

Determinazione n. 28/2002 del 23/10/2002

Oggetto: "Ritenute a garanzia del 5% di cui all'art.22 della legge 3 gennaio 1978 n.1".

Premesso che:

Ad opera di diverse stazioni appaltanti sono stati prospettati a questa Autorità numerosi interrogativi simili, che possono riassumersi nei due seguenti quesiti, inerenti l'attuale regime delle ritenute a garanzia sul credito dell'appaltatore:

1) se la s.a. che ha precedentemente effettuato, in sede di pagamento degli acconti in corso d'opera, la ritenuta di garanzia del 5% sul credito dell'appaltatore - prevista dall'articolo 22 della L. n.1/78, a modifica del primo comma del precedente art. 48 del R.D. n.827/24 - può o meno procedere allo svincolo delle suddette ritenute, previa presentazione da parte dell'appaltatore di polizza fideiussoria assicurativa e senza attendere il riconoscimento della regolare esecuzione dell'opera, dal momento che tale facoltà introdotta dall'art. 22 della L. n.1/78 deve intendersi attualmente preclusa, data l'intervenuta espressa abrogazione dell'articolo in esame ad opera del D.P.R. n.554/99;

2) se, avendo il regolamento espressamente abrogato all'art. 231 il solo art. 22 della L. n.1/78, ma non anche il precedente art. 48 del R.D. n.827/24 relativo ai pagamenti in acconto, deve intendersi attualmente preclusa la sola facoltà di svincolo delle ritenute, ferma restando la possibilità da parte dell'amministrazione di continuare ad operarle ai sensi dell'art. 48 non espressamente abrogato, ovvero deve ritenersi altresì preclusa anche tale possibilità.

Considerato che i quesiti prospettati concernono problematiche di carattere generale e che con l'emanazione della legge n.166/02 sono state apportate modifiche al regime della garanzia definitiva, si ritiene opportuno un intervento chiarificatore da parte di questa Autorità.

RITENUTE IN DIRITTO

In ordine alle problematiche in esame, è necessario anzitutto ricordare che la legge n.109/94 ed il successivo regolamento d'attuazione hanno - in realtà - introdotto a favore delle stazioni appaltanti tutto un complesso sistema di garanzie ed assicurazioni stabilendo altresì espressamente - all'art. 30 della legge quadro - che devono intendersi conseguentemente soppresse tutte le altre forme di garanzia e cauzioni previste dalla normativa vigente.

In particolare - con riferimento al profilo che in questo caso maggiormente interessa - lo stesso art. 30, comma 2, ha previsto a carico dell'appaltatore la prestazione a favore dell'amministrazione di una garanzia fideiussoria da parte di un istituto bancario o di una compagnia di assicurazione autorizzata pari al 10% dell'importo netto dell'appalto a copertura di tutte le obbligazioni nascenti dal contratto. In tal senso, anche la recente modifica intervenuta con legge n.166/02, ha ribadito l'efficacia di tale garanzia omnicomprensiva, limitandosi a disciplinarne l'entità percentuale in relazione al ribasso offerto in sede di gara, nonché le modalità di svincolo parziale in corso d'opera.

Il regolamento d'attuazione 554/99 - sulla base di tali premesse normative - ha coerentemente disposto l'abrogazione espressa dell'art. 22 della legge 3.1.1978 nonché dell'intero D.P.R. 1063 del 16 luglio 1962, il quale tra l'altro disciplinava all'art. 33 (Pagamenti in acconto) le ritenute previste dall'art. 48 del R.D. n.827 del 1924, stabilendo che le stesse costituivano per l'Amministrazione un'ulteriore garanzia dell'adempimento degli obblighi dell'appaltatore.

Avendo pertanto l'art. 231 del reg. abrogato sia l'art. 33 del D.P.R. 1063/62, sia l'art. 22 della legge 1 del 1978 ed avendo inoltre disciplinato nuovamente all'art. 114 i " *Pagamenti in acconto* ", dove scompare ogni riferimento al diritto dell'amministrazione ad effettuare le suddette ritenute di legge, può conseguentemente ritenersi che dall'entrata in vigore del regolamento sia preclusa alle amministrazioni appaltanti la possibilità di operare, in sede di pagamento degli acconti in corso d'opera, la ritenuta di garanzia del 5% sul credito dell'appaltatore.

