



## OSSERVAZIONI ALLA CONSULTAZIONE

*“Problematiche in ordine all’uso della cauzione provvisoria e definitiva (artt. 75 e 113 del Codice dei Contratti pubblici)”*

**5 maggio 2014**

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO E NAZIONALE SUGLI APPALTI PUBBLICI  
ID number in the EU Transparency Register: **10423745688-62**

[www.osservatorioappalti.unitn.eu](http://www.osservatorioappalti.unitn.eu)

**Premessa.** L'*Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici* è un centro studi attivato nel 2001 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento con l'obiettivo di analizzare - applicando gli strumenti della comparazione giuridica - l'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'Unione Europea e gli effetti sull'ordinamento e sul mercato italiano.

Le principali aree di attività dell'Osservatorio riguardano:

- la *comparazione delle regole*: iniziative per la conoscenza e la comparazione delle regole e del funzionamento di sistemi di contrattazione pubblica (extraeuropei, europei e locali);
- la *misurazione delle regole*: iniziative rivolte alla misurazione / valutazione delle regole e del funzionamento dei sistemi di contrattazione pubblica;
- la *modernizzazione delle regole*: iniziative rivolte alla ricerca ed elaborazione di soluzioni (spesso di tipo multidisciplinare) per migliorare il funzionamento dei sistemi di contrattazione pubblica.

L'Osservatorio svolge attività di aggiornamento giuridico, approfondimento scientifico, formazione specialistica e ricerca, per la cui realizzazione si avvale anche della collaborazione di altre Università, Istituzioni, Enti e Organizzazioni nazionali ed internazionali.

A partire dal 2013 l'Osservatorio ha avviato una serie di approfondimenti sul tema dell'accesso delle PMI al mercato degli appalti pubblici. L'obiettivo è quello di analizzare le soluzioni introdotte dalle nuove direttive europee (Dir. 2014/24/UE *sugli appalti pubblici*, Dir. 2014/25/UE *sulle procedure d'appalto nei settori speciali*, Dir. 2014/23/UE *sull'aggiudicazione dei contratti di*

*concessione*) valutando l'impatto sull'ordinamento nazionale, anche in prospettiva *de jure condendo*.

I dati forniti dalla Commissione europea (COM/2008/394) mostrano che le garanzie come pure le capacità e i requisiti finanziari richiesti agli operatori (e/o ai garanti) per la partecipazione alle gare costituiscono, spesso, un ostacolo per l'accesso al mercato degli appalti pubblici, specialmente per le PMI. Il tema, per altro, storicamente si pone a cavaliere tra opposte esigenze: da un lato di progressiva apertura e *favor* per la partecipazione al mercato degli appalti pubblici e, dall'altro lato, di selezione degli operatori che vi possono accedere attraverso il possesso di criteri (necessariamente) restrittivi.

Al riguardo non sfugge che numerose soluzioni poste dalle nuove direttive appalti e concessioni mirano a realizzare un contesto giuridico più adeguato e favorevole alle PMI, anche con riferimento al tema delle garanzie, capacità e requisiti finanziari.

Il presente documento è curato dal dott. Michele Cozzio e dall'avv. Andrea Manca. Sono proposte osservazioni su alcuni dei temi oggetto della consultazione dell'Autorità.

\* \* \*

**I. Sulla richiesta di livelli elevati di *rating*.** Il prolungarsi della crisi economica sollecita con frequenze inusuali l'applicazione delle norme sulle cauzioni, sia provvisorie che definitive, richieste nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti

pubblici. Viene così messa alla prova l'affidabilità non solo degli operatori economici ma, soprattutto, dei soggetti che dovrebbero garantirli (istituzioni bancarie, assicurative e intermediari finanziari) nonché dei meccanismi, normativi e amministrativi, sui quali si fondano i controlli e il funzionamento del sistema creditizio nazionale.

Le crescenti difficoltà rilevate per l'escussione delle garanzie inducono le stazioni appaltanti a richiedere sempre più frequentemente (ai garanti delle imprese) il possesso di determinati livelli di *rating* del credito. In questo modo, il *rating* del credito viene a svolgere molteplici (e complesse) funzioni, risultando:

- “*elemento tranquillizzante*” tanto per le stazioni appaltanti, quanto per le autorità svolgenti funzioni di controllo sul settore creditizio, nonché
- “*elemento di selezione*” del mercato, allorché determina restrizioni anche significative sul numero dei partecipanti e, in definitiva, sul livello di concorrenza nelle procedure di aggiudicazione.

Il documento predisposto dall'Autorità evidenzia, per altro, l'assenza di significative correlazioni tra la mancata corresponsione della cauzione e l'indice di *rating* delle società garanti.

