata sentenza Alcatel, onde evitare, da parte dell'Unione Europea, l'attivazione di consequenziali provvedimenti sanzionatori nei riguardi dello Stato italiano.

La presente circolare verrà pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

Roma, 10 marzo 2003 Il Ministro: LUNARDI

Il testo del disegno di legge comunitaria 2004

Art. 10.

(Modificazioni alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, recante legge quadro in materia di lavori pubblici, al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, recante attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi ed al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, recante regolamento di attuazione della legge n. 109 del 1994)

1. L'articolo 8, comma 11-quater, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, è sostituito dal seguente:

«11-quater. Le imprese alle quali venga rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000, la certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000 ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema, usufruiscono del beneficio che la cauzione e la garanzia fidejussoria previste, rispettivamente, dal comma 1 e dal comma 2 dell'articolo 30 della presente legge, sono ridotte, per le imprese certificate, del 50 per cento».

2. All'articolo 2, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, il secondo periodo è sostituito dai seguenti: «Nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendono lavori si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50 per cento. Quest'ultima disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto».

3. All'articolo 3 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, il comma 3 è sostituito dal seguente:

«3. Nei contratti misti di lavori e servizi e nei contratti di servizi quando comprendono lavori si applicano le norme della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, qualora i lavori

assumano rilievo economico superiore al 50 per cento. Questa disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto».

(...)

9. L'amministrazione aggiudicatrice ovvero il soggetto aggiudicatore di un appalto pubblico, all'atto di una aggiudicazione definitiva, ne invia comunicazione ai concorrenti non aggiudicatari, provvedendo allo svincolo delle garanzie provvisorie eventualmente prestate da questi soggetti per la partecipazione alla gara.