

NEWS

La garanzia globale appalti



La direttiva 2014/24/CE sugli appalti pubblici e la direttiva 2014/25/CE sulle procedure delle concessioni tracciano alcune novità per una nuova configurazione dei processi e delle attività.

Il crescente ricorso all'autocertificazione, con l'introduzione del documento di gara unico europeo (DGUE) che conterrà le informazioni relative all'azienda e l'autocertificazione dei requisiti necessari alla partecipazione alle gare (un processo di decertificazione);

- misure incentivanti per favorire l'accesso al mercato da parte delle piccole e medie imprese mediante la riduzione dei costi per partecipare alle gare;

- favorire la suddivisione degli appalti in più lotti;

- ampliare il ricorso alla trattativa privata (procedura negoziata senza bando);

- la possibilità di prevedere il pagamento dei subappaltatori per le prestazioni affidate direttamente dalla stazione

appaltante e sempre per il subappalto disposizioni più severe sulle "offerte anormalmente basse";

- preferire l'aggiudicazione degli appalti, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

- promuovere l'innovazione, il rispetto dell'ambiente in relazione, anche, ai cambiamenti climatici;

- migliorare, in generale, l'occupazione, la salute pubblica e le condizioni sociali.

Oltre a valutare le modalità di recepimento delle direttive si porrà un altro problema e cioè il sistema di garanzie previste o da prevedere per l'esecuzione ed il completamento dell'appalto.

Viene affrontata in Italia la tematica della "**performance bond**" e cioè una garanzia globale di adempimento che scatta al momento della risoluzione del contratto con l'appaltatore aggiudicatario, prevedendo, anche, il subentro nel contratto di una nuova impresa esecutrice.

LE DIRETTIVE UE

Sono state emanate le tre direttive UE che riformano il settore degli appalti e delle concessioni: la direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei cosiddetti "settori speciali" (acqua, energia, trasporti e servizi postali), la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari e la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Gli Stati membri dovranno recepire le disposizioni delle nuove norme nell'ordinamento nazionale entro il 18 aprile 2016.

Nell'ambito del settore degli appalti, i provvedimenti mirano a realizzare una semplificazione ed una maggiore flessibilità delle procedure, da una parte ed avvicinare la disciplina dei settori "speciali" a quella dei settori classici, dall'altra.

Le principali leve strategiche, su cui intervengono sono: una maggiore semplificazione; l'orientamento alla qualità, all'innovazione ed eco-innovazione; facilitazioni per le piccole e medie imprese (PMI); tutela dell'ambiente, sociale e lavorativo per promuovere una crescita intelligente e sostenibile; aggregazione della domanda, attraverso la centralizzazione degli acquisti.



LA PERFORMANCE BOND



Il sistema di garanzie adottate negli Stati Uniti ed in genere dal mercato anglosassone con la “performance bond” (garanzia di buona esecuzione), non si attaglia facilmente al nostro ordinamento legislativo.

Uno dei rischi degli appalti pubblici è che l'impresa aggiudicataria non completi l'opera per cui la garanzia prestata per l'aggiudicatario, ad esempio, da un'impresa di assicurazione o da una banca, impegna il garante ad intervenire per far completare il lavoro nei tempi e con i costi previsti dall'aggiudicatario.

Negli Stati Uniti, le stazioni appaltanti impongono un bond pari all'integrale valore del contratto ed il rischio di mancato completamento dell'opera passa dalla pubblica amministrazione al garante.

L'istituto della garanzia globale di esecuzione è stato oggetto di una recente previsione dell'art. 129, comma 3 del Codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di attuazione disciplinando gli appalti di lavoro di importo superiore a 100.000.000 di euro, prevedendone l'obbligatoria applicazione per gli appalti integrati di importo superiore a 75.000.000 di euro e per gli affidamenti a Contraente Generale - General Contractor (art. 176, comma 18). Il comma 5 dell'art. 357 del Regolamento prevedeva, infatti, che detta garanzia si applicasse ai bandi di gara pubblicati dall' 8 Giugno 2012, da ultimo prorogato dall'art. 21 del d.l. 66/2014, in fase di conversione, sino al 30 Giugno 2014.

