

Chiarimenti su alcune disposizioni del D.Lgs. 163/2006

8 Novembre 2006

Nella prima applicazione del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 163/2006) si sono posti taluni problemi rispetto ai quali si intendono fornire chiarimenti.

1. Questioni relative alle polizze fidejussorie

A) L'art. 75, in tema di cauzione provvisoria e l'art. 113, per la cauzione definitiva, introducono una nuova clausola che le fidejussioni bancarie o polizze assicurative devono contenere e cioè la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2 del codice civile.

Si tratta di una misura a tutela dell'amministrazione, che sostanzialmente opera nel modo seguente: l'art. 1957, comma 1 prevede per il creditore un termine di decadenza di sei mesi dalla scadenza per l'adempimento dell'obbligazione garantita dal fideiussore, al fine di far valere il proprio diritto verso quest'ultimo. Il combinato disposto del secondo e terzo comma dello stesso articolo consente di limitare pattizamente tale termine di decadenza a due mesi.

Ora è proprio questa limitazione pattizia che il Codice vuole evitare, a maggior tutela dell'amministrazione creditrice, quando dispone che la garanzia deve prevedere la rinuncia alla eccezione di cui all'art. 1957, comma 2 del codice civile.

La medesima disposizione non era contenuta nella Legge n. 109/94 e, conseguentemente, non è riportata negli schemi di polizza tipo adottati con il D.M. 12 marzo 2004, n. 123 e nelle relative schede tecniche, che vanno pertanto integrati con apposita clausola.

Il problema si è posto in modo particolare per la cauzione provvisoria, in quanto l'art. 1, comma 4 del citato D.M. consente di presentare in gara la sola scheda tecnica la cui sottoscrizione da parte dell'impresa di costruzioni e del garante costituisce atto formale di accettazione incondizionata di tutte le condizioni previste nello schema-tipo.

Ora è accaduto che da talune gare siano state escluse diverse imprese, proprio nella considerazione che le schede tecniche da esse presentate facevano riferimento alle polizze tipo, nelle quali non compare la clausola relativa alla rinuncia alla eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, cod. civ..

Si richiama, pertanto, l'attenzione delle imprese sulla necessità di integrare le polizze e le relative schede tecniche nel senso anzidetto.

B) Vi è poi una seconda questione attinente la costituzione delle cauzioni, sulla quale l'Ance ha sollecitato un intervento dell'Autorità di vigilanza, affinché dia precisi indirizzi interpretativi alle stazioni appaltanti, che riguarda la fattispecie seguente.

L'art. 75, comma 3. del D.Lgs. n. 163/06 consente che la cauzione provvisoria sia costituita in tre possibili forme, vale a dire: a) fideiussione bancaria; b) fideiussione assicurativa; c) fideiussione rilasciata da intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui al medesimo terzo comma.

Il successivo comma 8, del medesimo art. 75, dispone che l'offerta sia corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare, in corso di aggiudicazione, la cauzione definitiva a garanzia dell'esecuzione del contratto.

Ora, generalmente, le imprese fanno rilasciare tale impegno allo stesso fideiussore che ha rilasciato la cauzione provvisoria, e cioè una banca, una compagnia assicuratrice o un intermediario finanziario.

Senonchè, il successivo art. 113, al comma 2, prevede che la cauzione definitiva possa essere rilasciata mediante fideiussione bancaria o polizza assicurativa inducendo, così, a ritenere che sia esclusa la possibilità del suo rilascio da parte degli intermediari finanziari.

Tale conclusione, sebbene corrispondente alla lettera della norma, non sembra, tuttavia, rispondere a principi di logica sostanziale, dato che è difficile comprendere il motivo per cui l'intermediario finanziario possa rilasciare cauzioni provvisorie, mentre gli è preclusa la possibilità di costituire cauzioni definitive, pur avendo entrambe finalità di garanzia a favore delle pubbliche amministrazioni.

Il problema potrebbe trovare soluzione ritenendo che, quanto previsto dall'art. 113, comma 2, sia frutto di una mera dimenticanza normativa e che, comunque, sulla base della "ratio legis" nella nozione di fideiussione bancaria possa rientrare anche quella di fideiussione dell'intermediario finanziario esercitando, quest'ultimo, sostanzialmente un'attività parabancaria.

