

Avv. Francesco Ferroni
Avv. Stefania Gaiba
Avv. Daniela Milanese
Avv. Silvia Armari
Avv. Marta Lignini
Avv. Filippo Grillo
Avv. Matteo Pancaldi
Dott.ssa Michela Erika Rossano
Dott.ssa Giuliana Francesca Benigno

Of counsel: Prof. Avv. Andrea Graziosi
Ordinario di Diritto Processuale Civile
Università degli Studi di Ferrara

GARANZIE DEGLI APPALTI PUBBLICI IN ITALIA ED EUROPA

Si intende, con la presente, delineare un quadro generale delle garanzie degli appalti pubblici in Italia ed in Europa, concentrando in particolare l'attenzione sull'istituto della garanzia globale di esecuzione di cui all'art. 129, comma 3, del Codice dei Contratti Pubblici.

-Origine e disciplina dell'istituto della garanzia globale di esecuzione

La garanzia globale di esecuzione è stata introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 9, comma 57, L. 18 novembre 1998 n. 415, poi modificato dall'art. 7, comma 1, L. 1 agosto 2001 n. 166. La norma demandava l'istituzione del "sistema di garanzia globale di esecuzione" ad emanando norme regolamentari, che nel periodo in cui era vigente la legge quadro sui lavori pubblici non furono mai emanate.

L'istituto è stato quindi nuovamente previsto dall'art. 129, comma 3, Codice degli appalti e la disciplina del sistema di garanzia globale è stata demandata al relativo Regolamento di attuazione (DPR 207/10, artt. 129-136).

-Iter parlamentare sulla sospensione della norma

L'ultima proroga sull'entrata in vigore dell'istituto della garanzia globale, sulla base dell'art. 21 del decreto-legge n. 69 del 2013 (decreto del Fare), è scaduta il 30/6/2014.

La questione della sospensione della norma è stata però inserita nella delega al Governo per l'attuazione delle direttive UE 23/2014 (relativa all'aggiudicazione dei contratti di concessione), 24/2014 (relativa agli appalti pubblici) e 25/2014 (relativa alle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali).

Il 20/5/2015, l'ottava commissione permanente del Senato esprimeva parere contrario all'emendamento n. 1.1008, con cui si proponeva di sospendere il sistema di garanzia globale a decorrere dall'entrata in vigore della legge delega di recepimento delle tre direttive comunitarie di cui sopra, al fine del riordino della materia degli appalti pubblici.

Il 3/6/2015, invece, veniva dato parere di nulla osta all'emendamento n. 1.1008/1, con cui si proponeva di sospendere il sistema di garanzia globale a decorrere non già dall'entrata in vigore della legge delega di recepimento delle tre direttive, ma dalla data di entrata in vigore del relativo decreto di attuazione (il cui termine è fissato per il 16/2/2016).

FERRARA
44121 Via Bersaglieri del Po, 31

BOLOGNA
40124 Via Drapperie, 12

MILANO
20122 Via Durini, 4

ROMA
00195 Via Sabotino, 46

Tale emendamento è stato approvato dal Senato in data 18/6/2015 e la discussione è attualmente alla Camera.

In particolare, la questione è al vaglio dell'VIII Commissione Permanente (Ambiente, Territorio e Lavori Pubblici). Relatrice della Commissione è l'Onorevole Raffaella Mariani.

L'VIII Commissione dovrebbe, nei prossimi giorni, delineare una disciplina transitoria delle garanzie dei grandi appalti pubblici in attesa della sospensione della norma.

-Definizione

La garanzia globale è una garanzia in forza della quale il Garante deve assumersi l'obbligo di prestare:

-la garanzia fideiussoria definitiva (art. 131, comma 1, lett. a) del Regolamento), pari al 10% dell'importo dei lavori (salvo maggiore importo in funzione del ribasso praticato e diminuita del 50% in caso di certificazione di qualità), a copertura degli oneri di mancato o inesatto adempimento dell'opera da parte dell'esecutore del contratto (art. 113 del Codice dei contratti pubblici);

-la garanzia del subentro (art. 131, comma 1, lett. b) del Regolamento), vale a dire l'obbligo di subentrare nell'esecuzione per garantire il completamento dell'opera in sostituzione del contraente inadempiente, indicando espressamente i nominativi di almeno due sostituti in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dal bando che possano subentrare nel contratto in corso qualora venga risolto il rapporto con il contraente originario.