La nuova disciplina, quindi, intendeva dotare gli appalti di una garanzia di maggior rilievo di quella definitiva di cui all'art. 113 del Codice dei contratti pubblici. Non solo la corresponsione di un importo in denaro, ma anche, su richiesta della stazione appaltante o del soggetto aggiudicatore, **un'obbligazione di fare e cioè di reperire un soggetto che potesse subentrare nell'esecuzione dei lavori**. Una garanzia di buon adempimento cui si aggiunge una garanzia di subentro di cui all'art. 131 del Regolamento.

Detta garanzia, quindi, del tutto autonoma ai rapporti tra il contraente e la stazione appaltante o soggetto aggiudicatore, **assolve l'obbligo di selezionare il subentrante affinché si occupi dell'esecuzione o del completamento dei lavori, in sostituzione dell'affidatario originario**.

Nuovi scenari, a fronte delle nuove direttive UE, per la riforma del Codice dei contratti pubblici e per le relative garanzie.

Vale la pena, però, ricordare come il nostro ordinamento legislativo pubblico e privato dovrà essere rivisitato, fermo restando il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche nazionali, in base al quale esse possono decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi. Viene fatta salva, inoltre, la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto dell'Unione, i servizi d'interesse economico generale, mentre la direttiva sulle concessioni esclude dal suo campo di applicazione i servizi non economici d'interesse generale.

I due aspetti, quindi, da approfondire attengono, da una parte, **la delega (o delegazione) di funzioni pubbliche**, che nel nostro diritto amministrativo può essere esercitata solo quando attribuita espressamente dalla Legge, per sostituire a sé un'altra autorità, nell'esercizio di funzioni appartenenti alla propria competenza e dall'altra, l'inquadramento del **“contratto autonomo di garanzia”** nel nostro ordinamento civilistico.

LA GARANZIA SOSTITUTIVA

Per il primo aspetto e cioè la possibilità di delegare un soggetto terzo privato (garante) affinché si sostituisca alla pubblica amministrazione per reperire un terzo appaltatore per il completamento dei lavori, va ricordato che il comma 3 dell'art. 33 dell'attuale Codice dei contratti pubblici, che stabilisce: *“Le amministrazioni aggiudicatrici e i soggetti di cui all'articolo 32, comma 1, lettere b), c), f), **non possono affidare a soggetti pubblici o privati l'espletamento delle funzioni e delle attività di stazione appaltante di lavori pubblici. Tuttavia le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare le funzioni di stazione appaltante di lavori pubblici ai servizi integrati infrastrutture e trasporti (SIIT) o alle amministrazioni provinciali, sulla base di apposito disciplinare che prevede altresì il rimborso dei costi sostenuti dagli stessi per le attività espletate, nonché a centrali di committenza”***.

LA GARANZIA SOSTITUTIVA

Come poi, osservato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione:

“Il d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 proibisce che un soggetto diverso dall'amministrazione interessata possa avviare e gestire il procedimento volto all'affidamento di contratto pubblico. Per la stipulazione di tale contratto è necessario che l'intera fase pubblicistica antecedente, finalizzata alla scelta del contraente, sia svolta dall'amministrazione aggiudicatrice che sarà parte del contratto stesso. Pertanto, non è possibile la delega di funzioni pubbliche relative alla procedura di affidamento da parte della stazione appaltante a un soggetto esterno, configurandosi, in questo modo, un'ipotesi di “concessione di committenza”, ormai espunta dall'ordinamento per effetto dell'abrogazione della legge 29/06/1929 n. 1137”.

