



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Parere n.16 del 25/2/2015

PREC 135/14/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d. lgs. n. 163/2006 presentata dall'ANCE Catania – “*Realizzazione di un immobile da adibire a casa dello studente nell'ambito del Policlinico universitario*” – Importo a base di gara euro 4.036.822,54 euro – S.A.: Università degli Studi di Messina

Clausole del capitolato speciale d'appalto relative alla cauzione definitiva e alle anticipazioni dell'appaltatore – presunta illegittimità delle clausole – non sussiste se interpretate sistematicamente secondo il quadro normativo di riferimento e se volte al perseguimento dell'interesse pubblico

Le clausole del capitolato speciale di appalto che disciplinano la cauzione definitiva e le anticipazioni dell'appaltatore per essere conformi all'ordinamento necessitano di un'interpretazione sistematica che tenga conto del quadro normativo di riferimento e degli interessi giuridici sottesi alle scelte normative in materia di contratti pubblici.

Articolo 2, d.lgs. n. 163/2006

Articolo 113, d.lgs. n. 163/2006 – articoli 123 e 235, d.p.r. n. 207/2010

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 7 maggio 2014 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe con la quale l'ANCE Catania, in relazione alla procedura di gara indetta dall'Università degli Studi di Messina per la “*Realizzazione di un immobile da adibire a casa dello studente nell'ambito del Policlinico universitario*”, ha contestato la legittimità delle clausole del capitolato speciale d'appalto relative alla disciplina della cauzione definitiva e delle anticipazioni dell'appaltatore, nonché ha lamentato la presenza nella documentazione di gara di riferimenti a disposizioni normative non più vigenti.

In particolare, le contestazioni riguardano le clausole dell'articolo 9 del capitolato speciale, nella parte in cui è previsto che la cauzione definitiva garantisce “*l'adempimento di tutte le obbligazioni nascenti dal contratto, del risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento delle obbligazioni stesse, del rimborso di somme eventualmente corrisposte in più dall'Amministrazione appaltante, nonché della tacitazione di crediti esposti da terzi verso*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

l'Appaltatore, salva, in tutti i casi, ogni altra azione ove la cauzione non risultasse sufficiente” e nella parte in cui è sancito che la cauzione potrà restare “in tutto o in parte vincolata a garanzia dei diritti dei creditori per i titoli di cui all'articolo 360 delle legge 20 marzo 1865 n. 2248, allegato F, ogni qualvolta la rata di saldo dovuta all'appaltatore non sarà ritenuta sufficiente allo scopo e fino a quando lo stesso non avrà dimostrato di avere esaurito ogni obbligo e tacitato ogni credito. Si richiamano, sull'argomento l'articolo 30 della Legge Quadro e l'articolo 123 del Regolamento n. 207/2010”, nella misura in cui, secondo l'istante, determinerebbero un'estensione della garanzia cui è deputata la cauzione definitiva, nonché una violazione della relativa disciplina in materia di svincolo progressivo. Allo stesso modo, l'associazione ritiene illegittima, in quanto priva di fondamento giuridico, la clausola del capitolato speciale, all'articolo 15, nella parte in cui è previsto che “l'amministrazione può valersi di chiedere all'appaltatore l'anticipazione per il pagamento di lavori o provviste relative all'opera appaltata, ma non compresi nell'appalto. In tal caso, sulle somme anticipate spetterà all'appaltatore l'interesse del 5% annuo”.

L'associazione istante e l'Università sono state formalmente avvisate dell'istruttoria con nota di questa Autorità del 4 giugno 2014 ed hanno partecipato al procedimento, ribadendo la fondatezza delle proprie posizioni.

