



Autorità Nazionale Anticorruzione

VIGILANZA CONTRATTI PUBBLICI

Determinazione n.1 del 29/7/2014

“Problematiche in ordine all’uso della cauzione provvisoria e definitiva (artt. 75 e 113 del Codice)”

Sommario

1. Quadro normativo di riferimento.....	1
2. L’applicabilità degli articoli 75 e 113 ai settori speciali.....	3
3. Sull’esclusione delle garanzie degli intermediari finanziari.....	4
4. Sulla richiesta di livelli elevati di rating.....	6
5. Sul contratto autonomo di garanzia.....	8
6. Sullo svincolo della cauzione.....	9

Nella presente Determinazione vengono presentate alcune indicazioni operative per il superamento di talune criticità riscontrate dall’Autorità, nell’ambito della propria attività istituzionale, in ordine all’applicazione dell’istituto della cauzione.

1. Quadro normativo di riferimento

Partendo dal dato normativo, in tema di cauzioni, l’art. 75 del Codice stabilisce per gli appalti di lavori, servizi e forniture l’obbligo di corredare l’offerta di una cauzione, detta cauzione provvisoria, in misura pari al 2% dell’importo indicato nel bando di gara o nella lettera d’invito, il cui scopo è quello di garantire la serietà e l’affidabilità dell’offerta stessa. La norma in commento consente al

partecipante di prestare a garanzia dell'offerta, a sua scelta, garanzie reali e/o personali. La cauzione provvisoria può essere costituita, infatti, in contanti ovvero in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato oppure sotto forma di fideiussione. Quest'ultima può essere bancaria o assicurativa o rilasciata da intermediari finanziari purché questi siano iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58¹.

L'art. 113 del Codice disciplina invece la cauzione definitiva il cui scopo è garantire la corretta esecuzione dell'appalto, imponendo all'esecutore del contratto la costituzione di una garanzia fideiussoria pari al 10% dell'importo contrattuale con cui il fideiussore si impegna a risarcire la stazione appaltante del mancato o inesatto adempimento del contraente (art. 113 comma 5). L'ammontare di questa cauzione deve essere pari al 10% dell'importo del contratto, ma può variare, nel caso vi sia un ribasso d'asta superiore al 10%, in base ad un particolare tipo di calcolo che consente di quantificare l'importo della cauzione alle condizioni di aggiudicazione, imponendo all'aggiudicatario che ha formulato un ingente ribasso d'asta la presentazione di garanzie direttamente proporzionate allo sconto praticato in sede di offerta.

La garanzia deve necessariamente essere prestata sotto forma di fideiussione e *“deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante”*.

A sua volta, l'art. 113 richiama espressamente l'art. 75, comma 3, il quale estende l'ambito dei soggetti che possono prestare la cauzione, oltre che a banche e ad imprese di assicurazioni, a tutti gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie. Tale garanzia fideiussoria sarà progressivamente svincolata a misura dell'esecuzione nel limite massimo dell'80% dell'iniziale importo garantito. Lo svincolo del residuo 20% dell'iniziale importo garantito va effettuato secondo quanto previsto dalla normativa vigente. Entrambi gli strumenti (cauzione provvisoria e cauzione definitiva) sono indispensabili a garantire il corretto svolgersi della procedura concorsuale sicché la mancata costituzione della garanzia porta – in modo sostanzialmente automatico – alla perdita di effetti dell'aggiudicazione.

In particolare, per quanto concerne la cauzione provvisoria non vi è uniformità di vedute circa la possibilità di applicare l'istituto del soccorso istruttorio; al riguardo, l'Autorità nella Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, ha affermato che: *“più complessa appare l'ipotesi di*

¹ Le caratteristiche che devono possedere gli intermediari finanziari per rilasciare fideiussioni sono quelle risultanti dalle modifiche introdotte dall'art. 28, comma 1, D.Lgs. 19 settembre 2012, n. 169. In precedenza la normativa prevedeva che gli intermediari dovessero essere iscritti negli appositi albi, di cui all'art. 107 del D.Lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (Testo Unico Bancario).

presentazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario, giacché parte della giurisprudenza ammette, in tal caso, l'esercizio del soccorso istruttorio volto a fare integrare la garanzia. Si ritiene che la questione vada ricondotta ai principi generali che presiedono l'applicazione dell'art. 46, comma 1, del Codice in tema di integrazione documentale, ammissibile solo ove non incida sulla parità di trattamento tra i concorrenti e, quindi, nel caso di specie, in ipotesi di evidente errore formale”.

2. L'applicabilità degli articoli 75 e 113 ai settori speciali

Le disposizioni normative di cui agli artt. 75 e 113 del Codice in tema di cauzioni negli appalti pubblici, ai sensi dell'art. 206 del medesimo Codice, non rientrano tra le norme di diretta applicazione ai settori cd. “speciali”. L'art. 206, infatti, effettua una puntuale ricognizione delle norme applicabili a tali settori, ed essendo una norma di stretta interpretazione, il mancato riferimento espresso alle disposizioni in materia di cauzioni per i settori ordinari comporta che soltanto con la *lex specialis* di gara la stazione appaltante possa discrezionalmente autovincolarsi alla specifica normativa soprarichiamata. A tale proposito, occorre ricordare che quando si tratta di amministrazioni aggiudicatrici o di organismi di diritto pubblico ex art. 3 del Codice, l'applicazione del regime semplificato previsto dalla terza parte del Codice stesso è strettamente condizionata alla circostanza che essi operino nei settori definiti “speciali”. Al di fuori delle attività summenzionate, per ogni appalto non strumentalmente connesso al settore specifico, torna applicabile la disciplina di carattere generale (vd. Consiglio di Stato n. 2919/2011). Viceversa, per le imprese pubbliche che non rientrino nel novero dei soggetti sopra indicati, l'Adunanza Plenaria n. 16/2011 ha definitivamente chiarito che esse sono tenute all'osservanza della disciplina degli appalti pubblici solo nei settori speciali.