-Obiettivi della PA

La ratio della disciplina è quella di fornire gli appalti di una garanzia di maggior rilievo rispetto alla garanzia definitiva di cui all'art. 113 del Codice. Infatti, nei casi contemplati, il soggetto garante si obbliga nei confronti del committente, non solo alla corresponsione di un importo di denaro, ma anche, su richiesta della stazione appaltante o del soggetto aggiudicatore, all'obbligazione di fare dedotta in contratto tramite un soggetto sostitutivo che subentra nell'esecuzione. Si tratta quindi di una garanzia di buon adempimento cui si aggiunge la garanzia di subentro.

Gli obiettivi della PA appaiono pertanto essere:

- l'effettiva realizzazione dell'opera pubblica in tempi certi e a costi predefiniti;
- la rigorosa selezione degli attuali operatori del mercato.

-Appalti interessati

La garanzia globale di esecuzione è prevista:

-in via facoltativa: per gli appalti di lavori pubblici di importo superiore ai 100 milioni di euro;

-in via obbligatoria: per i contratti di appalto aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici (c.d. appalti integrati) di importo superiore ai 75 milioni di euro;

Per le concessioni, invece, di qualunque importo, la garanzia globale non è prevista.

L'art. 134, comma 5, del Regolamento permette però di evitare la richiesta garanzia alle imprese partecipate da capogruppo con patrimonio netto superiore a 500 milioni (in Italia, risulterebbero essere soltanto la Salini Impregilo, la Astaldi, la Società Autostrade e la Vianini).

-Il numero dei gradi appalti pubblici in Italia nel 2014-2015

Dai dati tratti da Infoplus ed Anac, risulterebbe che, nel 2014, siano stati pubblicati n. 7 bandi di gara per lavori pubblici di importo compreso tra i 75 milioni di euro ed i 100 milioni di euro e n. 17 bandi per lavori superiori ai 100 milioni di euro.

Da gennaio a maggio 2015, invece, i bandi pubblicati per gare di lavori pubblici superiori ai 100 milioni di euro sarebbero n. 11

-Modalità di presentazione

Sono fissati 30 gg (termine che sembra perentorio) dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva per presentare la garanzia globale, redatta in conformità con lo schema di cui all'allegato H.

Laddove il termine non venga rispettato, è previsto un meccanismo automatico e vincolante, che impone alla stazione appaltante o al soggetto aggiudicatore di dichiarare la decadenza, l'incameramento della cauzione provvisoria e l'aggiudicazione al concorrente che segue in graduatoria

-Durata

Il garante che sottoscrive la garanzia globale si obbliga, sino alla data di emissione del certificato di collaudo, alla garanzia di cui all'art. 113 del Codice e quindi a pagare alla stazione appaltante o all'aggiudicatore l'importo dovuto a titolo di garanzia definitiva in caso di inadempimento, entro un termine dalla ricezione della richiesta scritta.

Inoltre, il garante assume l'impegno di far subentrare un sostituto al contraente in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa o concordato preventivo che impediscano la prosecuzione dell'esecuzione, fino all'emissione del certificato di ultimazione dei lavori.

L'allegato H elenca le fattispecie in cui, alla richiesta scritta della stazione appaltante o soggetto aggiudicatore, il garante debba corrispondere l'importo nei limiti del massimale previsto in garanzia: a) inesatto adempimento; b) intervenuto pagamento al contraente di somme eccedenti quanto dovuto, a norma del contratto, secondo contabilità aggiornata; c) inadempimenti di norme o prescrizioni di contratti collettivi, leggi e regolamenti sulla tutela, protezione, assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori in cantiere.

La garanzia è prestata per un importo pari al 10% dell'importo contrattuale, calcolato considerando oltre all'importo dei lavori, tutte le prestazioni richieste e remunerate al contraente (art. 135, comma 2, del Regolamento), aumentata in funzione del ribasso e diminuita del 50% in caso di certificazione di qualità., in analogia con la disciplina della cauzione definitiva ex art. 113 del Codice.

-Gli intermediari finanziari di cui all'elenco speciale di cui all'art. 107 d.lgs.1 settembre 1993 n. 385

Tra i soggetti ammessi a rilasciare la garanzia globale di esecuzione, oltre banche e assicurazioni, figurano anche gli intermediari finanziari di cui all'elenco speciale di cui all'art. 107 d.lgs.1 settembre 1993 n. 385 autorizzati dal Ministero dell'economia e delle finanze (art. 134, comma 6, Regolamento).

Gli intermediari finanziari di cui all'art. 107 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, in base alla recente riforma del Titolo V del Testo Unico Bancario, entrata in vigore l'11/7/2015, dovrebbero essere sottoposti, a decorrere dal 12/5/2016, ad un regime di vigilanza prudenziale simile a quello delle banche.

In un comunicato del 1/7/2015, il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione Cantone ha precisato che il nuovo albo unico degli intermediari, previsto dall'art. 106 del d.lgs. 385/1993, così come modificato dall'art. 28, comma 1, del d.lgs. 19/9/2012 n. 169, non è ancora stato istituito.

