

CAPITOLO XII

LA FASE CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1. Le attività prodromiche alla stipula del contratto. - 2. La consegna dei lavori, servizi e forniture. - 3. Il corrispettivo del contratto d'appalto. L'invariabilità del prezzo; il prezzo chiuso e le clausole di adeguamento del prezzo. - 4. I piani di sicurezza. - 5. Il sistema delle garanzie e delle coperture assicurative: cauzione provvisoria e definitiva; altre forme di garanzia.

1. Le attività prodromiche alla stipula del contratto

Espletata la procedura di gara, la Commissione giudicatrice, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ovvero la Commissione di gara o il RUP, in caso di aggiudicazione al prezzo più basso, provvede alla compilazione della graduatoria dei concorrenti e quindi all'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente (*cf.* art. 11, comma 4 e 5, d.lgs. 163/06).

Detta aggiudicazione è soggetta, ai sensi dell'art. 12, comma 1, del Codice, all'approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente; in mancanza, il termine è pari a trenta giorni.

Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti, e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente.

Decorso i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, l'aggiudicazione si intende approvata.

Dalla lettura delle disposizioni richiamate si evince, dunque, che, prima di provvedere all'aggiudicazione definitiva, la stazione appaltante deve, ai sensi del combinato disposto degli artt. 11, comma 5 e 12, comma 1, del d.lgs. n. 163/06, procedere alla verifica della regolarità della procedura, effettuando un controllo sulla legittimità degli atti di gara, anche attraverso la richiesta di chiarimenti o documenti.

A questo punto, l'aggiudicazione provvisoria diviene definitiva e diviene efficace solo a seguito di verifica positiva dei requisiti prescritti dalla *lex specialis* di gara.

Difatti, ai sensi dell'art. 48, comma 2, la stazione appaltante deve inoltrare all'aggiudicatario (ed al concorrente che segue in graduatoria), entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, la richiesta di comprovare (entro dieci giorni dalla richiesta medesima) il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nella legge di gara, presentando la documentazione indicata nel bando o nella lettera di

L'aggiudicazione provvisoria è soggetta all'approvazione dell'organo competente

Prima di procedere all'aggiudicazione definitiva la S.A. deve verificare la regolarità della procedura di gara

L'aggiudicazione definitiva diviene efficace dopo la verifica positiva dei requisiti prescritti dalla *lex specialis* di gara

invito, sempre che gli stessi non siano stati già sorteggiati in sede di verifica a campione di cui all'art. 48, comma 1, del Codice.

Nell'ipotesi in cui l'aggiudicatario non fornisca prova o non confermi le sue dichiarazioni, la stazione appaltante deve revocare l'aggiudicazione provvisoria e procedere alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione.

Andato a buon fine il citato controllo circa il possesso dei requisiti, l'aggiudicazione definitiva diventa efficace.

Al riguardo, il legislatore, tuttavia, non esplicita la necessità di uno specifico provvedimento che dichiari efficace l'aggiudicazione definitiva approvata dalla stazione appaltante, di tal che si ritiene che l'acquisizione dell'efficacia possa avvenire automaticamente all'esito positivo delle prescritte verifiche in capo all'aggiudicatario.

La stazione appaltante è, poi, tenuta, ex art. 79, comma 5, lett. a), a darne comunicazione, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue in graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa alla gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva.

Detta comunicazione, ai sensi del comma 5-bis, dell'art. 79, del Codice, introdotto dal d.lgs. n. 53/10 (di recepimento della c.d. direttiva ricorsi), deve essere effettuata per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante notificazione o mediante posta elettronica certificata ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta. Nel caso di invio a mezzo posta o notificazione, dell'avvenuta spedizione è data contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica, anche non certificata, al numero di fax ovvero all'indirizzo di posta elettronica indicati in sede di candidatura o di offerta. La comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione; l'onere può essere assolto mediante l'invio dei verbali di gara.

La comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e la notizia della spedizione devono essere, rispettivamente, spedita e comunicata nello stesso giorno a tutti i destinatari, salva l'oggettiva impossibilità di rispettare tale contestualità a causa dell'elevato numero di destinatari, della difficoltà di reperimento degli indirizzi, dell'impossibilità di recapito della posta elettronica o del fax a taluno dei destinatari, o altro impedimento oggettivo e comprovato.

Le comunicazioni ex art. 79, comma 4, del Codice

La medesima comunicazione, circa l'aggiudicazione definitiva, deve, altresì, indicare la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto.

Difatti il citato art. 11, al comma 9, stabilisce che “*divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni*”.

Tale disposizione, dunque, prevede esplicitamente che il termine entro cui la stazione appaltante è tenuta a stipulare il contratto decorre dal momento in cui l'aggiudicazione definitiva acquista efficacia, ovvero una volta espletate con buon esito le prescritte verifiche in capo all'aggiudicatario.

Ciò posto, a seguito del recepimento della c.d. direttiva ricorsi (d.lgs. 53/10), il legislatore ha novellato il successivo comma 10 dell'art. 11, stabilendo che il contratto d'appalto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione, ai sensi del citato art. 79 (c.d. stand- still period).

Questa norma è volta a garantire gli interessi dei controinteressati, recependo il principio comunitario che impone, appunto, tale onere di comunicazione al fine di consentire la eventuale proposizione delle necessarie impugnazioni.

Con tale previsione, dunque, viene finalmente coordinato il termine di sospensione della stipulazione, attualmente portato da 30 a 35 giorni, con il termine di proposizione del ricorso giurisdizionale, che viene ridotto da 60 a 30 giorni.

Trattasi di una novità significativa, posto che si propone di superare una volta per tutte l'inconveniente manifestatosi a causa della diversità del termine di *stand-still* (prima di 30 giorni) da quello di 60 giorni prescritto dall'art. 23-bis della legge n. 1034/1971 per proporre ricorso avverso l'aggiudicazione.

Difatti, il concorrente escluso dalla gara poteva proporre ricorso nei 30 giorni successivi alla scadenza del termine di *stand-still*, andando ad incidere potenzialmente su un contratto già stipulato.

Diversamente, con la previsione di un termine di impugnazione di 30 giorni, il contratto viene stipulato soltanto in un momento temporale in cui i concorrenti non possono più agire giudizialmente, venendo a coincidere il termine di *stand-still* con il termine per esperire ricorso giurisdizionale.

A far data, dunque, dall'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ex art. 79 cit., decorre il richiamato termine di trentacinque giorni, di cui all'art. 11, comma 10, del Codice, prima del quale non può essere stipulato il contratto, salvo il ricorrere di determinati presupposti, di seguito elencati, in presenza dei quali non si applica il c.d. *stand- still period*:

a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata

La stipulazione del contratto deve avvenire entro il termine di 60 gg

Attenzione
Il contratto non può comunque essere stipulato prima di 35 gg dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione ex art. 79, comma 5 (c.d. *stand-still period*)

Deroghe allo *stand-still period*

presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;

b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'art. 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 60.

Inoltre, se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'art. 245, comma 2-quater, primo periodo, del Codice, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare (*cf.* art. 11, commi 10-bis e 10-ter).

Pertanto, dall'esame del novellato art. 79, emerge che il condivisibile obiettivo del legislatore di pervenire alla formazione del cd. "contratto pulito", cioè non suscettibile di alcuna impugnazione con gli innegabili vantaggi correlati, costituiti da un lato dalla certezza della stipula, e dall'altro dell'eliminazione dei possibili danni conseguenti a provvedimenti amministrativi che incidano sull'aggiudicazione a contratto già stipulato (annullamento del contratto, subentro di altre imprese, contenzioso conseguente).

Contratto che, stipulato mediante atto pubblico notarile, o mediante forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, o mediante scrittura privata, nonché anche in forma elettronica, è, altresì, sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori.

Stipula del contratto

2. La consegna di lavori, servizi e forniture

L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso sia divenuto efficace (ossia all'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori), salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e nelle condizioni previste dal Regolamento di cui all'art. 5 del d.lgs. 163/06.

Per i lavori: nelle more dell'entrata in vigore del nuovo Regolamento di attuazione si applicano le disposizioni di cui al d.P.R. 554/99

Pertanto, con specifico riferimento ai lavori, nelle more dell'entrata in vigore del Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici, deve farsi riferimento al d.P.R. 554/99, che disciplina in maniera puntuale la fase relativa alla consegna dei lavori.

Difatti, l'art. 129 del citato d.P.R. 554/99, dispone che, dopo l'approvazione del contratto, o, qualora vi siano ragioni di urgenza, subito dopo l'aggiudicazione definitiva, il responsabile del procedimento autorizza il direttore dei lavori alla consegna dei lavori.

Per le amministrazioni statali viene previsto che la consegna dei lavori debba avvenire non oltre 45 giorni dalla data di registrazione alla Corte dei Conti del decreto di approvazione del contratto, e non oltre 45 giorni dalla data di approvazione del contratto quando la registrazione della Corte dei Conti non è richiesta per legge.

Diversamente, per le altre stazioni appaltanti il termine di 45 giorni decorre dalla data di stipula del contratto (per i cottimi fiduciari il termine decorre dalla data dell'accettazione dell'offerta).

