

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1423 - GARA PER L’AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI REALIZZAZIONE DELLE OPERE CIVILI DI LINEA E RELATIVE OPERE CONNESSE PER LA REALIZZAZIONE DELLA TRATTA AV/AC TERZO VALICO DEI GIOVI - LOTTO VAL LEMME

Roma, 12 giugno 2017

Consorzio Collegamenti Integrati Veloci

L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 7 giugno 2017, ha deliberato di esprimere parere ai sensi dell’articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, così come introdotto dal decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 (decreto *Salva Italia*), relativamente alla documentazione di gara concernente l’affidamento dei lavori di realizzazione delle opere civili di linea e relative opere connesse nell’ambito dei lavori di realizzazione della Tratta AV/AC "Terzo Valico dei Giovi" - Lotto Val Lemme.

In particolare, la sezione III 2.2 del bando di gara e l’articolo 5.1, lettera r), del Disciplinare di gara prevedono, tra i requisiti di partecipazione richiesti dalla stazione appaltante, una “*dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante o procuratore di un istituto bancario con l’indice patrimoniale Total Capital Ratio non inferiore a 10,5% (dieci virgola cinque per cento) o di una compagnia assicuratrice avente un indice di solvibilità non inferiore al 250% (duecentocinquanta per cento), contenente l’impegno a rilasciare, qualora l’offerente risultasse aggiudicatario, le garanzie di cui agli articoli 9 dello Schema di Contratto di Affidamento e 20 delle Condizioni Generali, in favore di COCIV*”.

Atteso che l’oggetto della gara è l’affidamento dei lavori di realizzazione delle opere civili di linea e relative opere, la suddetta disposizione appare suscettibile di introdurre una limitazione ingiustificata, posto che, da un lato, limita l’accesso delle imprese ai servizi prestati dagli intermediari finanziari iscritti nell’elenco speciale di cui all’art. 106 TUB, inclusi dalla normativa vigente nel novero dei soggetti abilitati al rilascio di garanzie fideiussorie; e, dall’altro, incide in maniera sostanziale sull’effettiva possibilità per le imprese che partecipano alla procedura ad evidenza pubblica di farsi prestare la garanzia da un soggetto piuttosto che da un altro.

L’art. 106 TUB, infatti, consente agli intermediari finanziari autorizzati, iscritti nell’apposito albo tenuto da Banca d’Italia, “*l’esercizio nei confronti del pubblico dell’attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma*”, per tale attività intendendosi, come chiarito di recente dal Ministero dell’Economia e delle Finanze, “*la concessione di crediti, ivi compreso il rilascio di garanzie sostitutive del credito e di impegni di firma*”, nel quale rientra “*ogni tipo di finanziamento erogato nella forma di (...) f) rilascio di fideiussioni, avallo, apertura di credito*

*documentaria, accettazione, girata, impegno a conceder credito, nonché ogni altra forma di rilascio di garanzie e di impegni di firma*¹.

L'equipollenza tra le fideiussioni rilasciate dalle banche e quelle rilasciate dalle compagnie di assicurazioni o dagli intermediari finanziari autorizzati trova conferma nelle disposizioni del d. lgs. n. 50/2016 (Codice degli Appalti) ed in particolare, nell'art. 93 – *Garanzie per la partecipazione alla procedura* – in base al quale “*La garanzia fideiussoria di cui al comma 1 (ndr. la garanzia provvisoria) a scelta dell'appaltatore può essere rilasciata da imprese bancarie o assicurative che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano le rispettive attività o rilasciata dagli intermediari finanziari 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. 58 e che abbiano i requisiti minimi di solvibilità richiesti dalla vigente normativa bancaria assicurativa*”.

Come l'Autorità ha già sottolineato in passato², una siffatta limitazione determina una distorsione delle dinamiche competitive relative alla fornitura di servizi finanziari, limitando l'accesso delle imprese ai servizi prestati dalle compagnie di assicurazione e dagli intermediari finanziari di cui all'allora articolo 107 del d.lgs. 385/93 [ora articolo 106].

