

Determinazione n. 7 del 11/09/2007

Cauzione definitiva - Interpretazione dell'art. 40, comma 7, del d.lgs. n. 163/06 in ordine alla riduzione del 50% per le imprese in possesso di certificazione di qualità

Considerato in fatto

E' stata di recente posta all'attenzione di questa Autorità una questione interpretativa concernente la cauzione definitiva che l'esecutore del contratto di appalto è tenuto a costituire a garanzia dell'adempimento delle prestazioni in esso dedotte.

Il quesito è stato posto da una società che opera nel campo dei servizi con riferimento alla portata normativa dell'art. 40, comma 7, del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, in relazione all'estensione del beneficio inerente alla dimidiazione della cauzione (originariamente previsto per gli appalti di lavori pubblici) anche agli appalti di servizi e forniture.

Nella fattispecie, la società, specializzata nel settore pulizie di ambienti di lavoro e in possesso delle certificazioni di qualità di cui al comma 7 dell'art. 40 del D.lgs. 163/2006, ha posto la questione all'atto della stipula di alcuni contratti di appalto aggiudicati da Prefetture dislocate in diverse aree del territorio nazionale che, in sede di quantificazione del corrispettivo relativo alla cauzione definitiva, hanno richiesto il versamento del relativo importo in misura integrale, escludendo l'applicabilità del beneficio previsto dall'art. 40 cit. agli appalti di servizi e forniture.

Nella segnalazione si contestava, pertanto, l'operato delle amministrazioni appaltanti, ritenuto sproporzionato e trasgressivo dei principi comunitari e nazionali nell'ottica dell'unitarietà della disciplina da applicare.

Altro punto di disaccordo era quello relativo al computo dell'importo ai fini della stipula della polizza fideiussoria, che è calcolata dalle dette Prefetture sulla base dell'importo contrattuale comprensivo di IVA, a differenza di quanto previsto dall'art. 113 del D.lgs. n. 163/2006, che ne prevede il calcolo unicamente sulla base dell'importo contrattuale.

Il quesito, pur essendo posto per un caso specifico, presenta aspetti interpretativi di carattere più generale che riguardano la possibile applicazione della riduzione delle garanzie di esecuzione previste dall'art. 40, comma 7, nell'ambito degli appalti di servizi e forniture.

L'esigenza di un intervento interpretativo da parte dell'Autorità emerge anche da una recente interpellanza parlamentare in cui si contestano le modalità di determinazione della cauzione definitiva previste dall'art. 113, comma 1, del D.lgs. n. 163/2006, ritenute inadeguate per gli appalti di servizi e forniture, e al tempo stesso si evidenzia l'esigenza di fare chiarezza sull'applicabilità della riduzione del cinquanta per cento del deposito cauzionale anche agli appalti di servizi e forniture.

Stante il rilievo della questione ed al fine di dirimere l'illustrato contrasto interpretativo, l'Autorità ritiene necessario emanare il presente atto a carattere generale.

Ritenuto in diritto

Con il D.lgs. n. 163/2006 le garanzie di esecuzione e le coperture assicurative, originariamente previste dall'art. 30, commi 2, 2-bis e 2-ter, della legge 109/94 per i lavori pubblici, sono state estese anche a servizi e forniture.

Infatti, l'art. 113 del citato D.lgs. n. 163/2006, relativo ai settori ordinari, obbliga l'esecutore del contratto a "costituire una garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale. In caso di aggiudicazione con ribasso d'asta superiore al 10 per cento, la garanzia fideiussoria è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10 per cento; ove il ribasso sia superiore al 20 per cento, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20 per cento".

Non si rileva nel Codice un obbligo dell'esecutore a costituire una garanzia fideiussoria

nel caso di contratti pubblici nei settori speciali.

Il dato normativo di riferimento in tema di cauzioni va rinvenuto nelle disposizioni di cui agli artt. 40, 75 e 113 del D.lgs. n. 163/2006.

L'art. 40 (qualificazione per eseguire lavori pubblici) prevede al comma 7 che le imprese alle quali sia stata rilasciata da organismi accreditati -ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000- la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema usufruiscono del beneficio che la cauzione e la garanzia fideiussoria, previste rispettivamente dall'articolo 75 e dall'articolo 113, comma 1, sono ridotte del 50 per cento.