A questo punto, il direttore dei lavori comunica all'appaltatore il giorno ed il luogo in cui deve presentarsi per ricevere la consegna dei lavori, munito del personale idoneo nonché delle attrezzature e materiali necessari per eseguire, ove occorra, il tracciamento dei lavori secondo i piani, profili e disegni di progetto (sono a carico dell'appaltatore gli oneri per le spese relative alla consegna, alla verifica ed al completamento del tracciamento che fosse stato già eseguito a cura della stazione appaltante).

Effettuato il tracciamento, sono collocati picchetti, capisaldi, sagome, termini ovunque si riconoscano necessari (l'appaltatore è responsabile della conservazione dei segnali e capisaldi).

La consegna dei lavori deve risultare da verbale redatto in contraddittorio con l'appaltatore; dalla data di tale verbale decorre il termine utile per il compimento dell'opera o dei lavori:

- Qualora l'appaltatore non si presenti nel giorno stabilito, il direttore dei lavori fissa una nuova data. La decorrenza del termine contrattuale resta comunque quella della data della prima convocazione.
- Qualora sia inutilmente trascorso il termine assegnato dal direttore dei lavori, la stazione appaltante ha facoltà di risolvere il contratto e di incamerare la cauzione.

Nel caso di cui, invece, la consegna avvenga in ritardo per fatto o colpa della stazione appaltante, l'appaltatore può chiedere di recedere dal contratto.

Nel caso di accoglimento dell'istanza di recesso l'appaltatore ha diritto al rimborso di tutte le spese contrattuali nonché di quelle effettivamente sostenute e documentate ma in misura non superiore ai limiti indicati dal capitolato generale.

Ove l'istanza dell'impresa non sia accolta e si proceda tardivamente alla consegna, l'appaltatore ha diritto ad un compenso per i maggiori oneri dipendenti dal ritardo, le cui modalità di calcolo sono stabilite dal capitolato generale (comma 8, art. 129, d.P.R. 554/99 cit.).

Spetta al RUP il compito di autorizzare il D.L. alla consegna, non oltre 45 gg.

Il D.L. deve comunicare all'appaltatore dove e quando avverrà la consegna dei lavori

Dal verbale di consegna decorre il termine per il compimento dell'opera

Se l'appaltatore non si presenta il D.L. concede nuovo termine. Attenzione: il termine contrattuale decorre comunque dalla data di prima

Consegna in ritardo per colpa della S.A. Possibile recesso dell'appaltatore

La facoltà della stazione appaltante di non accogliere l'istanza di recesso dell'appaltatore non può esercitarsi in caso consegna in ritardo per fatto o colpa della stazione appaltante, qualora il ritardo nella consegna dei lavori superi la metà del termine utile contrattuale (comma 9, art. 129 cit.).

Qualora, iniziata la consegna, questa sia sospesa dalla stazione appaltante per ragioni non di forza maggiore, la sospensione non può durare oltre 60 giorni. Trascorso inutilmente tale termine, si avranno le medesimo conseguenze previste per l'ipotesi della consegna dei lavori in ritardo per fatto o colpa dell'amministrazione e la facoltà della stazione appaltante di non accogliere l'istanza di recesso dell'appaltatore non può esercitarsi qualora il ritardo nella consegna dei lavori superi la metà del termine utile contrattuale (comma 10, art. 129 cit.).

Nelle tre ipotesi da ultimo menzionate, di cui ai commi 8, 9 e 10, art. 129, d.P.R. 554/99 (ossia in ipotesi di consegna dei lavori in ritardo per colpa o fatto della P.A.; istanza di recesso dell'appaltatore che la P.A. non può non accogliere; sospensione della consegna per forza maggiore) il responsabile del procedimento ha l'obbligo di informare l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici.

Da quanto sopra emerge come il legislatore abbia fissato in maniera puntuale la procedura da seguirsi nella fase della consegna dei lavori, che non può prescindere dalla redazione del verbale di consegna di cui all'art. 130 d.P.R. 554/99 ad opera del direttore dei lavori.

Ai sensi della disposizione da ultimo richiamata, detto verbale dovrà contenere i seguenti elementi:

- a) le condizioni e circostanze speciali locali riconosciute e le operazioni eseguite, come i tracciamenti, gli accertamenti di misura, i collocamenti di sagome e capisaldi;
- b) le aree, le cave, i locali ed i mezzi d'opera concessi all'appaltatore per la esecuzione dei lavori; al processo verbale di consegna vanno uniti i profili delle cave in numero sufficiente per poter in ogni tempo calcolare il volume totale del materiale estratto;
- c) la dichiarazione che l'area su cui devono eseguirsi i lavori è libera da persone e cose e, in ogni caso, salvo l'ipotesi di consegna parziale, che lo stato attuale è tale da non impedire l'avvio e la prosecuzione dei lavori.

Qualora, per l'estensione delle aree o dei locali, o per l'importanza dei mezzi d'opera, occorra procedere in più luoghi e in più tempi ai relativi accertamenti, questi fanno tutti parte integrante del processo verbale di consegna.

Il processo verbale deve essere redatto in doppio esemplare firmato dal direttore dei lavori e dall'appaltatore e, come anticipato, dalla data di esso, decorre il termine utile per il compimento dei lavori.

Un esemplare del verbale di consegna deve essere inviato al responsabile del procedimento, che ne rilascia copia conforme all'appaltatore, ove questi lo richieda.

Sospensione della consegna per forza maggiore. Non può superare i 60 gg.

Nelle suddette ipotesi il RUP deve informare l'Autorità di Vigilanza

Il contenuto del verbale di consegna redatto in duplice copia dal D.L.

Il capitolato speciale deve disporre che la consegna dei lavori possa farsi in più volte con successivi verbali di consegna parziale quando la natura o l'importanza dei lavori o dell'opera lo richieda, ovvero si preveda una temporanea indisponibilità delle aree o degli immobili. In caso di urgenza, l'appaltatore comincia i lavori per le sole parti già consegnate. La data di consegna a tutti gli effetti di legge è quella dell'ultimo verbale di consegna parziale.

La consegna parziale

In caso di consegna parziale l'appaltatore è tenuto a presentare un programma di esecuzione dei lavori che preveda la realizzazione prioritaria delle lavorazioni sulle aree e sugli immobili disponibili. Realizzati i lavori previsti dal programma, qualora permangano le cause di indisponibilità si applica la disciplina dell'articolo 133 del medesimo Regolamento, inerente alla sospensione e alla ripresa dei lavori.

Il direttore dei lavori è responsabile della corrispondenza del verbale di consegna dei lavori all'effettivo stato dei luoghi, ex art. 131, d.P.R. 554/99.

Ai sensi della medesima disposizione, inoltre, se sono riscontrate differenze fra le condizioni locali ed il progetto esecutivo, non si procede alla consegna, e il direttore dei lavori ne riferisce immediatamente al responsabile del procedimento, indicando le cause e l'importanza delle differenze riscontrate rispetto agli accertamenti effettuati in sede di redazione del progetto esecutivo e delle successive verifiche, e proponendo i provvedimenti da adottare.

Qualora l'appaltatore intenda far valere pretese derivanti dalla riscontrata difformità dello stato dei luoghi rispetto a quello previsto in progetto, deve formulare riserva sul verbale di consegna con le modalità e con gli effetti di cui all'articolo 165 del Regolamento, che disciplina le eccezioni e le riserve da iscriversi sul registro di contabilità firmato dall'appaltatore

Viene prevista, inoltre, all'art. 146, d.P.R. 554/99, l'ipotesi che l'urgenza determini il ricorso ad affidamenti in economia; in tal caso l'urgenza dovrà risultare da un verbale, in cui sono indicati i motivi dello stato di urgenza, le cause che lo hanno provocato e i lavori necessari per rimuoverlo.

Il verbale dovrà essere compilato dal responsabile del procedimento o da tecnico all'uopo incaricato e trasmesso con una perizia estimativa alla stazione appaltante per la copertura della spesa e l'autorizzazione dei lavori.

Per motivi di urgenza la S.A. può richiedere l'esecuzione anticipata del contratto

Posto quanto sopra, il legislatore prevede, altresì, la possibilità che la stazione appaltante possa, per motivi, di urgenza, consegnare i lavori prima della stipulazione del contratto.

Al riguardo, è importante rilevare che per poter procedere alla consegna prima della stipulazione del contratto, occorre, oltre all'intervenuta aggiudicazione definitiva, anche, ovviamente, l'urgenza, le cui ragioni devono risultare accertate dalla stazione appaltante e, quindi, riportate nel relativo verbale, che, peraltro, deve indicare a quali materiali l'appaltatore deve provvedere e quali

I motivi di urgenza devono essere riportati in maniera puntuale sul verbale di consegna

lavorazioni deve immediatamente iniziare in relazione al programma di esecuzione presentato dall'impresa (ad intervenuta stipula del contratto il direttore dei lavori revoca le eventuali limitazioni) (*cf.* art. 130, comma 3, d.P.R. 554/99).

Deve trattarsi, in particolare, come evidenziato dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, di un'urgenza qualificata e non generica tale da potersi fondamentalmente ritenere che il rinvio dell'intervento per il tempo necessario all'approvazione del contratto comprometterebbe, con grave pregiudizio dell'interesse pubblico, la tempestività o l'efficacia dell'intervento stesso (*cf.* Determinazione n. 2 del 2 marzo 2005).

