

News - 17/09/2014

Indicazioni operative stazioni appaltanti applicazione cauzione a garanzia offerta ed esecuzione ANAC Det. n. 1/2014 - Nota Ance

Superamento di talune criticità riscontrate dall'Autorità in ordine all'applicazione dell'Istituto della cauzione negli appalti pubblici le garanzie non devono ledere la concorrenza

Con la Determinazione n. 1/2014 l'ANAC, Autorità Nazionale anticorruzione, ha fornito alle stazioni appaltanti alcune indicazioni operative, in ordine all'applicazione dell'Istituto della cauzione. In particolare, la determinazione dell'Autorità affronta diversi temi, arrivando alle seguenti conclusioni:

- la non applicabilità delle disposizioni sulle garanzie è limitata ai settori speciali, nei quali non è comunque consentito inserire disposizioni che possano limitare la concorrenza nella gare di appalto,
- anche gli intermediari finanziari sono abilitati a prestare garanzie per i settori speciali, oltretutto per quelli ordinari,
- il rating del garante non rappresenta un criterio di valutazione attendibile per stabilire la solvibilità dell'azienda,
- la garanzia è sostanzialmente autonoma ed astratta rispetto al contratto di appalto, ciò al fine di tutelare gli interessi pubblici e le esigenze della stazione appaltante,
- lo svincolo progressivo della cauzione a favore dell'appaltatore, risponde al principio di proporzionalità, al quale la stazione appaltante deve conformarsi nella decisione circa l'importo e il tempo dello svincolo.

Sono di seguito sintetizzati i punti salienti della citata determinazione che sembrerebbe diretta ad indirizzare la discrezionalità accordata dal legislatore agli enti aggiudicatori.

Tale discrezionalità, osserva l'Autorità, dovrebbe essere ispirata a criteri non discriminatori, di logicità e ragionevolezza, rispettando il principio di proporzionalità e di congrua motivazione, nonché i principi e le disposizioni comuni a tutti gli appalti, ciò specialmente nei settori speciali in cui è consentito gestire le procedure di gara in modo più elastico e semplificato. Viceversa, l'Autorità riscontra nel contenuto dei bandi una prassi largamente diffusa tra le stazioni appaltanti di richiedere, soprattutto a scapito delle imprese di dimensioni medio piccole, dei requisiti che potrebbero produrre discriminazioni tra i concorrenti, impedendo un corretto svolgimento delle procedure.

1. Quadro normativo di riferimento

L'Autorità dopo aver illustrato il quadro normativo di riferimento, rappresentato dall'art. 75 del Codice, per la **cauzione provvisoria**, e dall'art. 113 del Codice per quella definitiva, ricorda che quest'ultima 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»*.

Entrambi gli strumenti (cauzione provvisoria e cauzione definitiva), essendo indispensabili a garantire il corretto svolgersi della procedura concorsuale o dell'appalto, comportano in modo sostanzialmente automatico la perdita dell'effetto dell'aggiudicazione, qualora non siano correttamente costituite.

A tale proposito, per quanto concerne specificatamente la cauzione provvisoria l'ANAC conferma che non vi è uniformità di vedute circa la possibilità di applicare l'istituto del soccorso istruttorio. Tuttavia, considerato l'orientamento giurisprudenziale e quello della cessata AVCP, l'Autorità ammette la possibilità di integrare, tramite soccorso, una cauzione insufficiente; ciò a patto che *«non incida sulla parità di trattamento tra i concorrenti e, quindi, nel caso di specie, in ipotesi di evidente errore formale»* (cfr. Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012).

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

Le disposizioni di cui agli artt. 75 e 113 del Codice dei contratti pubblici, in tema di cauzioni negli appalti pubblici, non rientrano, secondo l'Autorità, tra le norme di diretta applicazione ai settori cd. "speciali" di cui all'art. 206 dello stesso Codice.

Tuttavia, l'Autorità ricorda che:

1. per le amministrazioni aggiudicatrici o gli 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, torna applicabile la disciplina di carattere generale (vd. Consiglio di Stato n. 2919/2011),

2. per le imprese pubbliche che non rientrino nel novero dei soggetti sopra indicati, l'osservanza della disciplina degli appalti pubblici è prevista solo nei settori speciali (cfr. C. d. S. Adunanza Plenaria n. 16/2011).

In tutti i casi, qualora un'impresa pubblica o organismo di diritto pubblico, attivi nei settori speciali, decidano nella *lex specialis* discrezionalmente di autovincolarsi alla specifica normativa soprarichiamata (di cui gli artt. 75 e 113, in tema di cauzione, provvisoria o definitiva), trovano applicazione i principi stabiliti all'art. 2 del Codice, tra cui quelli di correttezza e tutela della concorrenza.