La nuova direttiva 2014/23/CE consente alle autorità pubbliche di espletare i propri compiti direttamente, avvalendosi delle proprie risorse od in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici, o **di conferirli a operatori economici esterni**.

Stante, in ogni caso, la libertà di autodeterminazione degli Stati membri seppur nell'ambito degli indirizzi delle direttive, ci chiediamo “cui prodest” e cioè “a chi giova”?

L'onere, quindi, chiesto ai Garanti della “garanzia sostitutiva” si esplicherebbe, non solo nell'improvvisarsi “stazione appaltante”, ma anche, essere esposti alle relative **responsabilità** verso la pubblica amministrazione delegante.

Il legislatore sarà molto impegnato in un'attenta valutazione della riforma.

Resterà, a carico del Garante delegato, la scelta dell'impresa da sostituire, seguendo le stesse regole previste per i contratti pubblici ovvero potrà operare con discrezione e libera scelta?

Tutto ciò sarebbe paradossale e pericoloso, sia in un'ipotesi che nell'altra. Snaturare, integralmente, tutto l'impianto normativo delegando i principi di salvaguardia pubblica ovvero lasciare ampia libertà di scelta a terzi privati con tutti i pericoli connessi ai fenomeni criminosi e quant'altro.

Probabilmente si dovranno attuare delle soluzioni modulari, in relazione alla funzione pubblica e privata dei soggetti in campo.

L'adempimento sostitutivo, in forma specifica, non risolverebbe, a monte, il problema così come una **garanzia pari al 100% del valore dell'opera** troverebbe forti difficoltà assuntive sia sui mercati assicurativi che bancari.

Da non sottovalutare, tra l'altro, l'eventuale **blocco dei fidi** all'azienda garantita, da parte dei Garanti, vista l'ampia esposizione richiesta. Anche il questo caso, un quesito. A cosa serve una garanzia pari al pieno valore dell'opera?

Analizziamo alcune casistiche:

a) **inesatto adempimento**. L'inadempimento durante l'esecuzione dei lavori dovrebbe essere verificato e controllato dai preposti della stazione appaltante e se si evidenziasse a fine lavori, sarebbe il sinonimo di carenza dei controlli pubblici o dei preposti durante l'esecuzione. Se tale evenienza, dovesse, eventualmente, sorgere durante i lavori, come ci auguriamo, l'escussione della garanzia non dovrebbe, certo, riguardare l'intero valore dell'opera;

b) **intervenuto pagamento al contraente di somme eccedenti quanto dovuto, a norma del contratto, secondo contabilità aggiornata**. In questo caso, quasi folcloristico, la stazione appaltante non si accorgerebbe di aver pagato più del dovuto.

c) **inadempimenti di norme o prescrizioni di contratti collettivi, leggi e regolamenti sulla tutela, protezione, assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori in cantiere**. In via preliminare e cioè prima di affidare i lavori, il nostro Codice dei contratti pubblici prevede una serie d'informazioni, verifiche ed adempimenti all'aggiudicatario, dopodiché durante i lavori dovrebbe risponderne l'azienda operatrice e/o il direttore dei lavori etc..

Se dovessimo stravolgere tutto ciò, significherebbe scaricare, al buio, sul terzo Garante tutti gli effetti economici degli eventuali inadempimenti.

Si dovrebbe garantire l'aggiudicatario sulla scorta di quale valutazione?

Patrimoniale (non sufficiente), di una presunta serietà dell'impresa oppure dover sostituire, nei controlli, i ruoli istituzionali previsti dalla normativa vigente?

Come dire ad una banca od assicurazione di vestirsi da stazione appaltante e sostituirsi alle precipue funzioni pubbliche.

Più facile rivedere i processi pubblici per un più efficace, snello e responsabile espletamento del proprio ruolo.