Quando un'impresa pubblica o organismo di diritto pubblico attivi nei settori speciali decidono di richiedere una cauzione, provvisoria o definitiva, necessariamente devono trovare applicazione i principi stabiliti all'art. 2 del Codice, di cui gli artt. 75 e 113.

In questo senso, l'operazione di applicare “altre” regole rispetto a quelle elencate nell'art. 206 non può condurre le stazioni appaltanti a dettare regole “più severe e più stringenti” che, anziché semplificare e aprire la partecipazione limitino, di fatto, l'ambito partecipativo, vanificando la stessa specialità per come intesa dal legislatore (Parere del Consiglio di Stato al Codice dei contratti Sezione consultiva - Adunanza del 6 febbraio 2006).

L'art. 206, comma 3, del Codice dei Contratti Pubblici, come pure l'art. 339, comma 2, del Regolamento (D.P.R. 207/2010), consente agli enti aggiudicatori nei settori speciali di applicare parzialmente o di far riferimento ad altre disposizione dell'ordinamento giuridico degli appalti,

dandone preventiva comunicazione nella *lex specialis*, a patto però che sussista una giusta proporzione tra dette “regole” e la natura, la complessità e l’importanza dell’appalto, senza che ulteriori vincoli procedurali e sostanziali possano ostacolare la massima concorrenza nell’affidamento.

In buona sostanza la discrezionalità accordata dal legislatore agli enti aggiudicatori che indicano appalti nei settori speciali incontra necessariamente dei limiti, poiché se da un lato consente di gestire le procedure di gara in modo più elastico e semplificato, dall’altro è chiaro che tale discrezionalità deve essere gestita secondo criteri non discriminatori, di logicità e ragionevolezza, rispettando il principio di proporzionalità e di congrua motivazione, rispettando altresì i principi e le disposizioni comuni a tutti gli appalti sia dei settori ordinari che di quelli speciali per come definiti nell’art. 2 comma 1 del Codice.

Viceversa, nel contenuto dei bandi, si riscontra una prassi largamente diffusa tra le stazioni appaltanti di richiedere dei requisiti che potrebbero produrre discriminazioni tra i concorrenti impedendo un corretto svolgimento delle procedure. Le stazioni appaltanti, infatti:

- a) tendono a limitare la scelta dei soggetti garanti, includendo solo banche o banche e assicurazioni ed escludendo l’estensione agli intermediari finanziari iscritti negli appositi albi (ex art. 107 del D.lgs. 1 settembre 1993 n. 385, TUB) tenuti dalla Banca d’Italia; (vd. par. 3);
- b) richiedono il possesso di determinati livelli di rating, come assegnati dalle principali agenzie internazionali. (vd. par. 4).

Inoltre, le imprese di assicurazione contestano la previsione di richiedere che le garanzie siano prestate nella forma del “*contratto autonomo di garanzia*”, ossia nei termini di garanzia da escutersi a prima richiesta e senza eccezioni. (vd. par. 5)

Le imprese, soprattutto di dimensioni medio piccole, lamentano di essere penalizzate dalle indicazioni operative sopra richiamate e dal rifiuto, di fatto, delle imprese di assicurazione di accettare di sottoscrivere un contratto autonomo di garanzia; ciò le porrebbe in una situazione di svantaggio nella competizione in violazione del principio di ampia partecipazione alle procedure selettive.

3. Sull’esclusione delle garanzie degli intermediari finanziari

Gli intermediari finanziari sono stati definitivamente abilitati a prestare la *garanzia di esecuzione* del contratto dalla modifica al Codice introdotta dal D.Lgs. n. 113 del 2007 (secondo decreto correttivo)².

Tale novella, come ricordato, riguarda solo i settori ordinari e non ha integrato la disciplina dei settori speciali. Diverse stazioni appaltanti, operanti nei settori speciali, adducendo una presunta minore affidabilità della categoria degli intermediari rispetto alle banche ed alle imprese di assicurazione, hanno ritenuto così di non inserirla nel novero dei potenziali garanti.

Nella valutazione del legislatore riferita ai settori ordinari, invece, tale affidabilità è stata pienamente recuperata, in quanto l'operatività degli intermediari finanziari è sottoposta al controllo di Banca d'Italia e a uno specifico assenso ministeriale.

Tra l'altro la Banca d'Italia ha segnalato un fenomeno "allarmante" rappresentato dalle gravi difficoltà incontrate dalle stazioni appaltanti, anche quelle attive nei settori ordinari, nell'escussione della garanzia prestata da alcuni intermediari finanziari. Si tratta di rischi assunti da *intermediari* non commisurati alle loro strutture patrimoniali ed organizzative, o anche da soggetti non autorizzati a svolgere tali attività in quanto non iscritti nell'elenco speciale di cui al richiamato art. 106 del TUB, né assoggettati a vigilanza prudenziale da parte di Banca d'Italia bensì sottoposti a forme di controllo più blande (confidi ex art 155, c.4 e intermediari ex art. 106 TUB).

Per superare tali criticità appare necessario che le stazioni appaltanti richiedano che, nel caso del ricorso ad intermediari finanziari, il modulo di fideiussione contenga gli estremi dell'autorizzazione di cui all'art. 127, comma 3, del Regolamento³.

