

L'importo della cauzione provvisoria deve tener conto anche degli oneri della sicurezza ancorché non soggetti a ribasso d'asta

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Ritenuto che la censura unica riguarda l'ammontare della cauzione provvisoria del 2% sul prezzo dell'appalto posto a base d'asta calcolata dall'aggiudicatario al netto del costo degli oneri di sicurezza considerata corretta dalla P.A. resistente;

Considerato che laddove l'art. 75 co. 1 D. Lgs. 163/06 stabilisce che la garanzia da corredare all'offerta deve essere pari al 2% del prezzo a base d'asta intende comprendere nel "prezzo a base d'asta" anche il costo degli oneri della sicurezza, poiché questi sono parte naturale del prezzo complessivo gravante sulla stazione appaltante al pari di tutte le somme da corrispondersi all'appaltatore e che la consueta indicazione a parte ha il mero fine di evitare che anche detto costo sia coinvolto nel ribasso da offrire;

Ritenuto che in ogni caso non può essere maturato un affidamento nel controinteressato aggiudicatario, poiché il calcolo è stato operato dall'Controinteressata sulla base dell'opinione di un funzionario dell'Azienda e non da una presa di posizione ufficiale della stessa Azienda;

Visto perciò che il ricorso è meritevole di accoglimento e che le spese di giudizio possono essere compensate, data la passata incertezza sul punto in giurisprudenza;

Si legga anche

L'importo della cauzione provvisoria deve tener conto anche degli oneri della sicurezza

La cauzione provvisoria il cui importo non tenga conto anche degli oneri della sicurezza, non può essere successivamente incrementata: un siffatto rimedio, in presenza di comminatoria espressa di esclusione dalla gara, non può che violare il principio della par condicio, la cui tutela non è nella disponibilità della stazione appaltante, una volta autolimitatasi, con la fissazione di una regola espressamente inderogabile per la generalità dei concorrenti

I Consiglio di Stato con la decisione numero 6632 del 28 novembre 2005 in tema di importo complessivo dei lavori ai quali aggiungere anche gli oneri per la sicurezza , ancorché non soggetti a ribasso d'asta, ci insegna che:

<non può esservi dubbio che l'offerta non può, per definizione, essere comprensiva degli oneri di sicurezza che non costituiscono un elemento di confronto e di scelta del contraente, ma soltanto un elemento economico dell'appalto, definito dall'Amministrazione sulla base di un piano di sicurezza e coordinamento redatto dalla stessa committente, destinato ad essere rimborsato senza ribasso ed a seguire un regime proprio in occasione dell'erogazione dei pagamenti.

Ne consegue, che allorché il bando e la lettera d'invito indicano l'importo "complessivo" a base d'asta, in una determinata cifra, non vi è dubbio che la stessa non è comprensiva degli oneri di sicurezza, in quanto l'indicazione è propriamente rivolta ad indicare il parametro cui deve riferirsi l'offerta economica.

Cosicché nessuna perplessità può essere giustificata dall'adozione dell'espressione "complessivo", nella indicazione del suddetto importo a base d'asta.

L'equivoco neppure potrebbe essere giustificato da una condizione soggettiva di ignoranza sulla natura

degli “oneri di sicurezza” e sulla loro distinzione rispetto all’«importo dei lavori» ai quali deve essere commisurata l’offerta, in quanto il grado di diligenza che si richiede all’imprenditore che intende partecipare ad una pubblica gara, esige un minimo di conoscenza di elementi e terminologie tecnico-giuridiche, in relazione alla specificità del settore imprenditoriale, e, certamente, delle norme che governano determinati istituti (nel caso il D.Lgs. 14 agosto 1996 n. 494, di attuazione della direttiva 92/57/CEE concernente le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili. come modificato del D.Lgs. 19 novembre 1999; gli artt. 7, comma 7, e 31, comma 2, della legge quadro n. 109 del 1994 che espressamente esigono che gli oneri di sicurezza vadano tenuti distinti dall’importo dei lavori a base di gara e non sono soggetti a ribasso; e, da ultimo, l’art. 5, comma q, lett. a) del D.M. 19 aprile 2000 n. 145, che ribadisce che le spese relative al rispetto del piano di sicurezza nei cantieri non sono a carico dell’appaltatore e non sono soggette a ribasso).>

L’importo della cauzione provvisoria deve tener conto anche degli oneri della sicurezza? qualora le norme di gara non siano chiare, è possibile accettare una regolarizzazione postuma?