Infine, tornando all'ipotesi di una garanzia piena e pari al 100% del valore dell'opera se escussa, ad esempio, integralmente ed in mala fede dal beneficiario (stazione appaltante), con il "contratto autonomo di garanzia" che approfondiremo, potrebbe portare la stessa azienda appaltatrice verso una sorta di deresponsabilizzazione economica.

Il Garante, infatti, che non può esimersi dall'escussione (salvo alcune eccezioni) **non potrebbe attivare l'azione di rivalsa verso il soggetto garantito**, se ha effettuato il pagamento in presenza di prove circa **la malafede del beneficiario (stazione appaltante)**. Prove difficili da dimostrare, ma che lasciano spazi di manovra per il garantito per evitare la rivalsa. Forse una soluzione più adeguata in termini procedurali e di funzione potrebbe essere valutata in ordine a:

- una graduatoria delle imprese aggiudicatrici dell'appalto pubblico, per cui in ipotesi di non completamento dei lavori da parte della prima, potrà subentrare la seconda e così via;

- l'intervento della "garanzia sostitutiva" per il pagamento alla stazione appaltante degli eventuali costi ed oneri sostenuti per la sostituzione dell'azienda appaltatrice.

Percorrere la possibilità, da parte del Garante, di liberarsi dell'impegno sostitutivo, pagando una penale rapportata ai lavori ancora da eseguire, non avrebbe alcun senso, sia in termini di garanzia sia nell'ottica di tenere separate le due funzioni: pubblica e privata del Garante.

In ogni caso tutte le opzioni sono aperte per più ampie valutazioni.

IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA

La Suprema Corte di Cassazione (Sezioni unite) nel febbraio 2010 n.3947 ha risolto il contrasto giurisprudenziale relativo alla "**clausola a prima richiesta e senza eccezioni**" posta in un contratto di garanzia, stabilendo che rappresenta un **contratto autonomo di garanzia** e non una fideiussione.

La caratteristica di questo tipo di garanzia attiene la soddisfazione del beneficiario, indipendentemente da eventuali vizi che possano invalidare il rapporto garantito ovvero le inesattezze dell'adempimento eseguito dal garantito e potrà essere escussa in ogni momento dal beneficiario senza che il Garante possa opporre eccezioni.

Nel nostro ordinamento è stata ammessa la liceità di questo tipo di garanzia sia da parte della dottrina che dalla giurisprudenza che con successive decisioni ne ha definito i contorni.

Con la **fideiussione** si garantisce il creditore l'adempimento del garantito circa **la prestazione per dedotta nel contratto**, mentre con il **contratto autonomo di garanzia** si trasferisce, in generale, il **rischio** dell'inadempimento dal creditore al garante. Quindi l'obbligazione del Garante esiste e decade in funzione dell'esistenza stessa del rischio che se viene meno farà cessare, anche, la garanzia.

Altra distinzione tra una garanzia "**a semplice richiesta**" (tipica delle fideiussioni) e quella "**a semplice richiesta e senza eccezioni**" che connota il contratto autonomo di garanzia, risiede, seppur da valutare nel contenuto degli accordi tra le

Parti, proprio nell'autonomia della garanzia che prescinde dal contratto sottostante, con la rinuncia ad opporre eccezioni.

Se viene stipulata una tipica fideiussione, in genere, il fideiussore può opporre al creditore tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre, prima di pagare, il debitore.

Nelle garanzie "autonome" invece il Garante può opporsi al pagamento verso il creditore solo se, ad esempio:

- il contratto autonomo di garanzia è nullo, annullabile o rescisso; vi sia la illiceità del rapporto di base tra il debitore ed il creditore ovvero vi sia presenza di un ordine dell'autorità giudiziaria di non pagare.

- in caso di "exceptio doli" che consiste in fatti posti in essere dal beneficiario con intento doloso. Alcuni esempi: reati; richiesta d'importi molto maggiori di quelli patiti; se l'obbligazione di base è stata adempiuta dal debitore; se la richiesta è ingiustificata; se l'inadempimento non è imputabile al debitore, etc.