Per altro profilo, l'art. 93, comma 3, decreto legislativo n. 50/2016 circoscrive la possibilità di rilasciare la garanzia solo alle banche, intermediari finanziari e compagnie assicurative che rispettino i requisiti minimi di solvibilità prescritti dalle rispettive discipline di settore. Con specifico riferimento al settore assicurativo, il Codice delle Assicurazioni Private prevede che il minimo regolamentare del margine di solvibilità sia fissato nella percentuale del 99,5%³. Pertanto, la stazione appaltante avrebbe dovuto fare riferimento a tale coefficiente minimo regolamentare quale requisito di solvibilità, in ossequio a quanto previsto dall'art. 93, comma 3 del d. lgs. n. 50/2016. Per contro, gli atti di gara prevedono un margine di solvibilità di 250%, vale a dire più del doppio rispetto a quello richiesto dalla normativa di settore.

A conferma di quanto appena rilevato che si evidenzia che, a quanto consta, primarie compagnie assicurative hanno margini di solvibilità conformi a quelli richiesti dalla normativa di settore ma ben inferiori rispetto a quello richiesto dalle disposizioni di gara sopra richiamate. La richiesta di un margine di solvibilità così elevato rischia, quindi, di restringere significativamente il novero delle compagnie assicurative abilitate a partecipare alla procedura, se non addirittura a ridurre tale possibilità ad una sola compagnia assicurativa presente sul mercato.

Analoghe valutazioni si ritiene possano esprimersi sul requisito indicato per le banche che, come previsto dalla sezione III.2.2 del bando e dall'art. 5.1, lett. r) del disciplinare, è pari a un indice patrimoniale non inferiore a 10,5%. Questo parametro non risulta prescritto nella normativa di vigilanza per consentire alle banche di rilasciare le garanzie nelle procedure di appalto. In altri termini, l'indice patrimoniale pari al 10,5% non risulta essere un requisito previsto dalla normativa di settore, normativa che, come si è visto, è richiamata come parametro di riferimento dal già citato art. 93 del Codice di Appalti nella individuazione dei requisiti che i soggetti devono avere per

¹ Cfr. Ministero dell'Economia e delle Finanze, D.M. 2 aprile 2015, n. 53 - *Regolamento recante norme in materia di intermediari finanziari in attuazione degli articoli 106, comma 3, 112, comma 3, e 114 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, nonché dell'articolo 7-ter, comma 1-bis, della legge 30 aprile 1999, n. 130*, ed in particolare il suo articolo 2

² Cfr. AS271 – Distorsioni della concorrenza derivanti dall'articolo 24 comma 1 della legge regionale n. 7/2002 e successive modifiche, in Bollettino. 49/2003 e AS1210 – Campionato di serie B e di Lega Pro stagione sportiva 2015/2016- Criteri legali ed economico finanziari delle società calcistiche per l'ottenimento della licenza nazionale, in Bollettino n. 34/2015.

³ Cfr. art. 45 ter del .lgs. 7 settembre 2005, n. 209, Codice delle Assicurazioni Private.

prestare le garanzie nelle gare di appalto. Anche per questo profilo, pertanto, la sezione III 2.2 del bando di gara e l'articolo 5.1, lettera r), del Disciplinare di gara non sono conformi all'art. 93 del Codice degli Appalti nella misura in cui non consentono a tutte le banche che operano sul mercato nel rispetto della normativa di vigilanza di bancaria, europea e nazionale di rilasciare eventuali garanzie nella gara in oggetto.

Inoltre, sulla base della normativa citata, le limitazioni sopra descritte non appaiono giustificate da particolari esigenze di interesse pubblico, ed in particolare da esigenze legate alla solidità economica dei soggetti che rilasciano la fideiussione, considerato che si tratta di soggetti autorizzati e vigilati da Banca d'Italia e da IVASS.

Le disposizioni degli atti di gara sopra descritte, da un lato, generano effetti distorsivi sui mercati finanziari restringendo il novero di soggetti che possono presentare le garanzie nell'ambito della gara d'appalto in oggetto. Tale restrizione è suscettibile altresì di ridurre il confronto competitivo in sede di gara, potendo rendere oltremodo difficoltoso, anche economicamente, il reperimento di idonea garanzia, dissuadendo i potenziali concorrenti dal partecipare alla medesima.