Si rileva come con deliberazione n. 213 del 22 maggio 2001 l’Autorità ha espresso l’avviso che il calcolo del 2 per cento relativo alla cauzione provvisoria di cui all’articolo 30, comma 1 della legge 109/1994 e s.m. deve essere effettuato sull’importo complessivo dei lavori posto a base d’appalto, ivi compreso l’importo relativo agli oneri di sicurezza. Si deve parimenti tener conto, come l’Autorità ha avuto modo più volte di rilevare, l’importanza che i costi della sicurezza rivestono nell’ambito di un appalto e del successivo contratto. Il legislatore, infatti, con la separazione formale e con la evidenziazione dei costi della sicurezza sin dal bando di gara, ha inteso garantire una sicurezza “effettiva” evitando la prassi di raggiungere la remuneratività dell’appalto attraverso gli sconti sulla sicurezza. Se la formulazione dell’articolo 30, comma 1 della legge 109/1994 poteva dare adito a incertezze interpretative, come rilevato da questa Autorità nella deliberazione n. 45/2007, il tenore letterale dell’articolo 75, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006 non lascia adito a dubbi, laddove recita “l’offerta è corredata da una garanzia, pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando”. Nel caso di specie, tuttavia, deve rilevarsi come la documentazione di gara non sia chiara, laddove all’art. 4.1.5 del disciplinare per la definizione dell’importo della cauzione rinvia all’allegato 1. Detto allegato presenta una tabella nella quale gli oneri di sicurezza sono scorporati dal valore totale del lotto. Tale tabella, così strutturata, può dare adito a dubbi su come effettuare il calcolo del due per cento della cauzione, non essendo chiaro se lo stesso debba

riferirsi all'importo totale del lotto, ovvero all'importo totale decurtato degli oneri di sicurezza. Pertanto, a fronte di un contenuto equivoco o ambiguo della documentazione di gara, è principio costante nella giurisprudenza quello per cui, tra più interpretazioni del bando di gara è da preferire quella che conduce alla partecipazione del maggior numero possibile di aspiranti, al fine di consentire, nell'interesse pubblico, una selezione più accurata tra un ventaglio più ampio di offerte

Richiesta di proroga di una polizza fideiussoria a causa del protrarsi delle operazioni di gara_errore della Compagnia di Assicurazioni_importo a garanzia calcolato senza tener conto degli oneri della sicurezza_ però premio uguale ad originaria e corretta polizza_legittimità l'ammissibilità della cauzione_si tratta di un mero errore materiale

Attesa l'identità del premio riscosso sia per la polizza originaria, sia per la sua proroga, è palese che l'indicazione ridotta del costo complessivo dell'opera e della somma garantita costituisce una mera svista dell'Agenzia di Assicurazioni, dovendo darsi rilevanza, ai fini dell'effettiva quantificazione della garanzia, all'importo del premio riscosso dalla *****à assicuratrice. In base al premio pagato, la garanzia prestata con la seconda polizza è identica a quella resa in occasione dell'emissione della polizza originaria_viene quindi conferma l'aggiudicazione provvisoria

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 660 del 18 aprile 2008 emessa dal Tar Sicilia, Catania

Rilevato che:

Con la III^ censura l'Impresa ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 30 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, in relazione alle prescrizioni del bando e del disciplinare, in quanto la BETA Costruzioni S.r.l. avrebbe prodotto la polizza fideiussoria n. 064019306, rilasciata dalla ZETA il 6 dicembre 2007, che garantirebbe la P.A. in misura inferiore al 2% prescritto dalla legge per la cauzione

provvisoria.

Osserva il Collegio che la polizza in questione costituisce una proroga della polizza originaria, redatta il 30 marzo 2007, rilasciata dall'Agenzia RAS di Favara.

Nella polizza originaria, il costo complessivo dell'opera è indicato in Euro 355.676,64 (ivi compresi Euro 19.653,50 relativi agli oneri per la sicurezza), la somma garantita risulta essere di Euro 7.200,00 e l'importo del premio è quantificato in Euro 52,00 (di cui Euro 5,78 per imposte).

Nella polizza redatta il 6 dicembre 2007 dall'Agenzia ZETA (che nel frattempo aveva assorbito la RAS), il costo complessivo dell'opera è indicato in Euro 336.113,14 (sono stati dedotti Euro 19.653,50 relativi agli oneri per la sicurezza), la somma garantita risulta essere di Euro 6.900,00, mentre l'importo del premio è quantificato sempre in Euro 52,00 (di cui Euro 5,78 per imposte).

Attesa l'identità del premio riscosso sia per la polizza originaria, sia per la sua proroga, è palese che l'indicazione ridotta del costo complessivo dell'opera e della somma garantita costituisce una mera svista dell'Agenzia ZETA, dovendo darsi rilevanza, ai fini dell'effettiva quantificazione della garanzia, all'importo del premio riscosso dalla *****à assicuratrice.

In base al premio pagato, la garanzia prestata con la seconda polizza è identica a quella resa in occasione dell'emissione della polizza originaria.

Tale circostanza risulta confermata, in punto di fatto, da un'appendice alla seconda polizza, rilasciata dall'Agenzia ZETA il 21 febbraio 2008.

