

## ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

### AS1498 - SACBO SPA-BANDO DI GARA PER L'AFFIDAMENTO DEI LAVORI DI COSTRUZIONE DI PAVIMENTAZIONE PER CAMPI DI AVIAZIONE - ITALIA-GRASSOBIO

Roma, 9 febbraio 2018

SACBO S.p.A.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 7 febbraio 2018, 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 “*i lavori di costruzione di pavimentazione per campi di aviazione 2017/S238-494733 - Italia-Grassobio*”.

A tal fine si rappresenta che l'art. III.1.6. del Bando di gara in esame recita che, ai fini della partecipazione alla gara, “*è richiesta come cauzione provvisoria una garanzia bancaria a corredo dell'offerta per l'importo di 151.850 EUR. L'aggiudicatario dovrà costituire una garanzia fideiussoria bancaria a tutela della buona esecuzione dell'appalto di importo pari a 1.518.500 EUR, di cui art. 27 del capitolato speciale d'appalto*”; dello stesso tenore l'art. 13.1.5. del Disciplinare di Gara che prevede il deposito come ‘Cauzione provvisoria’ di una “*garanzia bancaria a corredo dell'offerta, per l'importo di € 151.850*” e l'art. 15 del medesimo Disciplinare di Gara che stabilisce che “*(...) L'aggiudicatario dovrà inoltre costituire una garanzia fideiussoria bancaria a tutela della buona esecuzione dei lavori, di cui all'art. 27 del Capitolato Speciale d'Appalto*”.

Siffatte disposizioni appaiono suscettibili di introdurre una limitazione ingiustificata del novero dei soggetti a cui gli operatori interessati a partecipare alla gara possono richiedere una fideiussione, posto che è prevista la possibilità di depositare unicamente fideiussioni bancarie, con l'esclusione, quindi, della possibilità di depositare una fideiussione rilasciata da compagnie assicurative o da intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (TUB). In tal modo, la *lex specialis* di gara determina una distorsione delle dinamiche competitive relative alla fornitura di servizi finanziari.

In proposito, si rappresenta che, per un verso, il Codice delle assicurazioni private<sup>1</sup> prevede all'art. 2, comma 3, che le compagnie possano essere autorizzate a svolgere, tra le altre, l'attività di 'cauzione' (ramo n. 15), che consiste, come chiarito dall'art. 13 del regolamento IVASS del 16 marzo 2009, n. 29, nel rilascio di "garanzie fideiussorie che prevedono clausole di pagamento a "prima richiesta" o con diciture simili, a condizione che le disposizioni contrattuali contengano espressamente anche il diritto di rivalsa dell'impresa nei confronti del contraente debitore"<sup>2</sup>.

Per altro verso, l'art. 106 TUB, come modificato da ultimo dal D.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, 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 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 concedere credito, nonché ogni altra forma di rilascio di garanzie e di impegni di firma"<sup>3</sup>.

Sotto il profilo soggettivo, dunque, sia le compagnie assicurative sia gli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'art. 106 TUB sono soggetti autorizzati da pubbliche autorità, rispettivamente da Banca d'Italia e da IVASS, al rilascio di cauzioni e fideiussioni, in modo analogo agli istituti bancari, sulla base, tra gli altri, di criteri giuridici e di solidità economica.

Inoltre, le diverse tipologie di fideiussioni appaiono assimilabili anche dal punto di vista sostanziale, in considerazione della loro concreta idoneità a sollevare ovvero spostare il rischio di eventuali inadempimenti dalla società debitrice al fideiussore (banca, compagnia di assicurazione o intermediario finanziario).

Infine, si rappresenta che SACBO S.p.A., nell'esercizio delle proprie attività, pur operando nei settori cd. 'speciali', è tenuta al rispetto dei principi generali di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità previsti dal Codice dei Contratti Pubblici. In particolare, 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. 4 del Codice dei Contratti Pubblici, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50<sup>4</sup>.

Tali conclusioni sono in linea con il consolidato orientamento dell'Autorità, la quale ha già in passato ritenuto restrittive della concorrenza analoghe previsioni<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209 - *Codice delle assicurazioni private*.