Ciò che conta perché l' "**exceptio doli**" sia accolta risiede nella prova evidente circa l'abusività dell'escussione della garanzia.

Per poter evitare l'escussione, nei casi succitati, è possibile chiedere **il provvedimento cautelare d'inibitoria in via d'urgenza**, anche, per l'eventuale azione di rivalsa, ma **l'onere della prova** spetterà al debitore.

Sia il **garante** che il **debitore (garantito)** hanno tra loro obblighi reciproci.

Il **garante** oltre a dover pagare la garanzia, dovrà **informare** il garantito circa le vicende attinenti il rapporto di garanzia (richiesta di escussione, rifiuto del pagamento etc.), sia sulla base del principio di “buona fede” previsto dall’art. 1375 C.C. che sul divieto d’agire in via di regresso verso il debitore senza averlo avvisato del pagamento effettuato, di cui all’art. 1952 C.C..

Inoltre, il Garante ha l’obbligo **di rifiutare il pagamento** in caso di richiesta di escussione abusiva o fraudolenta.

Il **debitore (garantito)**, invece, dovrà evitare di essere reticente in modo doloso o di raggirare il Garante sulle **caratteristiche del rischio** che dovrà essere trasferito allo stesso, con possibile

annullamento o rettifica della garanzia. Dolo determinante (Art.1439 C.C.) e dolo incidente (Art. 1440 C.C.).

Le **fideiussioni** prevedono il **diritto di rivalsa** del garante verso il debitore (garantito), per quanto pagato al beneficiario della garanzia. Questo diritto rappresenta una condizione, ad esempio, affinché un’impresa di assicurazioni possa prestare garanzie (art.13 del Regolamento IVASS n.29/2009).

Nel **contratto autonomo di garanzia**, invece, il garante potrà opporre, come già trattato, **le sole eccezioni attinenti il rapporto di garanzia ovvero “l’exceptio doli”**.

LA NORMATIVA IN VIGORE PER BANCHE ED ASSICURAZIONI

Per concludere la problematica introdotta dal legislatore circa l’applicazione del **“contratto autonomo di garanzia”** quale garanzia globale per gli appalti, sarà utile verificare, anche, **le disposizioni legislative previste, in materia, per i Garanti e (Banche, Assicurazioni ed Intermediari Finanziari abilitati)**.

Una premessa va fatta circa la prassi e le caratteristiche di accesso alle fideiussioni bancarie, assicurative o finanziarie.

Le **Fideiussioni Bancarie** sono sempre più una rarità nel settore, in quanto sono le più onerose da ottenere. La prassi infatti prevede che il contraente, per ottenere l’emissione di una fideiussione bancaria, depositi, mediamente, in un conto vincolato tra il 100% e il 120% dell’importo garantito sotto forma di contante o titoli. Qualora il contraente goda di linee di credito presso la banca erogante, solitamente, l’istituto di credito invece di richiedere un deposito di garanzia congela l’equivalente valore di castelletto o di conto titoli. L’operazione fideiussoria viene segnalata in Centrale Rischi limitando la possibilità del contraente di accendere nuove linee di credito. Gli istituti di credito richiedono per l’emissione della fideiussione, una commissione intorno al 3/4% dell’importo garantito. A volte la tempistica per l’emissione può allungarsi in relazione alla disciplina interna alla banca circa i poteri di firma.

Le **Fideiussioni assicurative** sono spesso ritenute marginali dalle compagnie assicurative, tranne l’emissione delle fideiussioni provvisorie per

la partecipazione a gare per appalti pubblici e conseguentemente, in caso di aggiudicazione della gara da parte del contraente, della garanzia definitiva sui lavori da eseguire. Tuttavia, negli ultimi anni, si è notata una sempre più marcata tendenza da parte delle compagnie assicurative a ridurre la loro esposizione nel ramo, anche per ciò che attiene le gare per appalti pubblici. Molto difficile ottenere fideiussioni a garanzia di operazioni tra privati. In ogni caso, i tassi applicati sono molto competitivi in relazione a quelli bancari ed in genere i tempi di approvazione o diniego sono, in genere, brevi per gli appalti pubblici. Vengono verificate le patrimonialità del garantito e richiesti eventuali coobbligati.