La delicatezza del problema consiste nel fatto che le citate non univoche disposizioni normative, non di rado, inducono le imprese a ritenere che anche gli intermediari finanziari, che hanno rilasciato la cauzione provvisoria, possano costituire quella definitiva determinando, in tal modo, possibili provvedimenti di esclusione della gara.

Come già precisato è stato richiesto un intervento dell'Autorità volto a chiarire la questione, in un senso o nell'altro, che avrebbe l'effetto di evitare situazioni di incertezza, con beneficio tanto delle imprese quanto delle stesse pubbliche amministrazioni.

Nelle more di tale pronunciamento, si invitano le imprese a comportamenti prudenti, onde evitare possibili esclusioni dalle gare.

2) Questioni attinenti le associazioni temporanee di imprese

A) Un primo ordine di problemi riguarda l'ipotesi di una associazione di imprese di tipo misto, nella quale, cioè, le imprese si associano in forma orizzontale sia per i lavori della categoria prevalente sia per quelli della categoria scorporata.

Detta fattispecie è espressamente consentita dall'art. 37, comma 6 del D.Lgs. n. 163/06 che riprende, del resto, un'analoga disposizione della legge quadro introdotta con la Legge n. 166/2002.

Un problema potrebbe sorgere, però, quando si dà luogo ad una sorta di associazione mista "a partecipazioni incrociate", nel senso che le stesse imprese cumulano i propri requisiti in relazione sia alla parte di lavoro principale, sia alla parte di lavoro scorporata.

Il dubbio sorge per effetto della introduzione di una nuova disposizione, ad opera dell'art. 37, comma 1, seconda parte del D.Lgs. n. 163/06, secondo cui, per raggruppamento di tipo orizzontale si intende una riunione finalizzata a realizzare lavori della stessa categoria.

Ora, rapportando quest'ultima disposizione all'istituto delle associazioni miste, potrebbe pervenirsi alla conclusione che l'associazione mista sia consentita soltanto ove alcune imprese si riuniscano orizzontalmente per l'esecuzione della categoria prevalente, ed altre imprese, diverse dalle prime, si riuniscano anch'esse orizzontalmente, per l'assunzione della categoria scorporata.

Se così fosse, il combinato disposto tra le due norme escluderebbe la possibilità di costituzione di quelle che sopra abbiamo definito associazioni miste con partecipazioni incrociate.

Tuttavia, l'assoluta novità della questione e l'assenza di qualsivoglia riferimento giurisprudenziale nonchè le non particolarmente felici e precise formulazioni normative lasciano oggettivi, sensibili margini di dubbio, nel senso che nulla esclude che in futuro possa affermarsi la tesi dell'ammissibilità delle associazioni miste incrociate; tra l'altro, tale linea risulterebbe avallata dal non secondario argomento che le associazioni miste incrociate comunque, nel loro complesso considerate, assicurano l'idoneità degli esecutori in rapporto all'opera e perciò sul piano sostanziale, non determinano particolari controindicazioni.

In tale situazione di dubbio, nel primo commento al Codice trasmesso con la circolare del 6 luglio 2006, questa Associazione ha inteso assumere la posizione più prudente, onde non esporre le sue associate a possibili esclusioni dagli appalti, in attesa di pronunce giurisprudenziali o di chiarimenti ufficiali, idonei a dirimere la delicata questione.

Sui presupposti sopra doverosamente evidenziati che, si ripete, rivelano l'incertezza interpretativa, non si può oggi escludere che, nel caso di specie, ove l'amministrazione appaltante intenda assumere un'interpretazione restrittiva e rigidamente formalista delle norme, possa pervenire a decidere l'esclusione dell'ATI in argomento.

Una possibile soluzione, sul piano pragmatico, al problema potrebbe essere quella di avvalersi della disposizione di cui all'art. 71, comma 2, del Codice, ed in base alla stessa, richiedere all'ente appaltante il suo avviso circa la legittimità della forma di associazione ipotizzata in relazione alle prescrizioni del bando, da fornire con congruo anticipo rispetto al termine di scadenza per la presentazione delle offerte.