D'altro canto, occorre considerare che la normativa vigente in materia è contenuta nel D.Lgs n. 141 del 2010 (TUB) di recente modificato dal D.lgs. n. 169 del 2012. La riforma ha unificato l'elenco dei soggetti di cui all'art. 107 e sono state potenziate le misure sanzionatorie che la Banca d'Italia, nell'ambito della propria attività di vigilanza sugli intermediari finanziari, è facultata ad adottare. Il nuovo art. 108, infatti, prevede che ciascun intermediario dovrà strutturarsi secondo i dettami del disposto di cui al D.Lgs. 141/2010, nonché nel rispetto delle disposizioni attuative che la Banca d'Italia è tenuta ad emanare e che interessano "*il governo societario, l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni, l'organizzazione*

² Con essa scompare l'inciso "*fideiussione bancaria o polizza assicurativa*" e viene sostituito con il rinvio alle modalità di costituzione della polizza contenute al comma 3 dell'art. 75. Prima della citata modifica, tale estensione soggettiva era espressamente esclusa (cfr. sul punto Deliberazione n. 42/2007 di questa Autorità). Tuttavia, la giurisprudenza all'indomani di questo ampliamento ha sovente avanzato dei dubbi circa l'immediata operatività della norma in riferimento al rilascio della cauzione definitiva da parte degli intermediari finanziari, per difetto di coordinamento della normativa. Infatti, il D.P.R. 30 marzo 2004, n.115, abrogato dal D.Lgs 163/2006 (contenente i criteri per il rilascio dell'autorizzazione alla prestazione, da parte di intermediari finanziari, di fideiussione in relazione all'affidamento dei lavori pubblici) al suo art.2 comma 1, prevedeva e disciplinava unicamente la cauzione provvisoria, ma non la definitiva. Il Regolamento attuativo del Codice (art. 127 rubricato in Requisiti dei Fideiussori) ha eliminato questi dubbi ed oggi ammette definitivamente la possibilità che la cauzione definitiva possa essere rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco 106 del D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, oltre che dalle banche e dalle imprese assicurative.

³ Si deve rilevare che nel sito della Banca d'Italia, alla pagina contenente l'elenco degli Intermediari finanziari ex art. 106 - Abilitati a prestare garanzie nei confronti del pubblico, ai sensi dell'art. 11 del DM 29/2009, è espressamente indicato: "*Al momento nessuna società iscritta nell'elenco generale è abilitata a prestare garanzie nei confronti del pubblico ai sensi dell'art. 11 del DM n.29/2009*".

amministrativa e contabile, i controlli interni ed i sistemi di remunerazione e incentivazione nonché l'informativa da rendere al pubblico sulle predette materie”.

Si deve quindi ritenere che la nuova normativa possa offrire strumenti nel complesso adeguati per la valutazione e il controllo dell'affidabilità dei soggetti che operano sul mercato, facendo venire meno le resistenze delle stazioni appaltanti ad estendere la previsione normativa che ammette la possibilità che la cauzione definitiva possa essere rilasciata dagli intermediari anche per gli appalti ricadenti nei settori speciali.

In ogni caso si ritiene che persista la necessità di verificare la loro idoneità a rilasciare fideiussioni mediante l'inserimento degli estremi dell'autorizzazione.

Si deve, infine, rammentare che sul sito della Banca d'Italia è possibile verificare se l'intermediario è abilitato a prestare garanzie nei confronti del pubblico, ai sensi dell'art. 11 del D.M. 29/2009, nonché è possibile consultare l'elenco dei soggetti, con sede in Italia o all'estero, che risultano operare sul territorio nazionale in assenza delle necessarie autorizzazioni; tale lista intende offrire un contributo per il “Contrasto dell'abusivismo bancario e finanziario”.

4. Sulla richiesta di livelli elevati di rating

Il rating è la valutazione della qualità di una società o delle sue emissioni di titoli di debito sulla base della solidità finanziaria della società stessa e delle sue prospettive. Letteralmente vuol dire “classificazione”: valutazione e classificazione della solvibilità e redditività di debitore, società o ente pubblico, espressa da una società specializzata attraverso un voto che fa parte di una scala di gradazione. Il voto assegnato dalle agenzie qualificate è tenuto in grande considerazione dagli investitori istituzionali, spesso vincolati anche dalle normative di vigilanza ad investire solamente in titoli dotati di un rating minimo. La valutazione, infatti, può essere effettuata anche su titoli azionari ed obbligazionari. L'assegnazione di un rating agevola gli emittenti nel processo di fissazione del prezzo e di collocamento dei titoli emessi. Per questi motivi, i soggetti che desiderano collocare titoli sui mercati finanziari internazionali sono indotti a richiedere una valutazione del loro merito di credito alle agenzie di rating.

Alcune stazioni appaltanti attive nei settori speciali ammettono sia per la cauzione provvisoria, sia per la cauzione definitiva, solo fideiubenti con un rating di lungo periodo uguale o superiore a determinati livelli stabiliti ad esempio da Fitch, Standard & Poor's o Moody's Investor Service. In generale, le ragioni addotte dalle SA interpellate per giustificare la richiesta di rating ai garanti hanno evidenziato che nell'ottica dell'ente appaltante il “rating” è considerato quale elemento “tranquillizzante” sul livello del patrimonio di un'impresa o di una banca libero da impegni ed in grado di garantire la correttezza e l'affidabilità e, soprattutto, la solvibilità dello stesso fideiussore.

Se sono comprensibili le ragioni che spingono le stazioni appaltanti ad una tale richiesta, lo strumento utilizzato allo scopo non appare sufficiente a garantirle e potrebbe introdurre elementi di distorsione nel mercato degli appalti pubblici. Infatti, la richiesta di rating ai garanti inserita nei bandi di gara appare in grado di discriminare perché determina disparità tra i soggetti che operano nel mercato creditizio/finanziario (intermediari, banche, assicurazioni) e potrebbe limitare la partecipazione alle gare delle imprese che segnalano difficoltà a reperire le garanzie necessarie per accedere alla gara d'appalto.