Le **società finanziarie** per poter operare devono innanzi tutto essere iscritte agli appositi albi della Banca d’Italia. Esistono due albi in cui possono essere iscritte le società finanziarie operanti nel settore delle fideiussioni, l’albo 106 del Testo Unico Bancario (TUB) e **l’albo 107 TUB. (uniche abilitate ad emettere garanzie verso la P.A.)**. I tempi di approvazione o diniego sono piuttosto brevi così come i relativi costi (0,5%-4%). Le società finanziarie, differenza delle banche, non richiedono il deposito di fondi a garanzia dell’emissione della fideiussione, ma esclusivamente il pagamento del costo della garanzia. Vengono verificate le patrimonialità del garantito e richiesti eventuali coobbligati.

LA NORMATIVA IN VIGORE PER BANCHE ED ASSICURAZIONI

Tornado alla digeribilità o meno del “**contratto autonomo di garanzia**” per i predetti Garanti, la **Legge 10 giugno 1982, n. 348 (Costituzione di cauzioni con polizze fidejussorie a garanzia di obbligazioni verso lo Stato ed altri enti pubblici)**, stabilisce:

“Art. 1.

In tutti i casi in cui e' prevista la costituzione di una cauzione a favore dello Stato o altro ente pubblico, questa puo' essere costituita in uno dei seguenti modi:

a) da reale e valida cauzione, ai sensi dell'articolo 54 del regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilita' generale dello Stato, approvato con regio decreto 23 maggio 1924, n. 827, e successive modificazioni;

b) da fidejussione bancaria rilasciata da aziende di credito di cui all'articolo 5 del regio decreto-legge 12 marzo 1936, n. 375, e successive modifiche ed integrazioni;

c) da polizza assicurativa rilasciata da imprese di assicurazione debitamente autorizzata all'esercizio del ramo cauzioni ed operante nel territorio della Repubblica in regime di liberta' di stabilimento o di liberta' di prestazione di servizi.

Art. 2.

Diritti ed azioni, di cui godeva il creditore beneficiario della prestazione garantita da cauzione costituita in uno dei modi sopra detti, **si trasferiscono in surrogazione a chi ha prestato la cauzione a seguito di inadempienza del debitore principale ed incameramento della cauzione.**”

Dalla lettura della norma si evince, all'art.2, il principio del “solve et repete” , paga e poi richiedi

o meglio **il diritto all'azione di rivalsa** del Garante verso il garantito per quanto pagato. Questi principi non caratterizzano, come abbiamo visto, il contratto autonomo di garanzia.

Nella specifica normativa secondaria del **settore assicurativo**, inoltre, l'IVASS (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni) pone altri limiti alla capacità delle imprese di assicurazioni di emettere “polizze fideiussorie” quali:

- la garanzia deve essere accessoria rispetto all'obbligazione principale e deve avere come oggetto un fare, non fare o dare;

- la garanzia non può avere natura puramente fiduciaria per operazioni finanziarie non previste dalla legge o da accordi economici di natura contrattuale.

Queste previsioni potrebbero essere in contrasto con la **piena traslazione del rischio** dal garantito al Garante, così come previsto dal contratto autonomo di garanzia.

Non ultimo, il Regolamento IVASS n. 29 del 16 Marzo 2009 che consente l'emissione 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.**

Anche in questo caso non si ravvisano tali estremi nel contratto autonomo di garanzia.



CHE DIRE

Una riforma sulla “garanzia globale appalti” da ponderare attentamente.