L'Organo di Vigilanza ha chiarito, inoltre, che non possono ricondursi ai motivi di urgenza *ex* art. 129 del d.P.R. 554/99 quelle circostanze che:

1. derivano da eventi prevedibili;
2. sono in grado di sopportare senza alcun pregiudizio per l'interesse pubblico i tempi richiesti per la stipulazione o l'approvazione del contratto;
3. sono dirette a sopperire a negligenze proprie dell'amministrazione, quali, ad esempio l'osservanza di un termine ormai prossimo alla scadenza ed imposto a pena di revoca del relativo finanziamento, ovvero una carente organizzazione, che rende eccessivamente lunghi i tempi per la stipulazione del contratto.

La consegna in via d'urgenza, comunque, non pregiudica la competenza giurisdizionale, posto che le relative controversie sono rimesse comunque alla competenza esclusiva attribuita per legge al giudice amministrativo, atteso che il provvedimento di aggiudicazione non può essere assimilato all'atto civilistico rappresentato dal contratto e, difatti, il d.lgs. 163/06 esclude espressamente tale equivalenza ribadendo implicitamente che il contratto costituisce il crinale che separa la giurisdizione ordinaria da quella amministrativa. Ne consegue che giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di appalti pubblici di lavori comprende tutti gli atti connessi con la fase immediatamente anteriore a quella della stipula del contratto, ivi comprese tutte le controversie nascenti dalla mancata esecuzione degli obblighi titolati nell'aggiudicazione definitiva dell'appalto, quali quelli collegati, ad esempio, alla prestazione della garanzia fideiussoria, alla ricezione della consegna dei lavori in via d'urgenza, alla stipulazione e approvazione del contratto nei termini di legge (*cf.* TAR Campania Salerno, Sez. I , 22 marzo 2007, n. 279; TAR Lazio, Sez. II, 1° aprile 2006, n. 2258).

In caso di consegna in via d'urgenza, il direttore dei lavori tiene conto di quanto predisposto o somministrato dall'appaltatore, per rimborsare le relative spese nell'ipotesi di mancata stipula del contratto (*cf.* art. 129, comma 4, d.P.R. 554/99) e, ai sensi dell'art. 11, comma 9, del Codice, l'appaltatore (anzi, tecnicamente è ancora un mero aggiudicatario nelle more della stipula del contratto) ha diritto al

L'urgenza deve essere "qualificata"

**Attenzione
la consegna in via d'urgenza non pregiudica la competenza giurisdizionale in capo al G.A.**

rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisoriale.

Tuttavia, a seguito delle modifiche apportate al citato comma 9, ultimo periodo, dell'art. 11 del Codice, dal d.lgs. n. 53/10 (di recepimento della c.d. direttiva ricorsi), il legislatore ha disposto che l'esecuzione di urgenza non è consentita durante il termine dilatorio di cui al comma 10 (ossia durante il termine di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione di cui all'art. 79 del Codice – c.d. stand still period) e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10-ter (ossia nell'ipotesi che sia stato proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare), salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

Il termine "grave danno dell'interesse pubblico" sembra lasciare ampi margini di discrezionalità alla stazione appaltante, il cui potere sul punto, è facile immaginare, potrebbe essere limitato da pronunzie interpretative del giudice amministrativo, che, allo stato, stante la novità della norma, non sussistono.

Da quanto sopra emerge che, nell'ambito dei lavori, sussiste una disciplina puntuale in materia di consegna dell'oggetto della prestazione, mentre nell'ambito dei servizi e delle forniture non è dato rinvenire analoga regolamentazione circa l'esecuzione del contratto.

Pertanto, deve ritenersi che la consegna debba essere effettuata dal direttore dell'esecuzione, previo apposito verbale, il cui contenuto non è espressamente positivizzato in una disposizione normativa ma è d'uopo ritenere che debba riferirsi, a titolo esemplificativo, al luogo di esecuzione della prestazione e ai mezzi per eseguirla.

Anche in ipotesi di servizi e forniture è possibile la consegna in via d'urgenza nei limitati casi innanzi citati, i cui motivi dovranno essere riportati nel citato verbale; anche in tale ipotesi, ai sensi del comma 9, art. 11, del Codice, l'aggiudicatario avrà diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate sordine del direttore dell'esecuzione.

3. Il corrispettivo del contratto d'appalto. L'invariabilità del prezzo; il prezzo chiuso e le clausole di adeguamento del prezzo

Ai sensi del comma 6, dell'art. 3, d.lgs. 163/06, gli appalti pubblici costituiscono contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatario e uno o più operatori economici, aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi.

Attenzione

L'esecuzione d'urgenza non è ammessa durante il c.d. *stand still period* o nel caso in cui sia stato proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con domanda cautelare

Eccezione

"grave danno dell'interesse pubblico", ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari

Servizi e forniture.

La consegna deve essere effettuata dal direttore dell'esecuzione

Ai fini di una maggiore chiarezza in materia, si espone, innanzitutto, la disciplina dettata dal nostro legislatore in tema di corrispettivi nell'ambito degli appalti di lavori, dove, peraltro, si riscontrano le questioni più spinose, stante anche le ingenti somme corrisposte a titolo proprio di corrispettivo e le variazioni che possono subire nel tempo i materiali di costruzione.

Determinante, dunque, diventa la scelta circa il contratto da stipularsi in relazione all'oggetto dell'appalto che può avvenire a corpo o a misura (in realtà, come vedremo, tale scelta appare ormai limitata o, comunque, condizionata dal legislatore).

Nel primo caso, il prezzo viene determinato con la definizione di una somma fissa ed invariabile per la realizzazione di un'opera tecnicamente rappresentata negli elaborati progettuali, per cui l'opera deve essere descritta in modo estremamente preciso, per mezzo di un progetto molto dettagliato.

Viceversa, nel caso di prezzo a misura, questo può essere determinato nella sua effettiva entità soltanto al termine dei lavori, sommando le componenti dell'opera finita e applicando loro il prezzo unitario prefissato.

In particolare, l'art. 53, comma 4, del Codice, dispone che i contratti di sola esecuzione e i contratti a prestazioni integrate devono essere stipulate a corpo, consentendo alle stazioni appaltanti di stipulare a misura solo i contratti di appalto di sola esecuzione di importo inferiore a 500.000,00 Euro, nonché, senza limiti di importo, i contratti di appalto relativi a manutenzione, restauro e scavi archeologici, nonché le opere in sotterraneo, ivi comprese le opere in fondazione, e quelle di consolidamento dei terreni.

Viene precisato, inoltre, che nelle prestazioni a corpo il prezzo convenuto non può essere modificato sulla base della verifica della quantità o della qualità della prestazione, diversamente da quanto avviene nell'ambito dei contratti a misura, caratterizzati da prezzi fissati nel capitolato in maniera fissa e invariabile per unità di misura e per ogni tipologia di prestazione.

Il medesimo comma, prevede, altresì, la possibilità di stipulare contratti in parte a corpo e in parte a misura; ci si è chiesto, quindi, se anche in tale ipotesi i lavori da eseguirsi a misura incontrino il limite di importo (500.000,00 Euro) fissato dalla medesima disposizione per i contratti di sola esecuzione da stipularsi solamente a misura.

In assenza di disposizione normative al riguardo e di precedenti giurisprudenziali si ritiene che, sebbene la norma richiamata si riferisca espressamente agli appalti di mera esecuzione da stipularsi soltanto a misura, la limitazione in parola trovi applicazione anche con riferimento agli appalti di sola esecuzione da aggiudicarsi in parte a corpo ed in parte a misura.

Ciò si desume, innanzitutto, da un'analisi logico-sistematica della norma richiamata.

Infatti, la stipulazione di contratti in parte a corpo e in parte a misura viene sancita, come evidenziato, nel medesimo comma,

Appalti di lavori

L'appalto a corpo

L'appalto a misura

I contratti di sola esecuzione e i contratti a prestazioni integrate devono essere stipulati a corpo

Le ipotesi in cui è possibile ricorrere all'appalto a misura

Immodificabilità del prezzo negli appalti a corpo

Appalti in parte a corpo e in parte a misura.

immediatamente dopo la previsione che attribuisce alla stazione appaltante la facoltà di ricorrere all'appalto a misura con le limitazioni sopra indicate.

Pertanto, deve ritenersi che il legislatore abbia inteso circoscrivere e limitare a casi specifici il ricorso ai contratti a misura.

L'interpretazione appare avvalorata anche dalle modifiche intervenute nel corso degli anni.

Difatti, la formulazione precedente al terzo decreto correttivo liberalizzava il ricorso a tale tipologia di contratti, rimettendo, sostanzialmente, alle amministrazioni aggiudicatrici l'apprezzamento generale circa l'opportunità di stipulare contratti a corpo o a misura in relazione alle caratteristiche del singolo appalto e rinviando al Regolamento le possibili limitazioni.

Alla luce del citato intervento legislativo (d.lgs. n. 152/08), invece, viene prescritto, come evidenziato, che i contratti di cui al comma 2 (di sola esecuzione e appalto a prestazioni integrate) debbano essere stipulati a corpo, prevedendo la possibilità di ricorrere ai contratti a misura nelle ipotesi di appalti di sola esecuzione di importo inferiore a 500.000,00 Euro, nonché di contratti di appalto relativi a manutenzione, restauro e scavi archeologici, nonché alle opere in sotterraneo, ivi comprese le opere in fondazione, e quelle di consolidamento dei terreni.