Ciò in quanto, per quel che riguarda il mercato finanziario, alcuni possibili fideiussori, anche se in possesso di margini di solvibilità elevati, non sempre hanno un rating, in quanto non procedono al collocamento di titoli sul mercato; inoltre, come confermano anche i pareri espressi dalla Banca d'Italia e dall'ABI, non sempre il rating costituisce un indice certo di riferimento nella stima dei parametri rilevanti per la determinazione dei requisiti patrimoniali di un dato soggetto. Gli approfondimenti condotti nel tavolo tecnico non hanno dimostrato l'esistenza di una correlazione tra la mancata corresponsione della cauzione e l'indice di rating che la Società può vantare; le segnalazioni pervenute all'Autorità, infatti, mostrano che spesso il mancato pagamento della cauzione è, in diversi casi, riferibile anche ad aziende con rating elevato. Inoltre, il problema degli inadempimenti non è proporzionalmente correlato alle dimensioni dell'appalto, anzi spesso si verifica in appalti di entità medio piccole non in grado di incidere sulla situazione finanziaria complessiva del garante.

In ogni caso, anche ammessa la legittimità di introdurre vincoli sulla natura e qualità dei fideiussori, attualmente non consentita dal Codice, il rating non rappresenta un criterio di valutazione attendibile per stabilire la solvibilità dell'azienda. L'Autorità nella Determinazione n. 2 del 13 marzo 2013, *Questioni concernenti l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa*, ha osservato che, piuttosto che valutare la qualità delle imprese di assicurazione sulla base del rating, è preferibile ricorrere ad altri indicatori quali l'indice di solvibilità, congiuntamente alla raccolta premi specifica.

Per quanto riguarda le piccole e medie imprese, le limitazioni poste ai garanti in merito alla possibilità di rilasciare garanzie potrebbero introdurre ostacoli elevati alla partecipazione alle gare. Infatti, in tal modo aumentano sicuramente i costi di ricerca e gli oneri per la garanzie; ad esempio, le garanzie bancarie sono assimilabili a tutti gli effetti ai crediti e ciò potrebbe introdurre una barriera insormontabile in un periodo caratterizzato da restrizioni al credito.

Si deve, infine, osservare che la recente crisi economica ha determinato continue riduzioni nel rating riconosciuto all'intera economia italiana e, di conseguenza, alcuni enti aggiudicatori hanno reso noto di provvedere periodicamente ad aggiornare il livello di rating richiesto, proprio al fine di tener conto dell'andamento complessivo del sistema.

In conclusione, la richiesta da parte delle Stazioni appaltanti di rating pari o superiore ad un determinato minimo attribuito dalle società di certificazione internazionale è una previsione che si pone in violazione dei principi di cui all'articolo 2 del Codice. Infatti, introduce restrizioni non previste dal Codice che non appaiono neppure correlate e proporzionate con gli obiettivi che si intende perseguire. I correttivi introdotti da talune amministrazioni aggiudicatrici alleviano leggermente gli effetti delle restrizioni poste, ma non appaiono sufficienti a garantire condizioni di pari concorrenza tra le imprese sul mercato.

5. Sul contratto autonomo di garanzia

Contrariamente a quanto sostenuto dalle imprese di assicurazione, la richiesta di rilascio di garanzie dal contenuto di contratto autonomo appare compatibile con quanto previsto in materia dal Codice.

La normativa primaria, riferibile ai settori ordinari, con riferimento alla “cauzione definitiva” stabilisce al comma 2 dell'art. 113, analogamente a quanto già stabilito dall'art. 75, comma 4, che le garanzie a corredo dell'offerta rechino le seguenti clausole: 1) la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale; 2) la rinuncia, all'eccezione di cui all'art. 1957 c.c., comma 2, e cioè all'eccezione di intervenuta scadenza della fideiussione; 3) l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante. Può, dunque, dirsi che il legislatore ha inteso chiaramente attribuire alla cauzione la forma di garanzia sostanzialmente autonoma ed astratta, a differenza della fideiussione, priva del vincolo dell'accessorietà, al fine di tutelare la fase di esecuzione del contratto e, quindi, gli interessi pubblici e le esigenze della stazione appaltante.

Alcune imprese di assicurazione sostengono l'applicabilità al fideiussore dell'art. 1945 c.c., ossia la facoltà *di opporre al creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale salvo quella derivante dall'incapacità*. Le imprese invocano tale possibilità perché è proprio la rinuncia all'eccezione *tout court* (piuttosto che il *pagamento a prima richiesta* o *a semplice richiesta* o *l'esigibilità nei 15 giorni*) a rappresentare il principale punto di distacco dallo schema tipico della fideiussione codificato dal codice civile (Cass. Civ. III, 3 ottobre 2005, n.19300, id. 20 aprile 2004, n.7502). L'impresa di assicurazione, mantenendo in tal modo salva la facoltà di invocare le eccezioni previste dal contratto fideiussorio, conserverebbe la possibilità di indennizzare solo a condizione di aver verificato in concreto la presenza del danno o viceversa rifiutare il pagamento in caso di sua riscontrata assenza o inferiore entità rispetto al denunciato.