Pertanto, dal 12/5/2015, ha preso avvio un regime transitorio di 12 mesi, volto a garantire un ordinato passaggio dal vecchio al nuovo regime normativo.

Fino al 12/5/2016 continuerà dunque ad applicarsi il regime antecedente, secondo cui gli intermediari abilitati al rilascio delle garanzie previste dal Codice dei Contratti sono soltanto quelli iscritti nell'elenco previsto dall'art. 107 TUB (nella formulazione antecedente la riforma).

La Banca d'Italia ha inoltre inserito sul proprio sito internet un elenco dei soggetti non legittimati allo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria in Italia ed un elenco di segnalazioni di abusiva attività bancaria e finanziaria ricevute da Autorità di vigilanza estere, che potranno essere consultati nei casi dubbi.

Risulterebbe pertanto che, in caso di presentazione di una cauzione provvisoria rilasciata da un soggetto non autorizzato, la stazione appaltante dovrà procedere all'esclusione del committente dalla procedura di affidamento.

-Scenario delle garanzie degli appalti pubblici in Europa

In nessun paese europeo sembra sussistere, in materia di appalti pubblici, una norma simile a quella di cui all'art. 129, comma 3, Codice degli Appalti.

Infatti, l'Europa appare orientata verso il cosiddetto *performance bond* o garanzia di buona esecuzione, simile alla garanzia definitiva di cui all'art. 113 del Codice dei Contratti Pubblici.

Ciò che varia, nei diversi paesi europei, è la percentuale della predetta garanzia rispetto al valore del contratto.

In particolare, ed a titolo esemplificativo,

- in Germania, la garanzia deve essere rilasciata in percentuali che oscillano dal 5 al 20% del valore del contratto;
- in Spagna ed Austria è solitamente pari al 5%;
- in Francia, Svizzera e Repubblica Ceca è di norma pari al 10%;
- in Polonia oscilla tra il 10 ed il 30%.

Ulteriore variabile è altresì rappresentata dalla natura della garanzia, essendo in alcuni paesi di tipo condizionale o accessorio (consentendo pertanto al fideiussore la possibilità di opporre le eccezioni che spettano al debitore principale) mentre in altri paesi a semplice richiesta (c.d. garanzia "on demand").

Ad esempio:

- In Germania ed Austria, la garanzia è di tipo accessorio;
- In Spagna, Svizzera, Danimarca, Norvegia e Svezia la garanzia è invece a semplice richiesta.

Inoltre, la disciplina degli appalti pubblici di quasi tutti i paesi europei (Germania, Spagna, Olanda, Austria, Danimarca, Norvegia, Svezia, Finlandia, Polonia, Repubblica Ceca) prevede, oltre al *performance bond*, altre garanzie, non nuove rispetto a quelle già esistenti in Italia, ed in particolare:

- la *bi bond*: la garanzia dell'offerta;

- la *advance payment bond*: la garanzia per lo svincolo anticipato delle ritenute a garanzia;
- la *maintenance bond*: la garanzia della manutenzione del manufatto.

Emerge inoltre che, in Europa, le predette garanzie vengono rilasciate per la maggior parte dal sistema bancario ed in percentuale inferiore dal sistema assicurativo.

In nessun paese europeo sembrano invece comparire gli intermediari finanziari di cui all'art. 107 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385.

In particolare, ed ancora a titolo esemplificativo,

- In Germania, le garanzie vengono rilasciate per circa il 75% dal sistema creditizio e per il restante 25% dal sistema assicurativo;
- In Svizzera, Svezia e Finlandia, per circa l'80% dalle banche e per il restante 20% dalle compagnie assicurative;
- In Francia ed in Spagna, per circa il 90% dal sistema bancario per il restante 10% dalle compagnie assicurative.

-Problematiche emerse

-Secondo le stime più attendibili, i garanti si troverebbero costretti a garantire appalti per un valore di oltre 30 miliardi, considerando l'arco di tempo necessario all'esecuzione di questo tipo di opere, mai inferiore ai cinque anni. Tale valore è giudicato, anche dai riassicuratori, superiore alle forze del mercato;

-L'attuale vigenza della norma ha di fatto bloccato i maxi appalti, tra cui quello della statale 64 Porrettana da 101 milioni, quello della tangenziale di Novara da 96 milioni e quello dell'ospedale Cattinara di Trieste per 120 milioni. Per quanto in particolare concerne quest'ultimo appalto, ad oggi, risulterebbe che lo stesso non sia ancora stato assegnato e che siano state rilasciate al momento soltanto le cauzioni provvisorie da parte delle imprese partecipanti alla gara;

-Sono emersi rischi di inquinamento o restrinzione del mercato, all'attenzione dell'Anac, per uscire dai quali qualche impresa potrebbe tentare di procurarsi garanzie all'estero. Sembrerebbe entrata nel mercato italiano anche una finanziaria cinese;

-Si sono evidenziate incompatibilità con il divieto del gold plating, contenuto nella delega di recepimento delle direttive UE sugli appalti pubblici, vale a dire con il divieto di introdurre o mantenere livelli di regolamentazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, che comportino costi ed oneri aggiuntivi per le imprese ed i cittadini, maggiori rispetto a quelli previsti dal legislatore comunitario.