Il legislatore, quindi, ha ripristinato, di fatto, l'originaria formulazione di cui all'abrogato art. 19, commi 4 e 5, l. n. 109/94, che limitava la stipulazione degli appalti in parola alle medesime ipotesi.

La *ratio* di tale limitazione risiede nella circostanza che i contratti a misura, sebbene rappresentino una forma di contabilizzazione più trasparente, in quanto rapporta il corrispettivo spettante all'appaltatore alle quantità realmente eseguite, si prestano, di fatto, a facili abusi da parte delle imprese aggiudicatrici, con inevitabili ripercussioni sui conti della stazione appaltante che ha difficoltà a contenere l'importo effettivo dell'appalto, in spregio al generale principio di economicità, sotteso all'affidamento degli appalti pubblici.

Pertanto, deve ritenersi che il limite di importo di cui all'art. 53, comma 4, del Codice, sussista non solo con riferimento ai contratti di sola esecuzione da stipularsi a misura, ma anche con riferimento ai contratti da stipularsi in parte a corpo e in parte a misura.

Diversamente opinando, la limitazione dell'appalto a misura potrebbe essere superata proprio con il semplice ricorso alla forma mista (in parte a misura ed in parte a corpo) prevedendo a misura la parte più sostanziale dell'appalto ed a corpo (eventualmente anche poco significative) categorie di lavoro limitate nell'importo.

La regola, pertanto, fatte salve le ipotesi che consentono il ricorso ai contratti a misura, è che i contratti afferenti agli appalti di lavori vengano stipulati a corpo, dove, come anticipato, il prezzo non può variare in base alla modifica della quantità o della qualità della prestazione.

Si applicano le limitazioni inerenti gli appalti a misura?

Ciò in quanto, in linea generale, il contratto di appalto pone il rischio dell'esecuzione, rientrando nell'alea normale della tipologia contrattuale considerata, a carico dell'appaltatore, posto che l'imprenditore risulta necessariamente dotato di un'organizzazione e dei mezzi di esecuzione propri ed adeguati all'esecuzione della prestazione appaltata.

Quanto sopra trova conferma anche nell'art. 133, comma 2, del Codice, ai sensi del quale, per i lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti, non si può procedere alla revisione dei prezzi e non trova applicazione il primo comma dell'art. 1664 c.c., secondo cui se a causa di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della manodopera tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo.

Tuttavia, il legislatore, per stemperare detta invariabilità del prezzo, detta, sempre in ipotesi di lavori, una disciplina duplice applicabile ove le variazioni dei costi superino determinate percentuali.

In particolare, con specifico riferimento alla perdita del potere di acquisto della moneta è stabilito, all'art. 133, comma 3, del Codice, che ai lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti, deve applicarsi il prezzo chiuso, consistente nel prezzo dei lavori, al netto del ribasso d'asta, aumentato di una percentuale da applicarsi nel caso in cui la differenza tra il tasso di inflazione reale e il tasso di inflazione programmato nell'anno precedente sia superiore al 2%, all'importo dei lavori ancora da eseguire per ogni anno intero previsto per l'ultimazione dei lavori stessi.

Tale percentuale è fissata, con decreto del Ministro delle Infrastrutture da emanarsi entro il 31 marzo di ogni anno, nella misura eccedente la predetta percentuale del 2%.

A pena di decadenza, l'appaltatore deve presentare alla stazione appaltante l'istanza di applicazione del prezzo chiuso entro sessanta giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del richiamato decreto ministeriale.

In merito, invece, all'aumento dei costi dei singoli prodotti, il comma 4, del medesimo art. 133, prevede la c.d. compensazione dei prezzi.

In particolare, viene stabilito che, in deroga al divieto di revisione prezzi in materia di lavori e all'applicazione dell'art. 1664, comma 1, c.c., qualora il prezzo di singoli materiali da costruzione, per effetto di circostanze eccezionali, subisca variazioni in aumento o in diminuzione, superiori al 10% rispetto al prezzo rilevato dal Ministero delle Infrastrutture nell'anno di presentazione dell'offerta, con decreto del medesimo Dicastero, si fa luogo a compensazioni, in aumento o in diminuzione, per la percentuale eccedente il 10% e nel limite delle risorse indicate nel successivo comma 7 (accantonamenti per imprevisti).

La compensazione è determinata applicando la percentuale di variazione che eccede il 10% al prezzo dei singoli materiali da

Non si applica la revisione prezzi e l'art. 1664, co. 1, c.c.

I rimedi nel caso in cui le variazioni dei costi superino certe percentuali

Aumento dei costi dei singoli prodotti

Come si applica la c.d. compensazione dei prezzi

costruzione impiegati nelle lavorazioni contabilizzate nell'anno solare precedente al citato decreto del Ministero delle Infrastrutture nelle quantità accertate dal direttore dei lavori.

Pertanto, lo scomputo dell'alea del 10% deve essere effettuato, in una soluzione unica, sulla base dell'aumento del prezzo del materiale verificatosi nell'anno solare precedente.

In pratica, a titolo meramente esemplificativo:

poniamo che il prezzo di partenza del filo di rame sia pari a 10 €/Kg:

aumento nel 2006 pari al 20%

$10 + 20\%$ di 10 = 12 €/Kg:

aumento nel 2007 pari al 25%

$12 + 25\%$ di 12 = 15 €/Kg (prezzo finale comprensivo della variazione intervenuta nel biennio considerato).

Orbene, il 10% dell'alea assunta dall'appaltatore va computato sul prezzo contrattuale, e non già sul prezzo finale comprensivo delle variazioni in aumento intervenute nell'arco di tempo considerato.

Di conseguenza, a fronte di un prezzo contrattuale del filo di rame pari ad € 10/kg ed un prezzo finale, comprensivo delle variazioni intervenute nel biennio 2006-2007, pari ad €15/kg, la compensazione dovrà essere calcolata sottraendo alla variazione percentuale intervenuta nel biennio considerato, ovvero €5/kg (15 – 10), il 10% del prezzo contrattuale, ovvero €10/kg * 10% = €1/Kg.

Ne consegue, dunque, che la compensazione spettante per 1 Kg di rame risulta pari a €4, ossia 5/kg – €1/Kg.

Ai fini della compensazione è, inoltre, possibile attingere alle somme accantonate per imprevisti, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, in misura non inferiore all'1% del totale dell'importo dei lavori, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti.

Inoltre, possono essere utilizzate le somme derivanti da ribassi d'asta, nonché le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza dei soggetti aggiudicatori nei limiti della residua spesa autorizzata (*cf.* art. 133, comma 7, del Codice).

L'utilizzo di tali somme deve essere autorizzato dal CIPE, qualora gli interventi siano stati finanziati dal CIPE stesso.

Infine, viene previsto, al comma 8 del medesimo art. 133, del Codice, che le stazioni appaltanti sono tenute ad aggiornare annualmente i propri prezzi, con particolare riferimento alle voci di elenco correlate a quei prodotti destinati alle costruzioni, che siano stati soggetti a significative variazioni di prezzo legate a particolari condizioni di mercato.

I prezzi cessano di avere validità il 31 dicembre di ogni anno e possono essere transitoriamente utilizzati fino al 30 giugno dell'anno successivo per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data.

In caso di inadempimento i prezzi possono essere aggiornati dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle Infrastrutture di concerto con le Regioni interessate.

**La S.A. deve
aggiornare
annualmente i propri
prezzi**

**Appalti di servizi e
forniture**

Con riferimento agli appalti di servizi e forniture, il legislatore onera le stazioni appaltanti di inserire, nei contratti ad esecuzione periodica e continuativa, una clausola di revisione periodica del prezzo, ai sensi dell'art. 115 del Codice.

La *ratio* di tale previsione risiede nell'esigenza di porre una esplicita deroga al principio di invariabilità del prezzo sopra evidenziato.

A differenza della previsione di cui al citato art. 1664, comma 1, c.c., in ambito privatistico, la revisione del prezzo negli appalti pubblici, non è giustificato dall'assoluta imprevedibilità dell'evento, bensì dal pericolo che le oscillazioni non prevedibili del mercato possano porre a rischio l'esecuzione degli appalti pubblici, scoraggiando la partecipazione alle gare degli operatori economici interessati.

La revisione, dunque, deve essere operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati forniti dall'Osservatorio, che determina annualmente i costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura in relazione a specifiche aree territoriali, facendone oggetto di una specifica pubblicazione, avvalendosi dei dati forniti dall'ISTAT, e tenendo conto dei parametri qualità prezzo di cui alle convenzioni stipulate dalla CONSIP.

Ad oggi, tuttavia, l'Osservatorio risulta aver prodotto solo la definizione dei costi standardizzati per tipo di lavoro.

Si pone, quindi, il problema della conduzione dell'istruttoria, in mancanza di determinazione *“dei costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura, in relazione alle specifiche aree territoriali”*.