In ogni caso, la BETA Costruzioni S.r.l., essendo munita di certificazione di qualità ex art. 2, comma 1, lettera q) della L. n. 34/2000 (depositata in giudizio in copia dalla stessa Impresa ricorrente), ben poteva partecipare alla gara con una cauzione provvisoria ridotta del 50%, in applicazione dell'art. 8, comma 11 quater, lettera a) della L. 11 febbraio 1994, n. 109, nel testo vigente in Sicilia.

Pertanto anche il motivo di gravame in esame dev'essere rigettato

L'importo della cauzione provvisoria deve tener conto anche degli oneri per la sicurezza i quali, ancorché non soggetti a ribasso d'asta, rappresentano un costo che si aggiunge al prezzo dell'appalto, sicché il 2% dell'importo in garanzia va calcolato sul costo complessivo dell'appalto

In tema di diversa funzione della cauzione provvisoria rispetto a quella definitiva, merita di segnalare quanto sancito dal Tar Campania, Salerno, con la sentenza numero 724 del 4 giugno 2007:

La materia delle garanzie e delle coperture assicurative trova la sua base normativa nella legge quadro per i lavori pubblici 11 febbraio 1994 n. 109 e in particolare nell'art. 30.

L'interpretazione di questa norma è pervenuta da tempo a conclusioni stabili che mettono in evidenza la diversa funzione della garanzia provvisoria da quella della garanzia definitiva nella tecnica delle gare d'appalto.

La garanzia provvisoria, da presentare insieme all'offerta per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici (art. 30, comma 1) copre il rischio della mancata aggiudicazione dei lavori per fatto dell'aggiudicatario ed è restituita entro trenta giorni dall'aggiudicazione.

Essa quindi svolge una funzione dissuasiva, volta garantire, fin dalla partecipazione alla gara, la piena affidabilità tecnica e finanziaria dell'offerta.

La garanzia fideiussoria definitiva, prevista dal comma 2 dell'art. 30, inversamente proporzionata ai ribassi d'asta, ha la funzione di garantire comunque gli eventuali oneri a carico della stazione appaltante per un inesatto o parziale adempimento degli obblighi contrattuali assunti con l'aggiudicazione definitiva : essa cessa di operare solo con il collaudo certificato dell'opera. In questo meccanismo funzionale, nel momento in cui si presenta la domanda di partecipazione alla gara, accanto alla garanzia provvisoria deve esservi, opportunamente documentato, l'impegno preventivo e formale di un soggetto abilitato a sottoscrivere la garanzia fideiussoria definitiva in caso di aggiudicazione>

a cura di *****

riportiamo qui di seguito la sentenza numero 10376 del 12 novembre 2010 pronunciata dal Tar Liguria, Genova

N. 10376/2010 REG.SEN.

N. 00913/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 913 del 2010, proposto da:

Ricorrente Spa, rappresentata e difesa dall'avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Genova, via Maragliano, 6/8;

contro

Asp ***** - Azienda pubblica di servizi alla persona, rappresentata e difesa dagli avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

nei confronti di

Controinteressata Consorzio Stabile Soc. Cons. a r.l, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Genova, via Assarotti 12/2a;

per l'annullamento

del D.D. n.101 del 13/09/2010, comunicato con nota 17/09/200, pervenuto a RICORRENTE il 18/09/2010, di comunicazione dell'esito della gara per l'esecuzione di ristrutturazione dell'ala nord-ovest dell'ex "Istituto Doria";

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asp ***** - Azienda pubblica di servizi alla persona e di Controinteressata Consorzio Stabile Soc. Cons. A Rl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2010 il dott. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto che la censura unica riguarda l'ammontare della cauzione provvisoria del 2% sul prezzo dell'appalto posto a base d'asta calcolata dall'aggiudicatario al netto del costo degli oneri di sicurezza considerata corretta dalla P.A. resistente;

Considerato che laddove l'art. 75 co. 1 D. Lgs. 163/06 stabilisce che la garanzia da corredare all'offerta deve essere pari al 2% del prezzo a base d'asta intende comprendere nel "prezzo a base d'asta" anche il costo degli oneri della sicurezza, poiché questi sono parte naturale del prezzo complessivo gravante sulla stazione appaltante al pari di tutte le somme da corrisondersi all'appaltatore e che la consueta indicazione a parte ha il mero fine di evitare che anche detto costo sia coinvolto nel ribasso da offrire;

Ritenuto che in ogni caso non può essere maturato un affidamento nel controinteressato aggiudicatario, poiché il calcolo è stato operato dall'Controinteressata sulla base dell'opinione di un funzionario dell'Azienda e non da una presa di posizione ufficiale della stessa Azienda;

Visto perciò che il ricorso è meritevole di accoglimento e che le spese di giudizio possono essere compensate, data la passata incertezza sul punto in giurisprudenza;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda)

Il 12/11/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

<https://www.diritto.it/l-importo-della-cauzione-provvisoria-deve-tener-conto-anche-degli-oneri-della-sicurezza-ancorche-non-soggetti-a-ribasso-d-asta/>