

Nel silenzio della norma nazionale (alcune regioni hanno trovato una soluzione alternativa) , sussiste ancora un problema di esistenza della copertura delle cauzioni provvisorie sul secondo classificato fino all'aggiudicazione definitiva al primo in graduatoria

Poiché dall'aggiudicazione della gara alla sottoscrizione del contratto possono passare 60 giorni e poiché invece ai non aggiudicatari la provvisoria può essere restituita a 30 giorni dall'aggiudicazione, si consiglia alle stazioni appaltanti, per essere in garanzia, di predisporre le verifiche dei requisiti (generali e/o speciali) prima dello svincolo "automatica" della cauzione

Di Sonia LAZZINI

Leggiamo la norma contenuta nella Legge Merloni:

Legge 11 febbraio 1994, n. 109 - La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici

Art. 30. (Garanzie e coperture assicurative)

L'offerta da presentare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici è corredata da una cauzione pari al 2 per cento dell'importo dei lavori, da prestare anche mediante fidejussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e dall'impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia di cui al comma 2, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario.

**La cauzione copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo. Ai non aggiudicatari la cauzione è restituita entro trenta giorni dall'aggiudicazione.**

"frulliamo" questa disposizione con la seguente del regolamento:

Decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni

Art. 109 (Stipulazione ed approvazione del contratto)

La stipulazione del contratto di appalto deve aver luogo entro sessanta giorni dalla aggiudicazione nel caso di pubblico incanto, licitazione privata ed appalto-concorso ed entro trenta giorni dalla comunicazione di accettazione dell'offerta nel caso di trattativa privata e di cottimo fiduciario

E non può non saltare agli occhi che siamo in presenza di una grave scopertura di garanzia di 30 giorni.

Basterebbe che nell'articolo 30 comma 1 accanto alla parola aggiudicazione, fosse scritto "definitiva"

Cogliamo al volo il pensiero espresso in Tribunale Amministrativo Regionale Piemonte sez.II 20/3/2004 n. 484

Con riferimento specifico all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione di una procedura ad evidenza pubblica, la giurisprudenza è pacificamente **orientata nel senso di distinguere tra aggiudicazione provvisoria ed aggiudicazione definitiva**, affermando che mentre l'annullamento della prima rientra ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara, per cui la sua adozione non richiede alcuna comunicazione ai sensi dell'art. 7 L. n. 241/90, l'annullamento dell' aggiudicazione definitiva si inserisce, invece, nell'ambito di un nuovo procedimento, quello tendente al ritiro del provvedimento precedentemente emesso, dal momento che l'aggiudicazione definitiva rappresenta l'atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente; pertanto il provvedimento di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva, intervenuto dopo la conclusione del contratto, richiede un autonomo avvio di procedimento (Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2000, n. 5710; id. sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4065; id., sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4083; id, sez. VI, 19 agosto 2003, n. 4671).

(...) Rileva al riguardo il Collegio, con la giurisprudenza maggioritaria, che l' intervenuta aggiudicazione definitiva, che segna il momento conclusivo del procedimento di evidenza pubblica, nel quale sorge il diritto soggettivo dell'aggiudicatario nei confronti della pubblica amministrazione, non esclude la possibilità per la P.A. appaltante di agire in autotutela, attraverso la revoca dell'aggiudicazione, purchè tale atto sia adeguatamente motivato con riferimento alla presenza di concrete ragioni di pubblico interesse, non riconducibili alla mera esigenza di ripristino della legalità (Consiglio di Stato, sez. VI 14 gennaio 2000, n. 244; id. sez. V, 24 ottobre 2000, n. 5710; sez. IV, 26 maggio 2003, n. 2823 ; id. sez. VI, 19 agosto 2003 n. 4671).

La soluzione?????

Ci viene fornita dal disegno di legge comunitaria 2004 ove, genericamente, si consiglia di :

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

Di ulteriore aiuto ci può anche essere l' invito 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

Un'altra soluzione...arriva dalle regioni:

Legge regionale della Valle d'Aosta 20 giugno 1996, n. 12. in materia di lavori pubblici. (modificata dalla L.R. 9 settembre 1999, n. 29) Art. 34. - Cauzioni e coperture assicurative è stato modificato dalla Legge regionale 27 dicembre 2001, n. 40.

Art. 34. (Cauzioni e coperture assicurative).

1. Fermo restando il rinvio alla normativa statale di cui all'art. 15, comma 7, al fine di tutelare l'amministrazione aggiudicatrice dai danni che potrebbero derivarle dalla mancata sottoscrizione del contratto d'appalto di lavori pubblici, per fatto e colpa dell'aggiudicatario, i soggetti di cui all'art. 3 provvedono a richiedere ai concorrenti, contestualmente alla presentazione dell'offerta, la costituzione di una cauzione pari al due per cento dell'importo posto a base d'asta, IVA esclusa (n.d.r. fino a 300.000 ECU ed al cinque per cento per importi superiori: parole soppresse dalla Legge regionale 27 dicembre 2001, n. 40. Norme in materia di partecipazione alle gare di appalto per l'affidamento di lavori pubblici. Art. 6 (Modificazione all'articolo 34 della legge regionale 20 giugno 1996, n. 12) **Le amministrazioni aggiudicatrici provvedono a restituire tale cauzione ai concorrenti che non risultano aggiudicatari, entro dieci giorni dall'aggiudicazione definitiva o dalla scadenza del termine di validità dell'offerta.** Per l'aggiudicatario tale cauzione risulta automaticamente svincolata al momento della sottoscrizione del contratto. In caso di aggiudicazione mediante appalto- concorso ai sensi dell'art. 25, comma 4, tale cauzione è mantenuta sino all'approvazione della progettazione esecutiva ai sensi del medesimo articolo.