La tesi non sembra accoglibile, laddove si consideri che il legislatore, nel prevedere l'assimilabilità delle cauzioni ex artt. 75 e 113 alle garanzie autonome, ha inteso tutelare prevalentemente l'interesse pubblico e gli interessi delle stazioni appaltanti. L'Autorità si è più volte pronunciata sul

tema *in fase di precontenzioso* e, in presenza di bandi o lettere di invito *nell'ambito di settori speciali*, che prevedevano la prestazione di cauzione *definitiva con rinuncia alle eccezioni sulla validità ed efficacia del contratto di appalto, secondo lo schema del contratto autonomo di garanzia, affermandone la piena legittimità*, (vd. *Prec. Avcp n. 173 e n. 178 del 2012*). Sulla questione, che ha prodotto un acceso dibattito in dottrina, è intervenuta la pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite (Cass. Civ., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n.3947), nella quale si definisce il contratto autonomo di garanzia *“una fattispecie atipica ai sensi dell’art. 1322 c.c. comma 2 che persegue un interesse “meritevole di tutela, identificabile nell’esigenza condivisa di assicurare l’integrale soddisfacimento dell’interesse economico del beneficiario vulnerato dall’inadempimento del debitore originario e, di conseguenza, di conferire maggiore certezza allo scorrere dei rapporti economici.”* Con specifico riguardo alla funzione della cauzione, le Sezioni Unite ritengono così che *“la clausola “a prima richiesta e senza eccezioni” dovrebbe di per sé orientare l’interprete verso l’approdo alla fattispecie del contratto autonomo di garanzia, salva evidente, patente, irredimibile discrasia con l’intero contenuto “altro” della convenzione negoziale”*.

6. Sullo svincolo della cauzione

Per gli appalti di lavori, la cauzione definitiva è progressivamente svincolata, in base al combinato disposto di cui agli art. 123 comma 1 del Regolamento e 113 del Codice. Essa garantisce l’esecuzione del contratto, e potrà essere escussa nei limiti del danno effettivo e delle ulteriori voci previste dall’art. 123 del Regolamento, ferma restando la possibilità di agire per il maggior danno, ove la somma accantonata non sia sufficiente.

Il suo svincolo è legato allo stato di avanzamento dei lavori nei limiti dell’80% dell’importo garantito e alla consegna al garante del certificato relativo allo stato di avanzamento lavori. E’ rimessa invece alla stazione appaltante la decisione circa l’importo da svincolare, nonché con riguardo alla fase temporale in cui svincolare, atteso che gli unici parametri offerti dal legislatore sono in ordine all’andamento progressivo dello svincolo e all’ammontare massimo dello stesso. Il residuo 20% permane oltre la conclusione dei lavori, fino alla cessazione di efficacia della cauzione che interviene solo alla data di emissione del certificato di collaudo o della verifica di conformità in caso di servizi o forniture, ai sensi dell’art. 324 del Regolamento. La durata della garanzia deve permanere fino a 12 mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato (art. 123, comma 1 Regolamento). Lo svincolo progressivo risponde al principio di proporzionalità e rappresenta un utile sistema per evitare agli appaltatori aggravi economici ingiustificati.

L'Autorità, come già specificato nella deliberazione n. 85 del 10 ottobre 2012, ritiene che tali previsioni siano direttamente applicabili anche agli appalti di servizi e forniture. In tale deliberazione si è, infatti, osservato: *“pur non essendo previsto espressamente un meccanismo di svincolo progressivo della cauzione definitiva equivalente a quello previsto dall'art. 113 del codice e disciplinato dall'art. 194 del d.p.r. n. 207/2010 (stato di avanzamento lavori), lo stesso può trovare applicazione anche nel settore dei servizi e delle forniture. Pertanto, ai fini dello svincolo parziale della polizza fideiussoria, può sopperire un'analogha attestazione sullo stato di esecuzione del servizio o della fornitura emessa dalla stazione appaltante su richiesta dell'operatore, da produrre all'istituto bancario o assicurativo che ha prestato la garanzia fideiussoria”*.

Un tale meccanismo potrebbe essere senz'altro di ausilio sia all'appaltatore sia al garante: infatti, da un lato consente al primo di essere tenuto a corrispondere un premio di importo inferiore rispetto a quello originariamente previsto in polizza, diminuito pro quota rispetto alla prestazione eseguita; dall'altro consente al secondo di svincolare parte delle somme garantite nella cauzione aumentando la propria liquidità.

Sempre in materia di collaudo, ma con maggiore attenzione ai lavori specie quelli relativi all'alta velocità, è utile ricordare che il legislatore ha introdotto l'articolo 237-bis del Codice (articolo 34-bis del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modifiche dalla Legge 17 dicembre 2012, n. 221) che prevede lo svincolo della cauzione, per un importo pari ad almeno l'80% per le opere realizzate nell'ambito dell'appalto che siano, in tutto o in parte, poste in esercizio prima del relativo collaudo tecnico-amministrativo, e per le quali vi sia stato un esercizio protratto per oltre un anno. Lo svincolo è automatico e l'ente aggiudicatore può opporsi allo stesso, con le modalità e con le motivazioni di cui al comma 2 del richiamato articolo.

Il Presidente
Raffaele Cantone



Autorità Nazionale Anticorruzione

VIGILANZA CONTRATTI PUBBLICI

Determinazione n.1 del 29/7/2014

“Problematiche in ordine all’uso della cauzione provvisoria e definitiva (artt. 75 e 113 del Codice)”

Relazione AIR semplificata

Sommario

1. Le ragioni per l’intervento	2
2. Le osservazioni pervenute	3
<i>Sui vincoli posti all’attività degli intermediari finanziari.....</i>	<i>3</i>
<i>Sulla richiesta di rating elevati</i>	<i>4</i>
<i>Sullo svincolo progressivo della cauzione</i>	<i>5</i>
3. Il contratto autonomo di garanzia	5

Le ragioni per l'intervento

La presente determinazione nasce dall'esigenza di fornire chiarimenti in merito agli aspetti problematici riscontrati nell'applicazione degli artt. 75 e 113 del D.Lgs. n. 163/2006 (di seguito Codice) e in generale nella predisposizione di sistemi di garanzia dei contratti pubblici.