Più specificamente, mentre l'ANCE ha confermato la propria posizione in merito alle contestazioni avanzate, l'Università ha rappresentato la legittimità delle scelte effettuate: infatti, nella memoria difensiva si rappresenta che la disciplina della cauzione riporta il contenuto della vigente normativa e che il regime delle anticipazioni dell'appaltatore costituisce una prassi in uso in diverse amministrazioni, mentre, con riferimento all'eventuale richiamo a disposizioni abrogate, si rileva che esso debba considerarsi influente, in quanto da intendersi implicitamente prescritto il riferimento alle successive modificazioni ed integrazioni. A supporto delle proprie ragioni e dell'insussistenza di motivi di interesse pubblico per adottare provvedimenti di autotutela, inoltre, l'Università evidenzia che alla gara hanno partecipato 212 imprese, il che dimostrerebbe che le clausole del capitolato non hanno costituito di per sé una limitazione alla partecipazione, né che in generale la legge di gara abbia in qualche modo indotto in errore o impedito la partecipazione degli operatori economici interessati.

Ritenuto in diritto

La questione giuridica sottoposta all'attenzione dell'Autorità presuppone la valutazione della legittimità delle contestate clausole del capitolato speciale d'appalto in considerazione del quadro normativo di riferimento.

Per quanto concerne la clausola inerente la cauzione definitiva, la disciplina codicistica e regolamentare può essere così riassunta.

Ai sensi dell'articolo 113 del d.lgs. n. 163/2006, l'esecutore del contratto, pena la decadenza dall'affidamento, è tenuto a costituire una garanzia fideiussoria pari, di regola, al dieci per cento



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

dell'importo contrattuale. Tale garanzia, con le caratteristiche di cui agli articoli 75 e 113, è progressivamente, ed automaticamente, svincolata a misura dell'avanzamento dell'esecuzione nel limite massimo dell'ottanta per cento dell'iniziale importo garantito. L'ammontare residuo, che ai sensi dell'articolo 123 del d.p.r. n. 207/2010 deve permanere fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque fino a dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori, è svincolato secondo la normativa vigente. È altresì sancita la nullità di tutte le eventuali pattuizioni contrarie o in deroga.

Tale garanzia copre gli oneri per il mancato o inesatto adempimento e cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo o di regolare esecuzione. Il menzionato articolo 123 precisa, al riguardo, che la cauzione è prestata a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché a garanzia del rimborso delle somme pagate in più all'esecutore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno. Inoltre, è previsto che le stazioni appaltanti hanno il diritto di valersi della cauzione per l'eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei lavori nel caso di risoluzione del contratto disposta in danno dell'esecutore, nonché per provvedere al pagamento di quanto dovuto dall'esecutore per le inadempienze derivanti dalla inosservanza di norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, protezione, assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori comunque presenti in cantiere. Per il perseguimento di tali finalità, la stazione appaltante può richiedere all'esecutore la reintegrazione della cauzione ove questa sia venuta meno in tutto o in parte; in caso di inottemperanza, la reintegrazione si effettua a valere sui ratei di prezzo da corrispondere all'esecutore.

Nel Regolamento è altresì previsto che, all'atto della redazione del certificato di ultimazione dei lavori sia pubblicato un avviso, secondo le modalità di cui all'articolo 218, per coloro che vantano crediti verso l'esecutore per indebite occupazioni di aree o stabili e danni arrecati nell'esecuzione dei lavori, a presentare entro un termine non superiore a sessanta giorni le ragioni dei loro crediti e la relativa documentazione.

Il successivo articolo 235 dà invece indicazioni sullo svincolo finale della cauzione definitiva, laddove prescrive che, alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, si procede, con le cautele prescritte dalle leggi in vigore e sotto le riserve previste dall'articolo 1669 c.c., allo svincolo della cauzione definitiva, sancendo altresì che l'amministrazione procede poi, previa garanzia fideiussoria, al pagamento della rata di saldo non oltre il novantesimo giorno dall'emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione.

Da tale ricostruzione normativa appare evidente il quadro giuridico che il legislatore ha voluto costruire intorno all'istituto della cauzione definitiva, bilanciando, da un lato, l'interesse dell'amministrazione ad avere un fondo a garanzia della corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali, nonché a copertura di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

eventuali danni o di crediti connessi a tali prestazioni e, dall'altro, l'interesse del contraente privato a vedere progressivamente svincolato l'importo della cauzione depositata.