1 bis. La cauzione provvisoria di cui al comma 1 deve avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta.

Legge provinciale di Bolzano : 17.06.1998, nr. 6 Norme per l'appalto e l'esecuzione di lavori pubblici - (modificata dalle L.P. 14 dicembre 1999 n. 10, L.P. 25 gennaio 2000 n. 2, L.P. 28 dicembre 2001 n. 19, L.P. 19 maggio 2003 n. 8)

Art. 49 Cauzione provvisoria

1.L'impresa che intende partecipare a una gara di appalto per lavori d'importo superiore a 300.000 ECU deve costituire una cauzione provvisoria in contanti o presentare fideiussione bancaria per un importo pari al cinque per cento dell'importo dei lavori indicato nel bando di gara.

2.La cauzione provvisoria resta vincolata fino alla stipulazione del contratto; **le cauzioni provvisorie degli altri offerenti sono svincolate appena ultimata la gara.**

3.Nel caso in cui l'aggiudicatario non si presenti a stipulare il contratto, salvo che per causa a lui non imputabile, l'amministrazione committente, a titolo di penalità, incamera la cauzione provvisoria.

Legge regionale del Veneto 7 novembre 2003, n. 27 (BUR n. 106/2003)

## DISPOSIZIONI GENERALI IN MATERIA DI LAVORI PUBBLICI DI INTERESSE REGIONALE E PER LE COSTRUZIONI IN ZONE CLASSIFICATE SISMICHE

### Art. 30 – Garanzie.

1. La cauzione provvisoria prestata per l'affidamento e l'esecuzione di lavori pubblici di interesse regionale dal soggetto aggiudicatario resta vincolata fino alla sottoscrizione del contratto; **le cauzioni provvisorie prestate dai soggetti non aggiudicatari sono restituite alla conclusione della procedura di scelta del contraente.**

Sulla stessa linea si è posto il legislatore regionale della Liguria nella propria proposta

### Art. 25 - Garanzie assicurative

1. L'offerta da presentare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici è corredata da una idonea cauzione provvisoria pari al 2 per cento dell'importo dei lavori, da prestare mediante fidejussione bancaria o assicurativa ovvero rilasciata da intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale ai sensi della normativa vigente, e dall'impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia di cui al comma 2 qualora l'offerente risultasse aggiudicatario. Per l'affidamento di lavori di importo inferiore a 150.000 euro è altresì ammessa la cauzione in numerario anche mediante assegno circolare e non è richiesto l'impegno del fidejussore. La cauzione provvisoria copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario e resta vincolata fino alla stipula del contratto; **ai non aggiudicatari la cauzione è restituita alla conclusione della procedura di gara.**

2. L'esecutore dei lavori è obbligato a costituire a titolo di cauzione definitiva una garanzia fidejussoria costituita, a scelta dell'offerente:

- a) per i lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria, mediante deposito titoli, fideiussione bancaria o polizza fidejussoria assicurativa. Il valore della cauzione è pari al 10% dell'importo del contratto;
- b) per i lavori di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, mediante fideiussione bancaria. Il valore della cauzione è pari al 20% dell'importo del contratto.

Mentre, last but not least, la Lombardia, sempre in un disegno di legge, così sottolinea:

### Art. 31 - Garanzie ed assicurazioni

1. L'offerta da presentare per l'affidamento di un appalto, è corredata da una cauzione provvisoria pari al 2 per cento dell'importo dell'appalto a copertura di tutti gli oneri e obblighi relativi alla partecipazione, nonché della mancata sottoscrizione

del contratto per fatto dell'aggiudicatario ovvero della mancata costituzione della garanzia definitiva.

2. A scelta dell'offerente, la cauzione provvisoria può essere costituita in titoli del debito pubblico o garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una Sezione di Tesoreria competente o presso le aziende di credito autorizzate a titolo di pegno a favore delle stazione appaltanti oppure anche mediante fideiussione bancaria o assicurativa.

3. La cauzione provvisoria deve essere altresì accompagnata, pena l'esclusione dalla gara, dall'impegno di una banca o una compagnia di assicurazione ad emettere la garanzia di cui al comma 6 in caso di aggiudicazione.

**4. La cauzione provvisoria, deve avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto.**

In questo caso sia la validità (180 giorni dalla SCADENZA del termine di presentazione delle offerte e non comunemente dalla presentazione di ogni singola offerta) e sia lo svincolo automatico (PER TUTTI AL MOMENTO DELLA SOTTOSCRIZIONE DEL CONTRATTO)

SONO UGUALI PER I PARTECIPANTI, E POI PER L'AGGIUDICATARIO MA ANCHE PER IL SECONDO

**Semplificando in maniera consistente il già duro lavoro del Rup!!!!**