Se il TAR Lazio, Sez. Latina, con la sentenza n. 698 del 24 ottobre 2005, confermata dal Consiglio di Stato, (n. 7461 del 14 dicembre 2006), ha potuto statuire che *“la revisione viene operata sulla base di un'istruttoria condotta dai dirigenti responsabili della acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui al comma 6 [dell'art. 6 l. 537/1993, come sostituito dall'art. 44 l. 724 del 1994] e che per orientare le pubbliche amministrazioni nell'individuazione del miglior prezzo di mercato, l'ISTAT cura la rilevazione e la elaborazione dei prezzi del mercato dei principali beni e servizi acquisiti dalle pubbliche amministrazioni, provvedendo alla comparazione, su base statistica, tra questi ultimi e i prezzi di mercato”*, oggi, alla luce dell'intervenuta abrogazione – ad opera dello stesso Codice dei contratti – dell'articolo 6 della legge 537/93, gli indici elaborati dall'Osservatorio e dall'ISTAT non orientano, ma si pongono quali strumenti per la determinazione del dirigente responsabile.

Si consideri ancora, che, sia pure sotto la vigenza dell'articolo 6 l. n. 537/1993, la giurisprudenza ha ritenuto che *“la carenza delle rilevazioni statistiche semestrali... non impedisce l'applicazione del... comma 4 [dell'art. 6 della l. 537/1993], rimanendo inalterato il potere-dovere dell'amministrazione di svolgere comunque un'istruttoria che... deve comunque svolgersi nel rispetto del generale limite interno di ragionevolezza. In questo quadro non appare illogica l'individuazione dello specifico criterio di revisione nell'indice ISTAT*

Le clausole obbligatorie di revisione periodica del prezzo nei contratti ad esecuzione periodica e continuativa

La revisione deve operarsi sulla base dei dati forniti dall'Osservatorio. Come operare in assenza di tali dati

deputato a rilevare gli incrementi del tasso generale d'inflazione (indice che misura l'aumento medio dei prezzi per le famiglie degli operai e degli impiegati) [indice FOI] che costituisce, in effetti, un idoneo parametro di valutazione dell'incremento del prezzo" (cfr. Cons. Stato, n. 7461/2006 cit.).

Nella stessa decisione, il Supremo Giudice afferma che il riferimento della legge – oggi non più l'art. 6, ma l'art. 115 e l'art. 7 del Codice dei contratti – al prezzo e non al costo per l'impresa “consente... di ancorare il meccanismo di revisione a criteri “oggettivi”, tali da conservare l'equilibrio del sinallagma contrattuale; così non accadrebbe, invece, qualora la misura della revisione fosse il “costo per l'impresa”, poiché in tal modo l'aumento posto a carico dell'amministrazione finirebbe per riflettere le eventuali inefficienze della funzione produttiva del singolo contraente, a tutto danno delle finanze pubbliche”.

La decisione richiama, quindi, giurisprudenza precedente in base alla quale, in mancanza dell'attività di accertamento da parte dell'ISTAT e, oggi, dell'Osservatorio dei contratti pubblici, occorre fare applicazione dell'indice ISTAT FOI.

Al riguardo, la Corte dei Conti (cfr. deliberazione n. 55/2009/PA) ha ritenuto che la soluzione indicata dalla giurisprudenza sopra indicata consente di raggiungere lo scopo della norma: da un lato, consentire alle imprese che stipulano contratti di durata di partecipare alle gare pubbliche con la sicurezza di una ridotta alea imprenditoriale, col recupero, almeno, dell'inflazione; dall'altro lato, alle amministrazioni di programmare la spesa relativa al contratto anche nel bilancio pluriennale, calcolando, con buona approssimazione, l'aumento del costo da impegnare in bilancio negli esercizi successivi. Infine, la soluzione proposta, sempre secondo lo stesso giudice contabile, non richiede complesse e, talvolta, difficili istruttorie, che potrebbero dare luogo anche a contenzioso.

Alla luce della delineata giurisprudenza amministrativa e contabile, quindi, negli appalti di servizi e forniture, in mancanza di dati provenienti dall'Osservatorio, l'importo dell'appalto deve essere aggiornato in base agli indici ISTAT FOI, prendendo a riferimento la data di presentazione dell'offerta.

Nell'ipotesi in cui non venga prevista la clausola di adeguamento del prezzo o venga prevista una clausola difforme dalla richiamata previsione di legge, il contratto non sarà considerato nullo, operando una sostituzione automatica della clausola legale in luogo di quella convenzionale o andando a colmare il vuoto contrattuale sul punto, in quanto la norma di cui all'art. 115 del Codice deve considerarsi di natura imperativa (cfr. per tutte, TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 2 aprile 2009, n. 646).

Se la P.A. non prevede la clausola di adeguamento del prezzo o ne prevede una difforme dalla legge, il contratto è, rispettivamente, nullo od opera una sostituzione automatica della clausola difforme

4. Piani di sicurezza

Il Codice dei contratti pubblici, sul punto, si limita a prevedere, all'art. 131, la disciplina afferente ai piani di sicurezza, che hanno lo scopo di prevenire i rischi e gli infortuni sul lavoro in modo tale da consentire la sicurezza nei cantieri.

Pertanto, il piano di sicurezza costituisce un elemento essenziale del contratto di appalto o della concessione di lavori, e, come vedremo, il suo rispetto rappresenta una condizione necessaria per la validità dello stesso.

I contenuti minimi del piano di sicurezza e di coordinamento e l'indicazione della stima dei costi della sicurezza sono definiti nell'allegato XV al d.lgs. n. 81/08 (c.d. Testo Unico sulla sicurezza in materia di lavoro) che sia occupa della tematica a trecentosessanta gradi.

Detti piani devono essere redatti dalle stazioni appaltanti, in relazione al singolo cantiere interessato; tuttavia, tali documenti, una volta predisposti, necessitano inevitabilmente di modifiche ed integrazioni per adattarli alla situazione concreta e agli standard di sicurezza che si evolvono nel corso del tempo.

Ebbene, l'art. 131 cit., come novellato dal citato Testo Unico sulla sicurezza, disciplina proprio, tra l'altro, detti interventi.

Viene previsto, infatti, al comma 1, che il Governo, su proposta dei Ministri del lavoro e delle politiche sociali, della salute, delle infrastrutture, e delle politiche comunitarie, sentite le organizzazioni sindacali e imprenditoriali maggiormente rappresentative, approva le modifiche che si rendano necessarie al regolamento recato dal d.P.R. 3 luglio 2003, n. 222 (ora allegato XV al d.lgs. n. 81/08), in materia di piani di sicurezza nei cantieri temporanei o mobili, in conformità alle direttive comunitarie, e alla relativa normativa nazionale di recepimento.

Entro trenta giorni dall'aggiudicazione, e comunque prima della consegna dei lavori, l'appaltatore od il concessionario redige e consegna alle stazioni appaltanti:

- a) eventuali proposte integrative del piano di sicurezza e di coordinamento quando quest'ultimo sia previsto ai sensi del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 (ora d.lgs. n. 81/08);
- b) un piano di sicurezza sostitutivo del piano di sicurezza e di coordinamento quando quest'ultimo non sia previsto ai sensi del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 (ora d.lgs. n. 81/08);
- c) un piano operativo di sicurezza per quanto attiene alle proprie scelte autonome e relative responsabilità nell'organizzazione del cantiere e nell'esecuzione dei lavori, da considerare come piano complementare di dettaglio del piano di sicurezza e di coordinamento quando quest'ultimo sia previsto ai sensi del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 (ora d.lgs. n. 81/08), ovvero del piano di sicurezza sostitutivo di cui alla citata lett. b).

Il piano di sicurezza è un elemento essenziale del contratto di appalto, in carenza di tale requisito il contratto è nullo

Le imprese esecutrici, inoltre, prima dell'inizio dei lavori, ovvero in corso d'opera, possono presentare al coordinatore per l'esecuzione dei lavori di cui al decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 (ora d.lgs. n. 81/08), proposte di modificazioni o integrazioni al piano di sicurezza e di coordinamento loro trasmesso dalla stazione appaltante, sia per adeguarne i contenuti alle tecnologie proprie dell'impresa, sia per garantire il rispetto delle norme per la prevenzione degli infortuni e la tutela della salute dei lavoratori eventualmente disattese nel piano stesso.

Pertanto:

a) i contratti di appalto o di concessione se sprovvisti dei piani di sicurezza sono nulli, in quanto costituiscono parte integrante del contratto;

b) i relativi oneri vanno evidenziati nei bandi di gara e non sono soggetti a ribasso d'asta, posto che le esigenze di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori hanno un valore primario, così che sui relativi costi non è possibile fare economia.

Ne discende che, poiché le prestazioni contenute in detti piani fanno parte del contratto, è chiaro che le violazioni gravi e ripetute delle disposizioni in esso contenute costituiscono causa di risoluzione del contratto, così come previsto dal comma 4 dell'art. 131, previa formale costituzione in mora dell'interessato.

Il citato Regolamento emanato dal Governo, su proposta dei Ministri del lavoro e delle politiche sociali, della salute, delle infrastrutture, e delle politiche comunitarie, sentite le organizzazioni sindacali e imprenditoriali maggiormente rappresentative, stabilisce quali violazioni determinano la risoluzione del contratto.