L'esigenza di individuare linee guida in materia di garanzie per l'esecuzione degli appalti, nasce dalle criticità lamentate dagli operatori in merito a:

- a) la difficoltà ad escutere la cauzione da parte delle stazioni appaltanti, specie quella definitiva, soprattutto quando il fideiussore è un'impresa di assicurazione, a causa di una specifica lettura delle condizioni poste dagli articoli 75, comma 4, 113, comma 2 del Codice, ovvero un intermediario finanziario non in possesso dei requisiti di cui all'articolo 75, comma 3, del Codice;
- b) l'impossibilità lamentata dalle imprese di assicurazione di assimilare le garanzie di cui ai citati articoli 75 e 113 del Codice al "contratto autonomo di garanzia";
- c) l'inclusione da parte di taluni enti aggiudicatori, attivi nei cosiddetti settori speciali, di clausole che tendono a limitare la scelta dei soggetti garanti solo alle banche, o anche alle imprese di assicurazione, ma che escludono esplicitamente la possibilità di ricorrere agli intermediari finanziari. Inoltre, viene spesso richiesto il possesso di determinati livelli di rating, assegnati dalle principali agenzie internazionali, considerando detto rating come proxy della capacità finanziaria del garante;
- d) la difficoltà di concorrere alle gare nei settori speciali, lamentata da numerose imprese, specie quelle di dimensioni medio-piccole, a causa del comportamento delle stazioni appaltanti, indicato nel punto precedente, nonché dei limiti e dei costi di accesso al credito bancario. Ciò sarebbe idoneo a ridurre sensibilmente il numero di fideiussori e ad aumentare i costi per le garanzie;
- e) la mancanza nel settore dei servizi e delle forniture di una disciplina che regolamenti lo svincolo progressivo della cauzione e l'incameramento della stessa in proporzione al danno subito.

Considerata l'importanza per il regolare svolgimento delle gare dei fatti sopra rappresentati, l'Autorità ha deciso di approfondire la questione mediante la convocazione di un tavolo tecnico al quale hanno partecipato rappresentanti delle stazioni appaltanti e delle imprese che forniscono lavori, servizi e forniture, degli enti aggiudicatori attivi nei settori speciali, nonché delle associazioni di categoria degli enti finanziatori. Sono state, inoltre, sentite la Banca d'Italia e l'Ivass, ovvero le Autorità di vigilanza di settore.

Ad esito del tavolo tecnico, si è provveduto, così come previsto dal Regolamento, recante *Disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)* (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 278 del 27 novembre 2013), a pubblicare la bozza di determinazione, avvertendo della permanenza di talune divergenze con i partecipanti al tavolo, specie in merito alla qualificazione delle garanzie, provvisoria e definitiva.

Sempre in ottemperanza al citato Regolamento AIR, nella presente relazione, di accompagnamento alla determinazione, sono riportate brevemente alcune considerazioni in merito alle osservazioni pervenute, specie per quelle che non hanno potuto trovare riscontro nel testo finale della determinazione, dedicando maggiore attenzione al punto su cui permangono maggiori divergenze, specie con le imprese di assicurazione, ossia la natura giuridica delle garanzie fideiussorie previste dal Codice.

1. Le osservazioni pervenute

I contributi ricevuti dai soggetti partecipanti alla consultazione, pubblicati sul sito dell'Autorità, manifestano generalmente un parere favorevole a quanto esposto nella bozza di determinazione, allegata al documento di consultazione, anche se permangono talune delle divergenze già emerse nel corso del tavolo tecnico e riportate nel documento di consultazione.

Sui vincoli posti all'attività degli intermediari finanziari

Sulla possibilità di fornire garanzie, estesa agli intermediari finanziari dal secondo correttivo al Codice per la cauzione provvisoria (articolo 75, comma 3 del Codice) e per la definitiva (come espressamente chiarito dall'articolo 127 del Regolamento denominato "requisiti dei fideiussori"), la maggior parte dei soggetti intervenuti alla consultazione concorda, asserendo che la normativa offre strumenti di controllo adeguati e non vi sono motivi per negare agli stesso la possibilità di prestare cauzione oltre che nei settori ordinari anche nei settori cd. speciali. Molti degli intervenienti conservano, però, riserve sul grado di affidabilità degli intermediari rispetto a banche e assicurazioni e concordano con la proposta dell'Autorità di richiedere che il modulo di fideiussione contenga gli estremi dell'autorizzazione rilasciata dal MEF ai sensi dell'art. 127 co. 3.

È stato anche sollevato il problema di possibili discriminazioni che gli intermediari finanziari esteri

subirebbero per il rilascio di garanzie fideiussorie in Italia. Il tema non ha costituito oggetto di specifico approfondimento nel corso dei lavori del tavolo tecnico e non viene trattato nella determinazione, in quanto esula dalle competenze di questa Autorità. Tuttavia, si deve osservare che il Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze 17 febbraio 2009, n. 29, detta regole stringenti per l'esercizio di attività finanziaria da parte di soggetti esteri, subordinando la possibilità di prestare le attività di cui all'art. 106 del TUB all'iscrizione nell'elenco generale.