<sup>2</sup> Cfr. Regolamento IVASS del 16 marzo 2009, n. 29 - *Regolamento concernente le istruzioni applicative sulla classificazione dei rischi all'interno dei rami di assicurazione, ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 recante il codice delle assicurazioni private*.

<sup>3</sup> 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

<sup>4</sup> Cfr. determinazione ANAC n. 1 del 29 luglio 2014, relativa alle norme di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 all'epoca vigente: "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".

<sup>5</sup> Cfr. AS271 - *Distorsioni della concorrenza derivanti dall'articolo 24 comma 1 della legge regionale n. 7/2002 e successive modifiche*, in Bollettino n. 49/2003; 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

Pertanto, l'Autorità ritiene che l'art. III.1.6. del Bando di Gara e gli artt. 13.1.5. e 15 del Disciplinare di Gara integrino una violazione dei principi a tutela della concorrenza nonché dell'art. 106 TUB e dell'art. 2, comma 3 del Codice delle Assicurazioni nella misura in cui impongono alle società partecipanti alla procedura di gara di depositare esclusivamente garanzie fideiussorie rilasciate da banche e non accettano fideiussioni rilasciate da altri soggetti autorizzati da IVASS e da Banca d'Italia; esse appaiono, inoltre, non proporzionali rispetto a quanto disposto dalla medesime norme.

Ai sensi dell'articolo 21-bis, comma 2, della legge n. 287/90, la società SACBO S.p.A. 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.

f.f. IL PRESIDENTE

*Gabriella Muscolo*

---

***Comunicato in merito alla decisione dell'Autorità di non presentare ricorso avverso la Documentazione adottata da SACBO s.p.a. relativa alla gara per l'affidamento dei lavori di costruzione di pavimentazione per i campi di aviazione 2017/S238-494733 – Italia-Grassobio***

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 18 aprile 2018, ha deciso che non impugnerà davanti al Tar competente la Documentazione adottata da SACBO s.p.a. relativa alla gara per l'affidamento dei lavori di costruzione di pavimentazione per i campi di aviazione 2017/S238-494733 – Italia-Grassobio, indetta il 12 dicembre 2017, valutando sufficienti le condotte che la società ha comunicato di assumere a seguito del parere trasmesso ai sensi dell'articolo 21-bis della legge n. 287/1990.

In particolare, nel parere motivato deliberato nella riunione del 7 febbraio 2018 ai sensi dell'articolo 21-bis della legge n. 287/1990, l'Autorità aveva rilevato che gli atti di gara di SACBO restringevano ai soli istituti di credito il novero dei soggetti le cui garanzie erano ammesse ai fini della partecipazione alla procedura. Siffatte disposizioni, ad avviso dell'Autorità, non menzionando le compagnie assicurative e gli intermediari finanziari ex art. 106 TUB tra i soggetti le cui garanzie erano accettate ai fini della partecipazione, erano idonee a generare effetti distorsivi sulla concorrenza nei mercati finanziari. Sulla base di ciò, l'Autorità, richiamando le proprie precedenti segnalazioni nonché le determinazioni ANAC in tema di garanzie fideiussorie nell'ambito delle procedure di gara indette dalle pubbliche amministrazioni, aveva rilevato nella condotta di SACBO s.p.a. una restrizione della concorrenza e aveva invitato la società a presentare osservazioni entro 60 giorni.

A seguito del ricevimento del parere motivato dell'Autorità, SACBO s.p.a., con comunicazione pervenuta il 10 aprile 2018, ha precisato di aver adeguato la propria *policy* e la propria documentazione contrattuale in tema di garanzie in modo da accettare anche le garanzie prestate dalle compagnie assicurative e dagli intermediari finanziari di cui all'art. 106 TUB.

Preso atto di quanto esposto da SACBO s.p.a. in relazione al parere motivato inviato ai sensi dell'articolo 21-bis della legge n. 287/1990, dunque, l'Autorità ha disposto l'archiviazione del procedimento ritenendo che le circostanze comunicate siano suscettibili di rimuovere i dubbi concorrenziali espressi nel parere del 7 febbraio 2018.

---