-Segue, in particolare: incompatibilità con il c.d. divieto di "gold plating"

Il DDL di delega al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE (sull'aggiudicazione dei contratti di concessione), 2014/24/UE (sugli appalti pubblici) e 2014/25/UE (sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali) annovera, tra i principi guida che devono essere seguiti dal Governo in sede di emanazione del decreto legislativo di attuazione delle predette direttive, il divieto di "gold plating" richiamando l'art. 14, comma 24-ter, della legge 28 novembre 2005, n. 246.

Ai sensi della norma sopra citata, in linea generale, costituiscono livelli di regolazione "superiori" ai minimi richiesti dalle direttive comunitarie, tutti quegli obblighi che risultino più gravosi e complessi di quelli previsti dalle direttive medesime, o che non appaiano necessari per il loro recepimento.

Nel caso di una prescrizione molto gravosa per le imprese, che non trovi alcun riscontro a livello comunitario (come quella di cui all'art. 129, comma 3, del Codice degli Appalti – GGE), la stessa dovrebbe necessariamente essere ripensata dal legislatore nazionale che non voglia incorrere in una violazione del divieto di “gold plating” o, comunque, in una contestazione di incompatibilità comunitaria.

Il disegno di legge delega si richiama al divieto di “gold plating”, citando espressamente il solo comma 24-ter dell'articolo 14, della legge n. 246/2005, che ne definisce natura e caratteristiche.

Manca, invece, il richiamo al comma 24-quater della norma, che consente di derogare al divieto in questione, laddove circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione (AIR), delle quali va dato debito conto, rendano necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria.

Il mancato richiamo a tale disposizione derogatoria sembrerebbe, a nostro sommo avviso, rispondere alla volontà del legislatore nazionale di attuare in modo molto stringente il divieto di “gold plating”, evitando la possibilità di eccezioni nazionali, che rischierebbero di svilire la portata del principio generale.

PRO E CONTRO DELL'ISTITUTO DELLA GARANZIA GLOBALE DI ESECUZIONE

Alla luce del breve *excursus* sulle garanzie degli appalti pubblici in Italia ed in Europa di cui sopra, i *pro* ed i *contro* dell'istituto della garanzia globale di esecuzione potrebbero essere schematizzati come segue:

PRO	CONTRO
<ul style="list-style-type: none">• fornire gli appalti pubblici di maggior rilievo di una garanzia più importante rispetto alla garanzia definitiva di cui all'art. 113 del Codice	<ul style="list-style-type: none">• incompatibilità con il c.d. divieto di “gold plating”,
<ul style="list-style-type: none">• l'effettiva realizzazione dell'opera pubblica	<ul style="list-style-type: none">• configurazione della garanzia globale di esecuzione come “contratto autonomo” con conseguente impossibilità di far valere le eccezioni dell'appaltatore nei confronti dell'ente pubblico
	<ul style="list-style-type: none">• esposizioni relevantissime per il Garante
	<ul style="list-style-type: none">• lunghissima durata delle esposizioni sugli appalti pubblici, soprattutto in caso di attivazione ripetuta del subentro
	<ul style="list-style-type: none">• impossibilità, per il Garante, di individuare, nel mercato italiano, imprese subentranti
	<ul style="list-style-type: none">• rischio di inquinamento o restrinzione del mercato, per uscire dai quali qualche impresa potrebbe tentare di procurarsi garanzie all'estero

EFFEFTE & PARTNERS

STUDIO LEGALE

	<ul style="list-style-type: none">• non pertinenza della garanzia con gli scopi sociali di una compagnia assicuratrice
	<ul style="list-style-type: none">• problemi riassicurativi

FERRARA
44121 Via Bersaglieri del Po, 31

BOLOGNA
40124 Via Drapperie, 12

MILANO
20122 Via Durini, 4

ROMA
00195 Via Sabotino, 46

Tel. 0532 209293 / 0532 210611
Fax. 0532 248558

studiolegale@studioeffeffe.com
www.studioeffeffe.com

C.F e P.I. 01484710387