Sulla richiesta di rating elevati

In ordine alle richieste di elevati livelli di rating, ad eccezione dei soggetti che ricorrono a tale strumento per selezionare i possibili garanti, tutti sono favorevoli all'abolizione dell'uso del rating come criterio di riferimento per valutare i requisiti patrimoniali dei fideiussori. La richiesta di assolvere a tali requisiti può apparire incongrua e ingiustificatamente discriminante, introducendo elementi di distorsione per la concorrenza, e risulta quindi contraria ai principi di cui all'art. 2 del Codice. In particolare, nel documento di consultazione e nella determinazione viene indicato come il Codice dei contratti non consenta di porre requisiti ulteriori e più stringenti rispetto a quelli previsti per l'esercizio della relativa attività.

Resta, invero, il problema dell'applicabilità delle disposizioni contenute nell'articolo 75, comma 3, del Codice anche agli enti aggiudicatori, attivi nei settori speciali. Come sostenuto al paragrafo 2 della determinazione, se è vero che l'articolo 206 del Codice prevede che gli enti aggiudicatori possono adottare procedure semplificate per i propri affidamenti, tuttavia, nel caso in cui l'ente aggiudicatore si determini a richiedere la presentazione delle garanzie sopraindicate, necessariamente devono trovare applicazione gli artt. 75 e 113 in materia di cauzioni. La situazione ideale è quella per cui l'ente aggiudicatore nel richiedere una cauzione si autovincoli al rispetto di quanto previsto dal Codice.

Nel proprio contributo il Gruppo FS non ha fornito specificazioni puntuali delle ragioni per cui ritiene che l'imposizione di rating sia proporzionale all'obiettivo perseguito della certezza della possibilità di escutere la cauzione. Il Gruppo FS ha dichiarato di richiedere un rating specifico esclusivamente per gli appalti di importo superiore alla soglia dei 500 mila euro per lavori e di 40 mila euro per servizi e forniture, e di adottare dei sistemi di adeguamento periodico dei livelli minimi di rating richiesti in funzione della congiuntura economica e dell'entità dell'appalto. Tale precauzione, se idonea a ridurre le conseguenze negative dell'imposizione di rating particolarmente elevati in un periodo di difficoltà economica e di restrizione del credito, non appare conforme a superare le criticità insite nella stessa, evidenziate già nel documento di consultazione.

Invero, l'impossibilità di porre limiti alla scelta del garante discende dalla volontà del legislatore, manifestata dalle previsioni contenute nell'articolo 75 del Codice e nell'articolo 127 del Regolamento, per la cui deroga sono necessari specifici interventi normativi. Tali interventi dovrebbero essere rivolti ad introdurre misure che permettano di superare talune delle criticità all'origine del presente intervento, tra cui la possibilità riconosciuta alle stazioni appaltanti di richiedere la dimostrazione di determinati requisiti di solvibilità del garante, proporzionati al valore dell'affidamento.

Sullo svincolo progressivo della cauzione

Sullo svincolo progressivo della cauzione sono tutti concordi nell'affermare la necessità del meccanismo previsto per i lavori che deve estendersi anche ai settori di servizi e forniture, soprattutto nei contratti con prestazioni continuative. Lo svincolo dovrebbe essere ancorato alla durata, stabilendo una cadenza annuale o in funzione degli stati di avanzamento dei servizi o delle forniture, oppure alle verifiche di conformità.

2. Il contratto autonomo di garanzia

Gli esiti della consultazione hanno rivelato che la possibile qualificazione delle cauzioni come contratto autonomo di garanzia, proposta da alcuni enti aggiudicatori e, di fatto, avallata dalla giurisprudenza, risulta essere il nodo maggiormente problematico, oggetto di interpretazioni contrastanti tra gli operatori.

Il comma 2 dell'art. 113 del Codice, analogamente a quanto già stabilito dall'art. 75, comma 4, per le garanzie a corredo dell'offerta, prevede che la garanzia prestata sotto forma di fideiussione sia bancaria, sia assicurativa, deve contenere le seguenti clausole: 1) la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale; 2) la rinuncia, all'eccezione di cui all'art. 1957 c.c., comma 2, e cioè all'eccezione di intervenuta scadenza della fideiussione; 3) l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

Come rilevato da gran parte della giurisprudenza e della dottrina, tali clausole configurano la fideiussione bancaria o assicurativa prestata per la cauzione come una garanzia di pagamento incondizionato, riconducibile alla figura del contratto autonomo di garanzia.

Alcuni dei soggetti intervenuti alla consultazione (SACE spa e ANIA) ritengono, invece, che

dovrebbe restare un punto fermo la possibilità, riconosciuta al fideiussore dall'art. 1945 c.c., di opporre al creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salvo quella derivante dall'incapacità. Invocano tale possibilità perché è proprio la rinuncia all'eccezione *tout court* (piuttosto che il pagamento a prima richiesta o a semplice richiesta o l'esigibilità nei 15 giorni) a rappresentare il principale punto di distacco dallo schema tipico della fideiussione codificato dal codice civile (Cass. Civ. III, 3 ottobre 2005, n.19300, id. 20 aprile 2004, n.7502). L'impresa di assicurazione, mantenendo salva la possibilità di invocare le eccezioni riconosciute al contratto fideiussorio dalla disciplina civilistica, manterrebbe salva la possibilità di indennizzare solo dopo aver verificato in concreto il danno (la sua eventuale assenza o la sua minore entità).