Ne deriva che le clausole della legge di gara non possano prescindere da tale quadro giuridico di riferimento, né dalla specifica tutela degli interessi coinvolti, anche in considerazione del fatto che lo stesso legislatore, all'articolo 113, comma 3, proprio a garanzia di tale assetto normativo, ha sancito la nullità di eventuali clausole contrarie o in deroga al sistema di svincolo progressivo come ricostruito.

Ed è sempre in tale ottica che gli eventuali crediti che la cauzione può coprire sono esclusivamente quelli indicati dalla norma, nei limiti previsti e comunque connessi alle prestazioni contrattuali, anche da parte di soggetti terzi, da intendersi quindi necessariamente come terzi "qualificati". Ciò anche al fine di assicurare una più chiara definizione, da parte dei soggetti garanti deputati a rilasciare le cauzioni, del rischio connesso a tale garanzia.

Conseguentemente, nel caso di specie, le clausole del capitolato speciale in questione, per essere conformi all'ordinamento e non generare ambiguità interpretative, necessitano di una lettura sistematica che sia orientata ad una loro applicazione conforme all'assetto normativo che sottende all'istituto della cauzione e dei relativi interessi in gioco.

Per quanto concerne poi la clausola che prevede la possibilità per l'amministrazione di chiedere all'appaltatore un'anticipazione per il pagamento di lavori o provviste relative all'opera appaltata, ma non compresi nell'appalto, riconoscendo all'impresa un interesse del 5% annuo, può rilevarsi che, per definizione, l'attività contrattuale della pubblica amministrazione è teleologicamente orientata al perseguimento dell'interesse pubblico e si caratterizza, da un lato, per una fase procedimentalizzata, disciplinata dalle norme di diritto pubblico, tesa alla formazione della volontà contrattuale ed, in particolare, alla selezione del contraente migliore e, dall'altro, per una fase, prettamente contrattuale, volta all'esecuzione del contratto, che è retta dalle ordinarie disposizioni di diritto comune, fatti salvi gli interventi normativi di natura pubblicistica volti a tutelare il perseguimento dell'interesse pubblico cui essa è deputata.

Proprio in ragione di ciò e fermo restando il rispetto dei principi generali in materia di contratti pubblici, non possono considerarsi di per sé illegittime quelle scelte dell'amministrazione che, in espressione della discrezionalità ad essa comunque riconosciuta, possano essere comunque volte alla soddisfazione dell'interesse pubblico perseguito.

Nel caso di specie, la clausola in questione, nel riconoscere la possibilità che l'amministrazione si rivolga al privato per anticipare il pagamento di lavori o provviste, relative all'opera appaltata, ma non compresi nell'appalto, riconoscendo all'impresa un interesse annuo, prevede una sorta di finanziamento da parte del privato nei confronti dell'amministrazione, con corresponsione di un interesse annuo sulle somme anticipate. Potrebbe, pertanto, trattarsi di una clausola volta al soddisfacimento dell'interesse pubblico



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

alla realizzazione dell'opera nei tempi previsti e quindi di per sé potrebbe non essere illegittima, ferma restando l'esigenza di verificare, nell'ambito della documentazione contrattuale, la definizione delle condizioni negoziali derivanti dall'esercizio di tale possibilità da parte dell'amministrazione.

Infine, per quanto concerne le contestazioni relative alla presenza nella *lex specialis* di richiami normativi a disposizioni abrogate, per quanto tale circostanza sia da evitare, si ritiene che essa non possa tuttavia costituire ragione sufficiente a ritenere non conforme all'ordinamento una disciplina di gara, ma che debba comunque essere oggetto di opportuni chiarimenti che l'amministrazione è tenuta a mettere a disposizione dei concorrenti, secondo le ordinarie forme di pubblicità, onde scongiurare il rischio di possibili ambiguità interpretative.

In base a quanto rappresentato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le clausole del capitolato speciale di appalto oggetto di contestazione necessitano di un'interpretazione sistematica conforme al quadro normativo di riferimento ed ai principi che regolano la contrattualistica pubblica.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 3 marzo 2015

Il Segretario Maria Esposito