L'art. 113 disciplina le garanzie da assicurare per l'esecuzione del contratto (garanzia definitiva), mentre l'art. 75, comma 1, prevede l'obbligo di corredare l'offerta di ogni concorrente, che intenda partecipare a gare di lavori, servizi e forniture, di una garanzia pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o fideiussione (garanzia provvisoria).

Il successivo comma 7 dell'art. 75 dispone, senza alcuna distinzione della tipologia del contratto (se di lavori, servizi o forniture), che l'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, sia ridotto del 50% per gli operatori economici che, come nel caso dell'art. 40, comma 7, dispongano della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee.

La riduzione dell'importo prevista per le imprese in possesso della certificazione di qualità è quindi espressamente consentita nel caso delle garanzie a corredo dell'offerta, mentre la questione interpretativa si pone per i servizi e le forniture nella fase di esecuzione del contratto. Infatti la disposizione che prevede tale riduzione non è inserita organicamente nel medesimo articolo che tratta delle garanzie per l'esecuzione (art. 113), come invece avviene nel caso dell'offerta (art. 75), ma è riportata nell'art. 40 - "Qualificazione per eseguire lavori pubblici".

Nonostante il citato art. 40 tratti prevalentemente l'aspetto relativo alla qualificazione, deve rilevarsi in primo luogo il richiamo in parentesi agli artt. 47-49 della direttiva 2004/18/CE, che si riferiscono non solo ai lavori, ma anche a servizi e forniture. Inoltre, il comma 7 dell'art. 40 cit. non è circoscritto al settore dei lavori pubblici e nel contempo richiama gli artt. 75 e 113, che sono applicabili ai contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Sarebbe, peraltro, contraddittoria la disposizione che amplia l'applicazione dell'istituto delle garanzie previste dalla legge n. 109/94 e dal relativo regolamento di attuazione D.P.R. n. 554/99 per i lavori anche a servizi e forniture e, nel contempo, non consente la riduzione del 50% unicamente per questi ultimi, che precedentemente all'entrata in vigore del D.lgs. n. 163/06 godevano di obblighi meno restrittivi rispetto ai lavori.

Sul piano logico-giuridico, infatti, l'interpretazione restrittiva dell'art. 40, comma 7, del D.lgs. n. 163/2006, cui seguirebbe l'impossibilità per le imprese in possesso della certificazione di qualità di avvalersi della riduzione della cauzione definitiva nelle procedure di appalto di servizi e forniture, non sembra affatto coerente con la nuova impostazione normativa codificata dal D.lgs. n. 163/2006 in termini unitari per le procedure di appalto di lavori, servizi e forniture, come emerge anche dalla formulazione letterale dell'art. 40, comma 7, del Codice dei contratti pubblici, che non circoscrive il beneficio in questione agli appalti di lavori.

Del resto, laddove il legislatore ha inteso riservare un regime giuridico differenziato per i lavori lo ha fatto espressamente, e la conferma di ciò è rinvenibile nell'art. 129 del Codice, che detta ulteriori previsioni in tema di garanzie e coperture assicurative specifiche per i lavori.

Relativamente all'ulteriore aspetto, riguardante la necessità o meno di considerare anche l'IVA nell'importo a base del calcolo della cauzione, si rileva che l'art. 113, comma 1, del D.lgs. n. 163/2006 dispone che la garanzia fideiussoria è costituita sulla base "del 10 per cento dell'importo contrattuale"; ne consegue che l'IVA, imposta accessoria, peraltro variabile, non va inserita in quanto non è parte dell'importo contrattuale.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene che:

- la riduzione del deposito cauzionale in misura del cinquanta per cento per le imprese in possesso della certificazione di qualità è applicabile non solo agli appalti di lavori pubblici ma anche a quelli di servizi e forniture;
- la garanzia fideiussoria definitiva, da prestare per l'esecuzione del contratto, è costituita, ai sensi dell'art. 113 del D.lgs. n. 163/2006, sulla base "del 10 per cento dell'importo contrattuale", con la conseguenza che l'IVA, imposta accessoria, peraltro variabile, non va inserita.

Il Consigliere Relatore: Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 11 Settembre 2007

Il Segretario