A tale proposito, l'Autorità osserva che, sebbene il quadro normativo e giurisprudenziale consenta agli enti aggiudicatori nei settori speciali di applicare parzialmente o di far riferimento ad altre disposizioni dell'ordinamento giuridico degli appalti, l'applicazione di "altre" regole rispetto a quelle elencate dal codice non può limitare l'ambito partecipativo alla gara di appalto (cfr. art. 206, comma 3, del Codice dei Contratti Pubblici, come pure l'art. 339, comma 2, del Regolamento, D.P.R. 207/2010 e Parere del Consiglio di Stato al Codice dei contratti Sezione consultiva, Adunanza del 6 febbraio 2006).

3. Sull'esclusione delle garanzie degli intermediari finanziari

Gli intermediari finanziari sono stati definitivamente abilitati a prestare per i settori ordinari la garanzia di esecuzione del contratto con la modifica al Codice introdotta dal D.Lgs. n. 113 del 2007 (secondo decreto correttivo).

L'Autorità ritiene che la nuova normativa in materia possa offrire strumenti nel complesso adeguati per la valutazione e il controllo dell'affidabilità dei soggetti sul mercato anche con riferimento settori speciali (D.Lgs n. 141 del 2010, TUB, di recente modificato dal D.Lgs. n. 169 del 2012). In tutti i casi, persiste la necessità di verificare la loro idoneità a rilasciare fidejussioni, mediante l'inserimento degli estremi dell'autorizzazione, sul sito della Banca d'Italia. In questo modo 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.

4. Sulla richiesta di livelli elevati di rating

L'ANAC ritiene che la richiesta ai garanti di un rating pari o superiore ad un determinato minimo attribuito dalle società di certificazione internazionale possa introdurre elementi di distorsione nel mercato degli appalti pubblici. Infatti, il rating potrebbe limitare la partecipazione alle gare delle imprese (soprattutto piccole e medie), che più volte hanno segnalato difficoltà a reperire le garanzie necessarie.

In ogni caso, anche ammessa la legittimità della relativa pratica, attualmente non consentita dal Codice il rating, ad avviso dell'Autorità, non rappresenta un criterio di valutazione attendibile per stabilire la solvibilità dell'azienda, essendo preferibile ricorrere ad altri indicatori quali l'indice di solvibilità, congiuntamente alla raccolta premi specifica (cfr. Determinazione n. 2 del 13 marzo 2013).

5. Sul contratto autonomo di garanzia

La richiesta di rilascio di garanzie autonome rispetto al contenuto del contratto appare, secondo l'Autorità, compatibile con quanto previsto in materia dal Codice. Il legislatore ha inteso, infatti, chiaramente attribuire alla cauzione la forma di garanzia sostanzialmente autonoma ed astratta, al fine di tutelare la fase di esecuzione del contratto e, quindi, gli interessi pubblici e le esigenze della stazione appaltante.

Pertanto, non è applicabile al fideiussore la facoltà di opporre al creditore ex art. 1945 c.c., tutte le eccezioni che spettano al debitore principale salvo quella derivante dall'incapacità, poiché l'assimilabilità delle cauzioni ex artt. 75 e 113 alle garanzie autonome tutela prevalentemente l'interesse pubblico.

In caso contrario, l'impresa di assicurazione, conserverebbe la possibilità di indennizzare il soggetto aggiudicatore 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 (cfr. Cass. Civ. III, 3 ottobre 2005, n.19300, id. 20 aprile 2004, n.7502 e la pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite (Cass. Civ., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n.3947).

6. Sullo svincolo della cauzione

L'Autorità ricorda che, negli appalti, lo svincolo progressivo della cauzione risponde al principio di proporzionalità e rappresenta un utile sistema per evitare agli appaltatori aggravii economici ingiustificati. Nei lavori, tale svincolo, è legato allo stato di avanzamento degli stessi e alla consegna al garante del certificato relativo allo stato di avanzamento lavori (artt. 123 comma 1 del Regolamento e 113 del Codice).

Alla stazione appaltante spetta, invece, la decisione circa l'importo e il tempo dello svincolo, atteso che gli unici parametri offerti dal legislatore sono: l'andamento progressivo dello svincolo e l'ammontare massimo dello stesso, pari all'80% dell'importo garantito.

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. La durata della garanzia permane fino a 12 mesi dalla data di ultimazione dei lavori, risultante dal relativo certificato (art. 123, comma 1 Regolamento).

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 materia di collaudo, l'Autorità presta attenzione ai lavori, specie a quelli relativi all'alta velocità, ricordando che è previsto lo svincolo automatico della cauzione, per un importo pari ad almeno l'80%, nelle 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 (*cf.* art. 237-bis del Codice).

Allegati

» [ANAC Det. n. 1/2014](#)

Sito di provenienza: UNINDUSTRIA - <https://www.un-industria.it>