Alla luce della nuova normativa, resta tuttora in vigore la sola ritenuta dello 0,50% che le amministrazioni appaltanti sono autorizzate ad effettuare - ai sensi dell'art 7 del nuovo Capitolato Generale d'appalto - a garanzia dell'osservanza da parte dell'appaltatore delle norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, sicurezza, salute, assicurazione e assistenza dei lavoratori.

La suddetta ritenuta viene svincolata, previa liberatoria degli Enti previdenziali interessati, solo con la rata di saldo, corrisposta a fronte del prezzo pattuito per l'opera realizzata sulla base delle risultanze del conto finale.

Ciò premesso, resta ancora da chiarire l'aspetto relativo alla individuazione della disciplina applicabile ai contratti stipulati prima della vigenza dell'attuale regolamento, ponendo come discrimine la data di entrata in vigore della recentissima legge n.166/02 che, modificando l'art.30,

comma 2, della legge n.109/94, ha sancito il nuovo regime della garanzia fideiussoria definitiva.

Infatti, prima del 18 agosto 2002, poteva risultare sufficiente il richiamo all'art. 232 del DPR 554/99 il quale, nel dettare una normativa transitoria intesa a definire l'operatività nel tempo delle specifiche prescrizioni del regolamento, precisava che " *le disposizioni riguardanti il modo ed il contenuto delle obbligazioni derivanti da contratto si applicano ai contratti stipulati successivamente alla loro entrata in vigore* ".

Anche questa Autorità, con la determinazione n.54/2000, aveva conseguentemente chiarito che " *con riferimento all'esecuzione del contratto d'appalto e, in particolare, al contenuto ed alle modalità delle reciproche obbligazioni che ne derivano, il regolamento ha fatto applicazione del principio generale tempus regit actum, disponendo che gli stessi si ricollegano alla legge vigente al momento della stipulazione* ."

Ne derivava che, solo per i contratti stipulati anteriormente al 28 luglio 2000 - e quindi prima dell'espressa abrogazione delle precedenti disposizioni normative - poteva ritenersi legittima la possibilità di continuare ad operare le ritenute del 5%, nonché il conseguente svincolo delle stesse all'atto della presentazione di apposita polizza fideiussoria.

Tuttavia, con l'entrata in vigore delle richiamate modifiche introdotte dalla legge n.166/02, l'esplicita indicazione - nella versione attuale dell'art.30 comma 2 - che " *le disposizioni di cui ai precedenti periodi si applicano anche ai contratti in corso* ", porta a ritenere preclusa la possibilità di continuare ad operare le suddette ritenute del 5% sugli acconti corrisposti in corso d'opera.

Dalle considerazioni svolte segue che,

1. l'art.30, comma 2, della legge n.109/94, abrogando espressamente ogni altra forma di garanzia e cauzione in essa non contemplata, ha previsto a carico dell'appaltatore la prestazione, in favore dell'amministrazione, di una garanzia fideiussoria (resa da un istituto bancario o da una compagnia assicurativa autorizzata) pari al 10% dell'importo netto dell'appalto, a garanzia di ogni obbligazione nascente dal contratto.
2. le modificazioni introdotte dalla legge n.166/02 al suddetto art.30, comma 2, hanno ribadito l'efficacia di tale garanzia omnicomprensiva, limitandosi a disciplinarne l'entità percentuale in relazione al ribasso offerto in sede di gara, nonché le modalità di svincolo parziale in corso d'opera.
3. alla luce dell'attuale normativa, resta in vigore la sola e distinta ritenuta dello 0,50%, di cui all'art.7 del nuovo capitolato generale d'appalto (D.M. 145/00), a garanzia dell'osservanza delle norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e regolamenti sulla tutela, sicurezza, salute, assicurazione e assistenza dei lavoratori.
4. per i contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del regolamento resta preclusa alle amministrazioni appaltanti la possibilità di operare in sede di pagamento degli acconti in corso d'opera la ritenuta di garanzia del 5% sul credito dell'appaltatore.
5. stante l'applicabilità ai contratti in corso delle intervenute modifiche in materia di cauzione definitiva di cui alla legge n.166/02, anche nel caso in cui il contratto d'appalto sia stato stipulato anteriormente all'entrata in vigore della nuova normativa (D.P.R. n.554/99), le ritenute di garanzia del 5%, se operate, dovranno essere svincolate nei modi di legge, senza attendere il riconoscimento della regolare esecuzione dell'opera