Il compito di vigilare sull'osservanza dei piani di sicurezza è rimesso al direttore dei lavori e al coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione.

5. Il sistema delle garanzie e delle coperture assicurative: cauzione provvisoria e definitiva; altre forme di garanzia

La disciplina delle garanzie nell'ambito degli appalti pubblici si rinviene principalmente, nel Codice dei contratti pubblici, negli artt. 75 e 113, che prevedono, rispettivamente, la cauzione provvisoria e la cauzione definitiva, nonché, limitatamente agli appalti di lavori, nell'art. 129, e con specifico riferimento ai progettisti, nell'art. 111.

In merito alla cauzione provvisoria, l'art 75 dispone che l'offerta deve essere corredata da una garanzia pari al 2% dell'importo del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o fideiussione, a scelta dell'offerente.

Detta garanzia è preordinata a garantire la serietà dell'offerta e a coprire la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario; costituisce, di fatto, una liquidazione anticipata del pregiudizio derivante dalla violazione da parte del concorrente degli obblighi derivanti dalla procedura di gara espletata.

Attenzione
Gli oneri della sicurezza devono essere evidenziati nei bandi di gara e non sono soggetti a ribasso d'asta

Le violazioni ripetute dei piani di sicurezza sono causa di risoluzione del contratto in danno all'appaltatore

La cauzione provvisoria

La cauzione può essere costituita, a scelta dell'offerente, in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice.

Contenuti

Inoltre, sempre a scelta dell'offerente, può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del d.lgs. n. 385/93, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero dell'economia e delle finanze.

Rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale

La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro 15 giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

La garanzia deve avere validità per almeno 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta. Il bando o l'invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata presumibile del procedimento, e possono altresì prescrivere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura.

Durata

La garanzia è svincolata automaticamente nei confronti dell'aggiudicatario al momento della sottoscrizione del contratto medesimo.

Nei confronti, invece, dei soggetti non aggiudicatari, la stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai medesimi, deve provvedere contestualmente allo svincolo della garanzia in parola, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a 30 giorni dall'aggiudicazione, anche quando non sia ancora scaduto il termine di validità della garanzia.

L'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del cinquanta per cento per gli operatori economici ai quali venga 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 della serie UNI CEI ISO 9000.

Dimidiazione

Per fruire di tale beneficio, l'operatore economico dovrà segnalare, in sede di offerta, il possesso del requisito, e dovrà documentarlo nei modi prescritti dalle norme vigenti.

L'offerta, inoltre, deve, altresì, essere corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113 (cauzione definitiva), qualora l'offerente risultasse affidatario.

Impegno di un fideiussore a rilasciare garanzia definitiva

La cauzione definitiva, infatti, a differenza di quella provvisoria, copre gli oneri per il mancato o inesatto adempimento e cessa di avere

La cauzione definitiva

effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione.

L'esecutore del contratto, pertanto, è obbligato a costituire una garanzia fideiussoria del 10% dell'importo contrattuale.

La mancata costituzione di tale garanzia determina la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione provvisoria da parte della stazione appaltante, che aggiudica l'appalto o la concessione al concorrente che segue nella graduatoria.

In caso di aggiudicazione con ribasso d'asta superiore al 10%, la garanzia fideiussoria è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10%; ove il ribasso sia superiore al 20%, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20%.

Un esempio pratico può aiutare a comprendere come effettuare il calcolo relativo all'aumento dell'importo della garanzia nell'ipotesi suindicate.

Ove sia stato offerto un ribasso superiore al 10%, la garanzia fideiussoria deve essere aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10%: $10+10=20\%$.

Ove poi il ribasso offerto dall'aggiudicataria sia superiore al 20%, occorre aumentare la garanzia fideiussoria di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20%: pertanto, ponendo ad esempio un ribasso pari al 41,15%, si avrà $41,15\%-20 = 21,15 \times 2 = 42,30\%$.

Tale importo deve essere sommato a quello sopra individuato, pari al 20%: $42,30+20 = 62,30\%$.

L'impresa esecutrice del contratto, pertanto, sarà tenuta a costituire una garanzia fideiussoria pari al 62,30% dell'importo del contratto di appalto, salva l'applicazione della riduzione del 50% di cui all'art. 75, comma 7, del Codice, che prevede tale beneficio nell'ipotesi in cui l'aggiudicataria sia in possesso della certificazione di qualità, in quanto il comma 1 dell'art. 113 richiama espressamente l'art. 75, comma 7, in tema di riduzione della cauzione provvisoria sopra evidenziata.

Anche la cauzione definitiva può essere disposta con le modalità di cui all'art. 75, comma 3, in tema di cauzione provvisoria (dunque a scelta dell'offerente la garanzia può essere bancaria o assicurativa o rilasciata da intermediari finanziari) e deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

Detta garanzia deve essere progressivamente svincolata a misura dell'avanzamento dell'esecuzione, nel limite massimo del 75% dell'iniziale importo garantito.

Lo svincolo, nei termini e per le entità anzidetti, è automatico, senza necessità di benestare del committente, con la sola condizione della preventiva consegna all'istituto garante, da parte dell'appaltatore o del concessionario, degli stati di avanzamento dei lavori o di analogo

**Come calcolare
l'aumento
dell'importo della
garanzia**

Contenuti

Svincolo

documento, in originale o in copia autentica, attestanti l'avvenuta esecuzione.

L'ammontare residuo, pari al 25% dell'iniziale importo garantito, deve essere svincolato secondo la normativa vigente, con la conseguenza che, poiché il limite ultimo di efficacia della cauzione definitiva viene individuato, dal comma 3, del medesimo art. 113, nella data di emissione del certificato di collaudo o dal certificato di regolare esecuzione, deve ritenersi che lo svincolo dell'importo residuo dovrà avvenire non oltre l'emissione di tali documenti.

Quindi, con riferimento al certificato di collaudo, non oltre sei mesi dalla ultimazione delle opere, salvo casi di particolare complessità, nei quali il termine è elevato sino ad un anno; con riguardo al certificato di regolare esecuzione, emesso per legge in caso di lavori di importo non superiore ad Euro 500.000, e a discrezione della stazione appaltante per lavori di importo non superiore al milione di Euro, lo svincolo dovrà avvenire non oltre tre mesi dall'ultimazione dei lavori.

Con riferimento a forniture e servizi, l'art. 120 del codice domanda al Regolamento la disciplina del collaudo, per cui, nelle more, può applicarsi in via analogia quanto disciplinato in materia di lavori.

Al riguardo, si rappresenta che sono nulle le eventuali pattuizioni contrarie o in deroga ed il mancato svincolo nei quindici giorni dalla consegna degli stati di avanzamento o della documentazione analoga costituisce inadempimento del garante nei confronti dell'impresa per la quale la garanzia è prestata.

Chiarito quanto previsto dal legislatore in tema di cauzione provvisoria e definitiva, deve evidenziarsi che, nell'ambito dei lavori pubblici sono previste ulteriori forme di garanzia a tutela dell'esecuzione della prestazione.

Difatti, l'art. 129 del Codice, fatto salvo quanto disposto dai richiamati artt. 75 e 113, onera l'esecutore dei lavori a stipulare una polizza assicurativa che tenga indenni le stazioni appaltanti da tutti i rischi di esecuzione da qualsiasi causa determinati, salvo quelli derivanti da errori di progettazione, insufficiente progettazione, azioni di terzi o cause di forza maggiore, e che preveda anche una garanzia di responsabilità civile per danni a terzi nell'esecuzione dei lavori sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o di regolare esecuzione.

Trattasi, dunque, di una copertura assicurativa "aggiuntiva" che viene a completare la tutela fornita alla stazione appaltante con la cauzione definitiva ex art. 113, attraverso una garanzia specifica per tutti i rischi connessi all'esecuzione dei lavori, nonché per gli eventuali danni cagionati a terzi, che intervengano prima dell'emissione del certificato di collaudo.

Con riguardo, invece, al periodo successivo all'ultimazione dei lavori, l'art. 129, comma 2, d.lgs. 163/06, dispone che per i lavori il cui importo superi gli ammontari stabiliti con decreto del Ministro delle infrastrutture, l'esecutore è inoltre obbligato a stipulare, con decorrenza dalla data di emissione del certificato di collaudo

Attenzione
Nullità di clausole
contrarie alla legge

Ulteriori garanzie e
coperture assicurative
nei lavori pubblici

RC per danni a terzi

Polizza
indennitaria
decennale

provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, una polizza indennitaria decennale, nonché una polizza per responsabilità civile verso terzi, della medesima durata, a copertura dei rischi di rovina totale o parziale dell'opera, ovvero dei rischi derivanti da gravi difetti costruttivi.

Orbene, con riguardo alle soglie di importo richiamate nella norma in parola, deve richiamarsi l'art. 1 del d.m. 1 dicembre 2000, in base al quale gli esecutori dei lavori pubblici sono obbligati a fornire le garanzie di cui all'art. 30, comma 4, della legge n. 109/94 (oggi art. 129, comma 2, d.lgs. n. 163/06), qualora l'importo dei lavori sia superiore al controvalore in Euro di 10 milioni di DSP (pari ad Euro 12.484.056 come previsto dal comunicato della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 3 gennaio 2002).