L'Autorità ritiene, pertanto, che il bando e il disciplinare di gara concernente l'affidamento dei lavori di realizzazione delle opere civili di linea e relative opere connesse nell'ambito dei lavori di realizzazione della Tratta AV/AC "Terzo Valico dei Giovi" - Lotto Val Lemme integrino una violazione dei principi a tutela della concorrenza nella misura in cui:

i) la sezione III 2.2 del bando e l'articolo 5.1, lettera r), del Disciplinare di gara violano l'art. 93, comma 3 del d. lgs. n. 50/2016 nella parte in cui non menziona gli intermediari finanziari ex art. 106 del TUB quale soggetti abilitati a prestare la cauzione per la gara in oggetto;

ii) la sezione III 2.2 del bando e l'articolo 5.1, lettera r), del disciplinare di gara violano l'art. 45 *ter* del d. lgs. n. 209/2005 nella parte in cui prevede un requisito del margine di solvibilità in percentuale più che doppia rispetto a quella prevista dalla normativa di settore (250% a fronte del 100%). Parimenti, il requisito dell'indice patrimoniale pari al 10,5% richiesto per il rilascio della garanzia da parte delle banche è ultroneo rispetto alla normativa di settore.

Ai sensi dell'articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/90, il Consorzio Collegamenti Integrati Veloci dovrà comunicare all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra esposte. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella

Comunicato in merito all'adeguamento di COCIV - Consorzio Collegamenti Integrati Veloci al parere motivato espresso dall'Autorità ai sensi dell'art. 21-bis della legge n. 287/1990 avverso il bando e il disciplinare di gara relativi all'affidamento dei lavori di costruzione ferroviari nell'ambito dei lavori di realizzazione della Tratta AV/AC "Terzo Valico dei Giovi" - Lotto Val Lemme, pubblicato in Gazzetta Ufficiale Parte II in data 19 aprile 2017.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 9 agosto 2017, ha deciso di non impugnare, davanti al TAR Lazio, il bando di gara e il disciplinare in oggetto in quanto ha

ritenuto che siano venuti meno i presupposti per il ricorso previsto dall'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990.

Nel parere motivato, deliberato nella riunione del 7 giugno 2017 ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990, l'Autorità aveva rilevato che i criteri fissati nel bando avrebbero potuto compromettere il confronto competitivo sia tra soggetti abilitati a prestare garanzie, sia tra le imprese interessate allo svolgimento dei lavori oggetto di gara. In particolare, sollevavano criticità concorrenziali le seguenti previsioni:

- esclusione degli intermediari finanziari *ex art.* 106 del TUB quali soggetti abilitati a prestare la garanzia fideiussoria richiesta per partecipare alla gara in oggetto;
- previsione di un margine di solvibilità, richiesto per il rilascio della cauzione da parte delle compagnie assicurative, in percentuale più che doppia rispetto a quella prevista dalla normativa di settore (250% a fronte del 100%);
- previsione di un indice patrimoniale *Total Capital Ratio*, richiesto per il rilascio della garanzia da parte delle banche, non inferiore a 10,5%.

Tali disposizioni, secondo l'Autorità, potevano produrre, in primo luogo, effetti distorsivi sui mercati finanziari potendo restringere significativamente il novero di soggetti che possono presentare le garanzie nell'ambito della gara in oggetto; in secondo luogo, tale restrizione dell'offerta era suscettibile di ridurre il confronto competitivo anche nella presentazione delle offerte per lo svolgimento dei lavori, in quanto poteva rendere più difficile il reperimento di idonea garanzia che è un requisito di partecipazione.

A seguito del ricevimento del parere motivato dell'Autorità, COCIV - Consorzio Collegamenti Integrati Veloci, con comunicazione pervenuta il 3 agosto 2017, ha comunicato di aver adeguato alle osservazioni dell'Autorità il contenuto dei bandi per le gare successive alla procedura oggetto di parere, ossia i lotti Castagnola, Cravasco e Valico Radimero. In particolare, tali bandi sono formulati in modo da includere gli intermediari finanziari *ex art.* 106 del TUB nel novero dei soggetti abilitati a prestare la garanzia fideiussoria e da richiedere i soli requisiti di solvibilità previsti dalla vigente normativa bancaria assicurativa. Inoltre, con riferimento alla gara oggetto del parere, è emerso che i requisiti richiesti dal bando non erano tali da individuare *ab origine* il futuro soggetto idoneo al rilascio di tale garanzia (c.d. "bando-fotografia").

Nella propria riunione del 9 agosto 2017 l'Autorità ha pertanto disposto l'archiviazione del procedimento, ritenendo che i chiarimenti adottati sulla gara in oggetto e la modifica dei bandi successivamente adottati facciano venir meno l'interesse dell'Autorità a ricorrere.
