

Determinazione n. 21/2003 del 3/12/2003

Oggetto: 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 e s.m.

Considerato in fatto

Sono pervenute a questa Autorita' molteplici richieste di chiarimenti in merito alla possibilita' per le imprese concorrenti e per gli aggiudicatari dei lavori pubblici di beneficiare della riduzione del 50 per cento della cauzione e della garanzia fidejussoria, ai sensi dell'art. 8, comma 11 quater, lettera a) della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., anche nel caso in cui il possesso della certificazione di qualita' costituisca un requisito di partecipazione alla gara secondo la cadenza temporale stabilita dall'allegato B del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34.

Stante l'interesse ed il rilievo generale della problematica in esame, si e' ritenuto opportuno emanare la presente determinazione, tenendo anche conto delle considerazioni espresse in materia dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, che ha emanato un proprio parere, depositato nel corso di un'audizione svoltasi presso la sede dell'Autorita' (cui ha partecipato anche l'ANCE), fornendo un'interpretazione della normativa de qua. All'indicata Amministrazione l'ANCE aveva inizialmente formulato il quesito, proposto successivamente anche a questa Autorita' di vigilanza.

Considerato in diritto

Per un puntuale inquadramento della problematica in esame si rileva, preliminarmente, che la disciplina generale in materia di cauzione e di garanzia fidejussoria e' dettata dai commi 1 e 2 dell'art. 30 della legge n. 109/1994 e s.m., i quali fissano il loro importo, rispettivamente, al 2 per cento dell'importo dei lavori per la cauzione, e al 10 per cento dell'importo degli stessi per la garanzia fidejussoria.

Cio' premesso, l'art. 8, comma 11 quater, della legge n. 109/1994 e s.m. stabilisce che il rilascio, da parte di organismi accreditati, della certificazione di sistema di qualita' 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, comporta per le imprese alcuni benefici, tra cui quello indicato nella lettera a) dell'art. 8, comma 11 quater, ossia la riduzione del 50 per cento della cauzione e della garanzia fidejussoria, previste dall'art. 30 della medesima legge.

Al riguardo, l'art. 8, comma 3, lettere a) e b) della legge n. 109/1994 e s.m. stabilisce che il possesso da parte delle imprese esecutrici di lavori pubblici della certificazione di sistema qualita' o della dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema e' attestata dalle SOA, autorizzate dall'Autorita' per la vigilanza sui lavori pubblici, mentre il comma 4, lettera e) del medesimo articolo precisa che il regolamento sul sistema di qualificazione ha il compito di graduare, in un periodo non superiore a cinque anni ed in rapporto alla tipologia dei lavori, la facolta' ed il successivo obbligo per le stazioni appaltanti di richiedere il possesso della suddetta certificazione o dichiarazione.

Conseguentemente, l'art. 4 del D.P.R. n. 34/2000 ha successivamente disciplinato la cadenza temporale dell'entrata in vigore di detto obbligo nell'allegato B, lasciando esente da esso, al termine della fase transitoria, solo gli appalti di valore inferiore al miliardo di lire (classifiche I e II), per i quali anche a regime continuera' a sussistere la facoltativita' della certificazione, con conseguente possibilita' di usufruire del beneficio della riduzione della cauzione e della garanzia fidejussoria in caso di possesso di detto requisito.

Il primo obbligo di dimostrare la piena conformita' alle norme uNI EN ISO 9000 decorre dal 2003 per le gare d'importo superiore a 30 miliardi di lire, dal 2004 per le gare comprese tra 10 e 30 miliardi e a regime, dal 2005, riguardera' anche le gare di importo compreso tra 1 e 10 miliardi.

Il possesso di elementi significativi e correlati del sistema di qualita' e', invece, richiesto gia' dal 2002 per tutte le gare d'importo superiore ai 10 miliardi e dal 2003 e' stato esteso anche alle gare di importo superiore al miliardo.

La questione interpretativa posta dal combinato disposto dei citati artt. 8 della legge n. 109/1994 e s.m. e 4 del D.P.R. n. 34/2000, riguarda la natura, a regime, del beneficio di cui all'art. 8, comma 11 quater, lettera a) della legge n. 109/1994 e s.m. Se, infatti, e' generalmente condivisa la sua natura di incentivo per le imprese ad acquisire la certificazione di qualita' relativamente al periodo antecedente le scadenze previste dalla tabella inserita nell'allegato B al D.P.R. n. 34/2000, ossia prima che questo requisito diventi obbligatorio, piu' problematica e' la configurazione di detto beneficio a partire dal momento in cui la certificazione di qualita' diviene obbligatoria e il beneficio della riduzione del 50 per cento della cauzione e della garanzia fidejussoria, conseguendo automaticamente al possesso di detto requisito obbligatorio, diviene generalizzato, cessando di svolgere la sua funzione premiante.

Occorre tener presente, infatti, che la configurazione del beneficio di cui trattasi come istituto a carattere generalizzato e permanente, a partire dal momento in cui il possesso della certificazione di qualita' diviene obbligatorio, comporta un attenuarsi del valore aggiunto offerto, in termini di garanzia, dal possesso del sistema di qualita'.

Infatti, se nella situazione di non obbligatorietà di detto requisito l'impresa in possesso di certificazione di qualita' offriva un *quid pluris* oggettivamente e comparativamente apprezzabile, nel momento in cui quel requisito diviene obbligatorio e il beneficio della riduzione del 50 per cento della cauzione e della garanzia fidejussoria consegue automaticamente al possesso della certificazione obbligatoria, quest'ultima non aggiunge nulla ai requisiti minimi richiesti per la partecipazione alle gare.

In considerazione di cio' questa Autorita' 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 qualita' 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 scadenziario 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 piu' approfondita valutazione della indicata questione interpretativa, alla luce delle maturate esperienze, ha fatto emergere la possibilita', con la soluzione in precedenza suggerita dall'Autorita', di una sostanziale disparita' 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 qualita', 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 piu' 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 affidabilita' 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 affidabilita' 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.