Con il citato decreto, dunque, il Ministero dei lavori pubblici ha individuato un limite di importo sufficientemente alto, al fine di *“evitare possibili distorsioni nel mercato ed aggravii di costi in particolare per le piccole e medie imprese”*.

Con l'emanando regolamento di attuazione al Codice, sarà, inoltre, istituito, per i lavori di importo superiore a 100 milioni di Euro, un sistema di garanzia globale (c.d. *performance bond*) di esecuzione operante per gli appalti pubblici aventi ad oggetto lavori, di cui possono avvalersi le amministrazioni aggiudicatrici.

Il c.d. *performance bond*

Il sistema, una volta istituito, sarà obbligatorio per tutti gli appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 75 milioni di Euro.

Sempre nell'ambito dei lavori, viene previsto, inoltre, all'art. 111, del Codice, le garanzie che devono prestare i progettisti, i quali devono essere muniti, a far data dall'approvazione rispettivamente del progetto posto a base di gara e del progetto esecutivo, di una polizza di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di propria competenza, per tutta la durata dei lavori e sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio.

Le garanzie che deve prestare il progettista

L'argomento viene approfondito nel capitolo *“Programmazione e progettazione”*.

In questa sede è sufficiente rilevare che la polizza del progettista o dei progettisti deve coprire, oltre alle nuove spese di progettazione, anche i maggiori costi che la stazione appaltante deve sopportare per le varianti di cui all'articolo 132, comma 1, lettera e), resesi necessarie in corso di esecuzione.

La garanzia deve essere prestata per un massimale non inferiore al 10% dell'importo dei lavori progettati, con il limite di 1 milione di Euro, per lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c) (€ 4.845.000) IVA esclusa, e per un massimale non inferiore al 20% dell'importo dei lavori progettati, con il limite di 2 milioni e 500 mila Euro, per lavori di importo pari o superiore alla richiamata soglia, IVA esclusa.

Si rappresenta, al secondo periodo, che la mancata presentazione da parte dei progettisti della polizza di garanzia esonera le amministrazioni pubbliche dal pagamento della parcella professionale. Infine, sempre in ambito di lavori pubblici c'è una ulteriore garanzia che deve essere prestata dall'esecutore del contratto al pagamento della rata di saldo, *ex art. 141, comma 9, del Codice.*

**Garanzia da prestarsi
ai fini del pagamento
della rata di saldo**

Ai sensi di tale disposizione, infatti, il pagamento della rata di saldo, disposto previa garanzia fideiussoria, deve essere effettuato non oltre il novantesimo giorno dall'emissione del certificato di collaudo provvisorio ovvero del certificato di regolare esecuzione e non costituisce presunzione di accettazione dell'opera, ai sensi dell'art. 1666, comma 2, del codice civile.

Pertanto, l'appaltatore, al fine di ottenere il pagamento della rata di saldo, è tenuto a presentare la citata garanzia che, in base a quanto disposto dall'art. 102, comma 3, d.P.R. 554/99, deve essere pari all'entità della rata di saldo, maggiorata degli interessi legali applicati al periodo intercorrente tra il collaudo provvisorio e quello definitivo, vale a dire per un periodo massimo di due anni, in ossequio a quanto previsto dall'art. 141, comma 3, del Codice, e dall'art. 199, d.P.R. 554/99.

Evidenziate le garanzie che deve prestare l'appaltatore, nella fase sia di partecipazione alla gara che di esecuzione del contratto di appalto, previste dal Codice degli appalti, per una corretta applicazione delle norme sopra citate, l'art. 107, d.P.R. 554/99, ancora in vigore, dispone che le fideiussioni devono essere conformi allo schema tipo approvato con decreto del Ministero dell'Industria di concerto con il Ministero dei lavori pubblici.

A tal fine, con il d.m. Attività Produttive 12 marzo 2004, n. 123 sono stati predisposti, gli schemi di polizza per le garanzie fideiussorie previste dalla l. 109/94 (oggi d.lgs. 163/06).

Pertanto, le garanzie fideiussorie che l'appaltatore deve presentare dovranno essere conformi agli schemi allegati al citato decreto ministeriale.

CASI E MATERIALI

1. Il mancato pagamento del premio relativo alla polizza fideiussoria, costituita dall'aggiudicatario in sede di sottoscrizione del contratto, configura un'ipotesi di grave inadempimento dell'appaltatore che legittima la risoluzione del contratto?

Ai sensi dell'art. 107, d.P.R. 554/99, "le fideiussioni devono essere conformi allo schema tipo approvato con decreto del Ministero dell'Industria di concerto con il Ministero dei lavori pubblici".

A tal fine, con il d.m. 12 marzo 2004, n. 123 è stato predisposto, tra l'altro, lo schema di polizza per le garanzie fideiussorie ai fini della costituzione della cauzione definitiva (*cf.* schema tipo n. 1.2 dell'Allegato al decreto ministeriale).

Pertanto, il contratto fideiussorio che l'appaltatore è tenuto a presentare deve essere conforme allo schema allegato al citato decreto ministeriale.

In particolare, l'art. 7, comma 2, dello schema tipo relativo alla cauzione provvisoria, prevede che "Il mancato pagamento del premio/commissione non può essere opposto alla stazione appaltante". Ne discende che, nelle more del pagamento delle somme dovute dall'appaltatore a titolo di premio, la garanzia dovrebbe considerarsi ancora pienamente efficace, in deroga al principio generale sancito dall'art. 1901 c.c., a mente del quale l'assicurazione resta sospesa qualora il contraente non paghi i premi assicurativi.

Al riguardo, deve evidenziarsi che la Corte dei Conti aveva ipotizzato l'illegittimità di una clausola simile prevista dall'art. 103, comma 4, d.P.R. 554/99, in tema di polizza di assicurazione per danni di esecuzione e responsabilità civile verso terzi, ai sensi del quale "l'omesso o il ritardato pagamento delle somme dovute a titolo di premio da parte dell'esecutore non comporta l'inefficacia della garanzia".

Le stesse Compagnie assicuratrici avevano proposto ricorso al TAR Lazio avverso l'illegittimità di clausole di siffatta portata, in assenza di un accordo preventivo tra le parti, senza, però, avere esito positivo (*cf.* TAR Lazio, Roma, Sez. II, 17 aprile 2001, n. 3256).

Tuttavia, ritenendo non infondati i rilievi sopra esposti dalle Compagnie assicuratrici, il richiamato d.m. 123/04, con riferimento all'art. 103, comma 4, d.P.R. 554/99, relativo alla polizza di assicurazione per danni di esecuzione e responsabilità civile verso terzi, sembra aver mitigato la previsione di efficacia della garanzia

nonostante il mancato pagamento del premio, prevedendo, all'art. 23 dello schema n. 2.3, che "l'omesso o il ritardato pagamento delle somme dovute a titolo di premio da parte del Contraente non comporta l'inefficacia della copertura assicurativa nei confronti del Committente per 2 mesi a partire dalla data del pagamento dovuto".

Diversamente, con riguardo alla garanzia per la cauzione definitiva, come sopra evidenziato, il d.m. 123 in parola, nello schema tipo n. 1.2, non ha previsto alcun limite temporale alla efficacia della polizza in caso di mancato pagamento del premio, limitandosi a prevedere che il garante non può opporre tale inadempimento alla stazione appaltante.

Ad ogni buon conto, deve rilevarsi che il mancato pagamento del premio, comunque, non sembra integrare gli estremi della gravità, richiesta ai fini della risoluzione del contratto, posto che, in tale ipotesi, il citato d.m. 123/04 non prevede quale sanzione l'inefficacia del contratto.

Lo stesso legislatore, al comma 4 dell'art. 101, d.P.R. 554/99, nelle ipotesi di inadempienza che facciano venir meno in tutto o in parte la cauzione, prevede la reintegrazione della cauzione e non la risoluzione del contratto, statuendo che detta reintegrazione possa essere effettuata a valere sui ratei di prezzo da corrispondere all'appaltatore.

2. E' possibile esperire una procedura negoziata escludendo dal Capitolato speciale di appalto l'obbligo di presentazione della cauzione provvisoria e definitiva?

A stretto rigore, ai sensi dell'art. 75, d.lgs. 163/06 e s.m.i., l'offerta deve essere corredata da una garanzia sotto forma di cauzione o fideiussione, a scelta dell'offerente, pari al 2% del prezzo indicato nel bando o nell'invito alla gara.

Detta garanzia, com'è noto, è preordinata a garantire la serietà dell'offerta e a coprire la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario.

Del pari, l'esecutore del contratto, al fine di coprire gli oneri per il mancato o inesatto adempimento, è obbligato, ex art. 113 del Codice, a costituire una garanzia fideiussoria del 10% dell'importo contrattuale.

Pertanto, stante le finalità sottese alle suindicate garanzie e il dettato legislativo dianzi evidenziato, la stazione appaltante è tenuta a prevedere, nella *lex specialis* di gara, la presentazione delle citate cauzioni, provvisoria e definitiva.

Tuttavia, deve rilevarsi che, ai sensi dell'art. 53, comma 8, Regio Decreto 23 maggio 1924, n. 827 (Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato), "*è fatta salva all'amministrazione di prescindere in casi speciali dal richiedere una cauzione per le forniture o lavori da eseguirsi da persone o ditte, sia nazionali che estere, di notoria solidità e per le provviste di cui ai numeri 2 e 3 dell'art. 38*", del medesimo Regio Decreto.