B) Infine, sempre in relazione alle Ati, si ritiene utile segnalare un'importante evoluzione giurisprudenziale circa il rapporto che deve sussistere tra qualificazione delle imprese raggruppate, quote di partecipazione al raggruppamento e percentuale dei lavori che ciascuna impresa è tenuta ad eseguire.

La materia è regolata da due disposizioni del Codice che riproducono analoghe norme della Legge Merloni e del D.P.R. n. 554/99:

1) l'art. 37, comma 3 (già art. 13, comma 1, Legge n. 109/94) stabilisce che ai fini della partecipazione alle gare le imprese facenti parte del raggruppamento devono possedere i requisiti nella misura prevista del regolamento. Quest'ultimo (art. 95, comma 2, D.P.R. n. 554/99 ancora vigente) individua il livello minimo dei requisiti nella misura del 40% per la mandataria e del 10% per le mandanti;

2) l'art. 37, comma 13 del Codice (già art. 93, comma 4 del D.P.R. n. 554/99) prevede che le imprese riunite devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento; in altri termini stabilisce una corrispondenza necessaria tra la ripartizione dei lavori e quella delle quote dell'associazione.

Le disposizioni sub 1) disciplinano la fase di qualificazione della Ati, mentre la norma sub 2) si riferisce esclusivamente alla fase di esecuzione dei lavori.

Nessuna disposizione espressa prevede un collegamento tra le due fasi, nel senso di richiedere una corrispondenza tra il livello di qualificazione dell'impresa raggruppata ed i lavori che la stessa andrà ad eseguire.

Proprio dall'assenza di una disposizione di tal genere la giurisprudenza più antica riteneva che, una volta che fosse accertata in sede di gara la qualificazione della Ati secondo le percentuali indicate nel regolamento, la suddivisione delle quote di partecipazione e la conseguente ripartizione dei lavori fosse attinente all'organizzazione interna del raggruppamento e, riguardando la fase esecutiva, fosse sufficiente che l'indicazione delle quote venisse effettuata in sede di stipula del contratto.

La giurisprudenza più recente, invece, attraverso un'interpretazione di carattere logico-sistematico del quadro normativo, è pervenuta ad affermare un principio di corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e quote di partecipazione all'Ati e tra quote di partecipazione e quote di esecuzione.

In altri termini, il principio generale dell'ordinamento dei lavori pubblici, secondo cui chi esegue i lavori deve essere in possesso della necessaria qualificazione, imporrebbe all'amministrazione appaltante di verificare, fin dal momento della gara, che ogni partecipante all'Ati costituita o costituenda abbia i necessari requisiti in relazione alla quota di lavori che andrà ad eseguire e che corrisponde alla quota di partecipazione al raggruppamento.

Il corollario di tutto ciò è l'esigenza della indicazione, in sede di gara, da parte delle imprese delle rispettive quote di partecipazione. E ciò indipendentemente da una previsione espressa nel bando.

Secondo questa giurisprudenza, l'omessa dichiarazione dell'importo dei lavori di competenza di ciascuna delle imprese del costituendo raggruppamento preclude alla stazione appaltante di verificarne il possesso delle qualificazioni correlate alla relativa quota dei lavori e ne rende, perciò, illegittima la partecipazione alla gara (cfr. nel senso sopra detto: Cons. Stato, sez. V 12 ottobre 2004, n. 6586; Tar Sicilia, Palermo, 14 dicembre 2004, n. 2726; C.g.a. Sicilia 8 marzo 2005, n. 97; idem 13 giugno 2005, n. 358; Tar Sicilia, Palermo, 19 luglio 2005, n. 1250, Tar Sardegna 16 gennaio 2006, n. 12; Tar Sicilia, Catania 12 aprile 2006, n. 562).

Si richiama, pertanto, l'attenzione delle imprese che intendano partecipare a gare in associazione temporanea sulla necessità di indicare, nella domanda (per le procedure ristrette) ovvero nell'offerta (per le procedure aperte), le singole quote di partecipazione all'associazione stessa, che dovranno essere compatibili con i requisiti di qualificazione posseduti.

Naturalmente non si mancherà di verificare eventuali diverse evoluzioni giurisprudenziali di cui si darà comunicazione.