Sul dibattito accesi in dottrina sulla questione, è intervenuta la pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite (Cass. Civ., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n.3947) che ha individuato i caratteri distintivi del contratto di fideiussione dal contratto autonomo di garanzia. La Suprema Corte, riportando i differenti orientamenti giurisprudenziali relativamente ai caratteri morfologici della polizza fideiussoria, afferma di dover dare continuità all'orientamento che, laddove essa sia prestata a garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore, ne esclude la configurabilità in termini di fideiussione e ritiene di attribuirle natura giuridica di garanzia atipica in quanto essa possiede la funzione di assicurare il soddisfacimento dell'interesse economico del beneficiario, compromesso dall'inadempimento. Le garanzie nell'ambito degli appalti pubblici risultano, pertanto, del tutto disomogenee rispetto al sistema delle garanzie di tipo satisfattorio proprie delle prestazioni fungibili, caratterizzate dall'identità della prestazione e dal vincolo della solidarietà intesa come sussidiarietà/accessorietà, riconducibile di converso alla figura della garanzia di tipo indennitario (Cass. n. 2377/2008 cit.; n. 7712/2002). La diversità di struttura e di effetti rispetto alla fideiussione si riflette sulla causa concreta del contratto di garanzia, la quale risulta essere quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no. E infatti, la prestazione dovuta dal garante è qualitativamente diversa da quella dovuta dal debitore principale, essendo (non quella di assicurare l'adempimento della prestazione dedotta in contratto) ma semplicemente quella di assicurare la soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario compromesso dall'inadempimento (Cass. n. 2377/2008). Per la sua indipendenza dall'obbligazione principale, essa si distingue, pertanto, dalla fideiussione, giacché mentre il fideiussore è debitore allo stesso modo del debitore principale e si obbliga direttamente ad adempiere, il garante si obbliga (non tanto a garantire l'adempimento, quanto piuttosto) a tenere indenne il beneficiario dal nocimento per la mancata prestazione del debitore, spesso con una prestazione solo equivalente e non necessariamente corrispondente a quella dovuta (Cass. n. 27333/2005; n. 4661/2007). Con specifico riguardo alla funzione della cauzione, le Sezioni Unite ritengono così che "la clausola "a prima richiesta e senza eccezioni" dovrebbe di per sé orientare l'interprete verso l'approdo alla fattispecie

del contratto autonomo di garanzia, salva evidente, patente, irredimibile discrasia con l'intero contenuto "altro" della convenzione negoziale”.

Le eventuali resistenze che le Compagnie possano manifestare al rilascio di garanzie dal contenuto di contratto autonomo non sembrano quindi trovare fondamento strettamente giuridico, basti ripercorrere l'analisi degli artt. 75 e 113 sopra effettuata. Sembrano piuttosto dettate da ragioni di opportunità, convenienza economica e prassi consolidate.

La scelta discrezionale compiuta nel campo dei settori speciali da parte delle Stazioni Appaltanti di esigere, parimenti, un contratto autonomo di garanzia “assoluto” da parte degli offerenti è una prassi che non sembra potersi facilmente censurare sul piano della ragionevolezza e della legittimità se valutata come l'inevitabile contrappeso della tutela degli interessi pubblici che sono in gioco in questo campo tenuti in conto anzitutto dal legislatore nell'articolarne la disciplina.

A questo proposito, nonostante le contrastanti opinioni, si ritiene di dover dar seguito all'indirizzo che appare più confacente alle esigenze economico-sociali sottese al meccanismo di garanzia in esame. Non appare neppure accoglibile la tesi sostenuta in un parere pro-veritate allegato alla nota predisposta dalla SACE, secondo cui la garanzia fideiussoria, invece che ad un contratto autonomo di garanzia, dovrebbe essere equiparata ad un contratto di tipo *solve et repete*. La differenza sostanziale di questo istituto rispetto al contratto autonomo di garanzia è rappresentata dal fatto che il garante, come nel caso del contratto autonomo di garanzia, si obbliga a corrispondere quanto dovuto senza avanzare eccezioni, salvo poi, a differenza di quanto avviene per il contratto autonomo di garanzia, potersi rivalere in un momento successivo. Ciò si ricaverebbe dal contenuto dell'articolo 123, comma 2, del Regolamento che prevede che: *“La cauzione viene prestata a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse nonché del rimborso delle somme pagate in più all'esecutore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, fatta salva comunque la risarcibilità del maggior danno”*, nonché dal contenuto della schema-tipo di garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva, laddove al punto 4 è previsto che: *“Restano salve le azioni di legge nel caso che le somme pagate dalla Garante risultassero parzialmente o totalmente non dovute”*. La questione appare chiarita dalla citata sentenza della Cassazione, laddove indica che l'azione di rivalsa nei confronti dell'amministrazione spetta al debitore principale ordinante, escusso dal garante che ha pagato la cauzione prevista.

Infine, va segnalato che la giurisprudenza è rimasta costante nel riproporre le considerazioni esposte dalle Sezioni Unite della Cassazione civile nella sentenza sopracitata affermando che la clausola "a prima richiesta e senza eccezioni" debba considerarsi quale elemento qualificante il contratto in termini di autonomia, salvo che dal complessivo tenore del contratto non emerga una precisa e diversa volontà delle parti di attribuire natura accessoria alla garanzia prestata. La previsione con la

quale si sancisce l'obbligo di pagamento del fideiussore pur in presenza dell'invalidità del rapporto garantito ha, infatti, l'effetto di porre il creditore al riparo dalle eccezioni spettanti al debitore principale in deroga alla regola essenziale della fideiussione posta dagli artt. 1945 e 1941 cc, con l'effetto di svincolare la garanzia dalle vicende del rapporto principale e di precludere la proponibilità delle eccezioni fideiussorie. Di tali conclusioni si può trarre ulteriore conferma dalla maggior parte delle più recenti pronunce sia di legittimità (vd. Cass., 27 settembre 2011, Sez. III, n. 19736; Corte di Cass. Sez. III 17 giugno 2013, n.1510) che di merito (cfr. Trib. Napoli 13.3.2014 n. 4037; Trib. Napoli, sezione seconda, 28.6.2012 n.7692; Trib. Napoli, 30.5.2012 n. 6416, ecc).

Il Presidente

Raffaele Cantone