Le provviste di cui al richiamato art. 38, nn. 1 e 2, R.D. 827/24, sono costituite rispettivamente da materie e derrate che per la loro natura, o per l'uso speciale a cui sono destinate, debbono essere acquistate nel luogo della produzione o fornite direttamente dai produttori; e da prodotti d'arte, macchine, strumenti e lavori di precisione, l'esecuzione dei quali deve commettersi ad artefici o ditte specializzate.

3. Può essere ammesso ad una gara un costituendo raggruppamento temporaneo d'impresa che ha presentato la cauzione provvisoria sottoscritta soltanto dalla mandataria?

Il contratto di fideiussione interviene tra il garante (Banca o Istituto assicurativo) ed il beneficiario (la stazione appaltante) e si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo ai sensi dell'art. 1333 cod.civ..

Il garantito, pertanto, non è parte necessaria del contratto, posto che la fideiussione ha efficacia anche se il garantito non è a conoscenza del contratto (*cf.* art. 1936, secondo comma, cod.civ.).

Ciò premesso, con riguardo alla validità di una cauzione provvisoria presentata da un'ATI costituenda, ai fini della partecipazione ad una gara d'appalto, si evidenzia che, secondo l'orientamento giurisprudenziale formatosi sul punto, la polizza fideiussoria deve essere intestata non solo alla società capogruppo ma anche alle mandanti, individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alle gare di loro comune interesse (*cf.* TAR Catanzaro, Sez. I, 22 marzo 2007, n. 242; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 2 ottobre 2007, n. 9620; Cons. Stato. Sez. VI, 28 febbraio 2006, n. 893).

Ciò deriva dall'esigenza di coprire i rischi relativi ai casi in cui l'inadempimento sia riconducibile alle mandanti e, pertanto, *“dall'esigenza di evitare che la stazione appaltante si trovi priva di adeguata garanzia nell'ipotesi in cui la violazione degli obblighi connessi alla partecipazione alla gara (ivi compresa la sottoscrizione del contratto) sia addebitabile ad una o più imprese mandanti”* (*cf.* TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 21 aprile 2008, n. 252).

Infatti, secondo tale impostazione, *“in presenza di una ATI costituenda, il soggetto garantito non è la ATI nel suo complesso (non essendo ancora costituita) e non è neppure la sola capogruppo designata. Garantite sono tutte le imprese associate, che durante la gara operano individualmente e responsabilmente nell'assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara, ivi compreso, in caso di aggiudicazione, quello (per le future mandanti) di conferire il mandato collettivo alla impresa designata capogruppo, che stipulerà il contratto con l'Amministrazione. In altre parole, in caso di ATI costituenda, la garanzia deve essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara. Diversamente verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante, quante volte l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle*

mandanti” (cfr. tra le più recenti Tribunale Regionale Giust. Amm. Trentino Alto Adige Bolzano, 10 marzo 2009, n. 82).

Pertanto, considerato che il soggetto garantito non è né il raggruppamento nel suo complesso, né la sola capogruppo designata, qualora la cauzione provvisoria sia intestata a tutte le società raggruppande, la stazione appaltante risulta validamente garantita, non rilevando, in siffatta fattispecie, la mancata sottoscrizione della polizza da parte di una di esse.

Infatti, la stessa giurisprudenza, sul punto, ha evidenziato che *“nel caso di garanzie prestate da riunioni di imprese, la questione della sottoscrizione da parte delle imprese associate in un raggruppamento di imprese costituendo non assume valore decisivo ai fini della validità del contratto di fideiussione.....omissis....il fatto che nella polizza fideiussoria di specie non compaia la sottoscrizione del garantito (e a maggior ragione di uno dei due componenti del raggruppamento) non assume quindi di per sé alcun rilievo ai fini del perfezionamento e dell’efficacia della garanzia”* (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 28 febbraio 2006, n. 893).

4. Può essere ammesso ad una gara un costituendo raggruppamento temporaneo d’imprese che ha presentato la cauzione provvisoria intestata soltanto dalla mandataria?

La questione è stata al centro di un acceso dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza, sopito solo a seguito dell’intervento dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza del 4 ottobre 2005, n. 8.

I giudici di Palazzo Spada hanno affermato che *“in presenza di una ATI costituenda, il soggetto garantito non è la ATI nel suo complesso (non essendo ancora costituita) e non è neppure la sola capogruppo designata. Garantite sono tutte le imprese associande, che durante la gara operano individualmente e responsabilmente nell’assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara, ivi compreso, in caso di aggiudicazione, quello (per le future mandanti) di conferire il mandato collettivo alla impresa designata capogruppo, che stipulerà il contratto con l’Amministrazione”*.

Pertanto, la polizza fideiussoria deve essere intestata a tutte le imprese che costituiranno il raggruppamento.

5. Anche nell’ambito degli affidamenti c.d. in economia è obbligatorio prevedere che l’offerta debba essere corredata dalla garanzia di cui all’art. 75, d.lgs. 163/06 (cauzione provvisoria)?

La giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere che le regole procedurali dettate dal Codice dei contratti pubblici per le procedure “ordinarie” non trovano applicazione nell’ambito dei c.d. affidamenti in economia, disciplinati dall’art. 125 del d.lgs. 163/06, la cui *ratio*

consiste nel garantire lo snellimento e la celerità delle procedure di lieve rilievo economico.

Ed invero, già il TAR Toscana, con la sentenza n. 1989 dell'11 settembre 2008, ha avuto modo di chiarire che la procedura di cottimo fiduciario di cui all'art. 125 d.lgs. 163/06, rappresenta una procedura negoziata la quale, pur procedimentalizzata *“non richiede tuttavia il necessario rispetto dello specifico assetto disciplinare predisposto dal Codice dei contratti pubblici per le procedure aperte e ristrette, com'è peraltro reso evidente dal richiamo al rispetto dei principi, cioè dei contenuti valoristici sostanziali della trasparenza, parità di trattamento ecc. senza tuttavia il necessario ossequio di tutti i passaggi procedurali in cui tali principi si inverano nelle procedure concorsuali ordinarie”*.

Orbene, appare evidente, dunque, che la stazione appaltante, nell'ambito di un affidamento mediante cottimo fiduciario, non possa considerarsi obbligata ad applicare l'intera disciplina codicistica prevista per le procedure ordinarie, ivi compresa, quindi, la garanzia a corredo dell'offerta *ex art. 75*, pena l'integrale assimilazione di una procedura in economia ad una ordinaria procedura di affidamento.

Ne consegue, dunque, che, sulla scorta della *ratio* sottesa all'istituto delle acquisizioni in economia ed alla luce delle citate pronunzie del giudice amministrativo, il disposto di cui all'art. 75 cit. non può essere assimilato ad un principio generale delle procedure di affidamento e, quindi, non trova automatica applicazione se non laddove, in base ad una scelta discrezionale dell'amministrazione, tale obbligo sia espressamente previsto nella *lex specialis* di gara.

6. A seguito dell'approvazione della progettazione dei lavori, la polizza assicurativa prevista a carico dei professionisti esterni, deve essere generica ovvero specifica?

L'art. 111 del d.lgs. 163/06, prevede che, nei contratti relativi a lavori pubblici, il progettista o i progettisti incaricati della progettazione posta a base di gara, e in ogni caso della progettazione esecutiva, devono essere muniti, dalla data di approvazione rispettivamente del progetto posto a base di gara e del progetto esecutivo, di una polizza di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di propria competenza, per tutta la durata dei lavori e sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio.

La polizza del progettista deve coprire, oltre alle nuove spese di progettazione, anche gli eventuali maggiori costi che la stazione appaltante dovesse sopportare per le varianti che si rendessero necessarie in corso di esecuzione.

Le nozioni di “nuove spese di progettazione” e di “maggiori costi”, c.d. “rischi speciali”, sostanziano le ipotesi a copertura delle quali viene richiesta la presentazione della polizza suindicata.

La *ratio* della norma è, quindi, quella di tutelare la stazione appaltante, a far data dall'approvazione del progetto, per i rischi derivanti da eventuali ulteriori oneri di progettazione discendenti da omissioni nella redazione del progetto esecutivo posto a base dell'appalto dei lavori.

La garanzia da prestare deve, pertanto, riguardare esclusivamente i lavori progettati, non essendo sufficiente una generica polizza che garantisca l'intera attività professionale del soggetto (*cf.* Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, Delibera 4 ottobre 2001, n. 343).

Chiaro, al riguardo, appare il tenore della norma contenuta nell'art. 105, comma 4, d.P.R. n. 554/99, ai sensi della quale la polizza di responsabilità civile professionale deve avere come oggetto lo specifico riferimento ai lavori progettati.

Si ritiene, pertanto, che il progettista esterno debba presentare una polizza assicurativa che copra i rischi derivanti dalla progettazione esecutiva predisposta, non apparendo sufficiente e rispondente al dettato normativo una polizza generica, ancorché con un massimale superiore.

Infine, si ricorda che la mancata presentazione da parte dei progettisti della polizza di garanzia esonera le amministrazioni pubbliche dal pagamento della parcella professionale.