

**AS1480 – TERNA RETE ITALIA - DOCUMENTAZIONE DI GARA CONCERNENTE LA FORNITURA DI UN SERVIZIO DI MANUTENZIONE SU APPARATI IT**

Roma, 22 dicembre 2017

Terna Rete Italia S.p.A.

L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 20 dicembre 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 la “*fornitura di un servizio di manutenzione su apparati IT*”.

In particolare, la sezione III.1.6 “Cauzioni e garanzie richieste” del Bando di gara e l’articolo 5, lettera a), punto 9 del Disciplinare di gara prevedono, tra i requisiti di partecipazione richiesti dalla stazione appaltante, un “*documento comprovante la costituzione di una garanzia provvisoria a favore di TERNA RETE ITALIA S.p.A. per ciascun lotto di partecipazione per un importo di EURO 50.000,00 = (Euro cinquantamila/00); con validità per almeno 180 giorni a partire dalla data di scadenza fissata per la presentazione dell’offerta; esclusivamente nella forma di fideiussione bancaria*” precisando che “*La fidejussione dovrà essere obbligatoriamente emessa da istituti bancari iscritti all’albo di cui all’articolo 13 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, autorizzati al rilascio di garanzie ed impegni di firma, e che abbiano un rating di lungo periodo uguale ai livelli BBB-/Baa3 rispettivamente di Fitch-Standard & Poor’s e/o Moody’s Investor Service, con outlook di lungo periodo stabile, oppure senza l’outlook di lungo periodo stabile in caso di rating superiore ai livelli di cui sopra*”.

Siffatte disposizioni, infatti, 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 la normativa vigente, da un lato, autorizza tutti istituti bancari iscritti all’albo di cui all’articolo 13 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, al rilascio di garanzie fideiussorie, e non solo quelli che hanno un *rating* ‘minimo’, e dall’altro lato, include anche le compagnie assicurative e gli intermediari finanziari iscritti nell’elenco speciale di cui all’art. 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, tra i soggetti abilitati; con la conseguenza che *lex specialis* di gara determina una distorsione delle dinamiche competitive relative alla fornitura di servizi finanziari.

In particolare, 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>.

Del pari, 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 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 concedere credito, nonché ogni altra forma di rilascio di garanzie e di impegni di firma"*<sup>3</sup>.

Sotto il profilo soggettivo, dunque, si tratta di soggetti autorizzati da pubbliche autorità, rispettivamente da Banca d'Italia e da IVASS, per lo svolgimento di tale attività 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 obbligata al fideiussore (banca, compagnia di assicurazione o intermediario finanziario).

Tali conclusioni sono in linea con il consolidato orientamento dell'Autorità, la quale ha già in passato ritenuto restrittive della concorrenza analoghe previsioni<sup>4</sup>.

Con riferimento poi al requisito previsto nel bando di gara circa *"un rating di lungo periodo uguale ai livelli BBB-/Baa3 rispettivamente di Fitch-Standard & Poor's e/o Moody's Investor Service, con outlook di lungo periodo stabile, oppure senza l'outlook di lungo periodo stabile in caso di rating superiore ai livelli di cui sopra"*, si richiama l'attenzione sulla determinazione ANAC n. 1 del 29/07/2014 con cui l'Autorità Anticorruzione, nell'ambito delle procedure di affidamento di contratti pubblici, ha sottolineato che *"la richiesta di rating pari o superiore ad un determinato minimo attribuito dalle società di certificazione internazionale è una previsione che [...] introduce restrizioni non previste dal Codice che non appaiono neppure correlate e proporzionate con gli obiettivi che si intende perseguire"*.

---

<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. 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 Bollettino n. 34/2015 e AS1423 – Gara affidamento per realizzazione opere civili tratta av/ac "terzo valico dei giovani" - lotto val lemme, in Bollettino n. 3/2017.

Infine, si rappresenta che Terna Rete Italia S.p.a. pur operando nei settori “speciali” è tenuta al rispetto dei principi generali di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, oltre che delle applicabili disposizioni di cui al 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. 2 del Codice, di cui gli artt. 75 e 113<sup>5</sup>.

L’Autorità ritiene, pertanto, che la sezione III.1.6 del Bando di gara e l’articolo 5, lettera a), punto 9, del Disciplinare di gara concernenti la *‘fornitura di un servizio di manutenzione su apparati IT’* integrino una violazione dei principi a tutela della concorrenza. Infatti, le disposizioni sopra descritte, da un lato, non menzionando le compagnie assicurative e gli intermediari finanziari ex art. 106 del TUB generano effetti distorsivi sui mercati finanziari restringendo ai soli istituti di credito il novero di soggetti che possono presentare le garanzie nell’ambito della gara d’appalto in oggetto e, dall’altro, potrebbero ridurre il confronto competitivo anche tra gli stessi istituti creditizi, in quanto sono ammesse soltanto le garanzie fideiussorie degli istituti dotati di un certo livello di *rating* mentre sono escluse le garanzie emesse da banche che non raggiungono tale soglia o addirittura ne sono sprovviste.

Ai sensi dell’articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/90, la società Terna Rete Italia 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 Terna Rete Italia s.p.a. nell’ambito della gara per la fornitura di un servizio di manutenzione IT***

L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella riunione del 7 marzo 2018, ha deciso che non impugnerà davanti al Tar competente la Documentazione adottata da Terna Rete Italia s.p.a. nell’ambito della Gara per la fornitura di un servizio di manutenzione IT, indetta il 28 ottobre 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 20 dicembre 2017 ai sensi dell’articolo 21-bis della legge n. 287/1990, l’Autorità aveva rilevato che nella Documentazione di gara in oggetto Terna Rete Italia s.p.a. aveva inserito clausole che restringevano ai soli istituti di credito dotati di un livello minimo di *rating* il novero di soggetti le cui garanzie erano ammesse ai fini della partecipazione alla procedura. Siffatte disposizioni, ad avviso dell’Autorità, non

---

<sup>5</sup> Cfr. determinazione ANAC n. 1/2014, cit.

menzionando le compagnie assicurative e gli intermediari finanziari ex art. 106 TUB, e ponendo limitazioni anche tra gli stessi istituti di credito, 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 Terna Rete Italia 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, Terna Rete Italia s.p.a., con comunicazione pervenuta il 20 febbraio 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; inoltre, essa ha previsto criteri oggettivi di valutazione del rischio del credito basati sulle *best practices* del mercato.

Preso atto di quanto esposto da Terna Rete Italia 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 20 febbraio 2018.

---