Con queste premesse viene posta la questione sulla legittimità e utilità della richiesta di determinati livelli di *rating* del credito al fine di stabilire la solvibilità dei garanti e, conseguentemente, l'ammissibilità dei concorrenti alle procedure (cauzione provvisoria) e alla stipulazione dei contratti (cauzione definitiva).

Si prospetta il rischio che le stazioni appaltanti operino una duplice selezione dei concorrenti (equivalente a una duplice restrizione del mercato): una prima volta, in modo diretto, quando stabiliscono i requisiti soggettivi di partecipazione e, una seconda volta, in modo indiretto, quando stabiliscono i requisiti di ammissibilità dei garanti. Tale duplice selezione non trova ancoraggio esplicito nelle disposizioni del Codice dei Contratti e potrebbe al più legittimarsi sulla base di alcuni principi generali fra i quali, ad esempio, il principio di economicità. Sembra difficile, tuttavia, poter dimostrare che tale duplice selezione costituisca il rimedio “più adeguato” e “proporzionale” rispetto all’obiettivo perseguito: vale a dire garantire “la serietà e l’affidabilità dell’offerta” e “la corretta esecuzione dell’appalto”.

In generale i *rating* sono un modo estremamente efficace per illustrare i risultati di un’attività comparativa tra entità differenti sulla base di parametri e/o indicatori predefiniti. Non sempre, per altro, criteri e metodologie che regolano l’attività comparativa sono oggetto di adeguata attenzione e quando vi si mette luce emergono criticità e lacune. In molti casi vi possono essere dati e informazioni suscettibili di misurazione diretta quantitativa, dunque perfettamente adatti alla trasposizione in *rating*, tuttavia in altre circostanze dati e informazioni possono non essere suscettibili di misurazione e quindi non comparabili né trasponibili in *rating* (sul punto Gambaro, *Misurare il diritto?*, 2010; Cassese/Casini, *Public Regulation of Global Indicators*, 2013; Aa.Vv., *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2012).

Il tema è noto a livello europeo specie nel settore delle agenzie di *rating* del credito. Il Legislatore comunitario è intervenuto

uniformando alcuni aspetti del settore (part. Reg. 1060/2009 e ss.mm.), sottolineando la necessità che tali agenzie:

- “utilizzino metodologie rigorose, sistematiche, continuative e soggette a convalida anche sulla base della pertinente esperienza storica e di test retrospettivi” (cons. 23);
- “rendano pubbliche le riformazioni relative alle metodologie, ai modelli e alle ipotesi principali di rating utilizzati nelle loro attività” (cons. 25);
- “stabiliscano opportune procedure di revisione periodica delle metodologie, dei modelli e delle ipotesi di base utilizzati per garantire che riflettano adeguatamente le condizioni variabili dei mercati” cons. 37);
- “conservino la documentazione della metodologia dei rating e gli aggiornamenti periodici delle sue modifiche e conservino traccia degli elementi sostanziali del dialogo tra l’analista di rating e l’entità valutata o terzi ad essa collegati” (cons. 42).

La possibilità che solo i soggetti in possesso di determinati livelli di *rating* possano rilasciare cauzioni solleva per certi aspetti problematiche simili a quelle poste nelle procedure di aggiudicazione dall’utilizzo di *standards* / norme tecniche / etichettature / marchi di qualità ... laddove viene operata una restrizione del mercato / della concorrenza.

In questi casi l’indicazione del legislatore europeo e della giurisprudenza della Corte è nel senso di ammettere etichettature / standards etc. purché (Dir. 2014/24/UE, artt. 42-43 e cons. 74-75; Dir. 2004/18/CE, art. 23 e cons. 29; sentenza CGCE del 10 maggio 2012, C 368/10, Commissione vs. Olanda):

- i requisiti per l’etichettatura siano basati su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori;

- le etichettature siano stabilite nel quadro di un processo aperto e trasparente al quale possano partecipare tutte le parti interessate, compresi gli enti governativi, i consumatori, le parti sociali, i produttori, i distributori e le organizzazioni non governative;
- le etichettature siano accessibili a tutte le parti interessate;
- i requisiti per l'etichettatura siano stabiliti da terzi sui quali l'operatore economico che richiede l'etichettatura non può esercitare un'influenza determinante.

Ad analoghe considerazioni si perviene valutando le disposizioni sulle specifiche tecniche che devono essere formulate sempre in termini di prestazioni o di requisiti funzionali e non facendo riferimento a particolari fabbricazioni, marchi, brevetti etc.

Il legislatore e i giudici europei hanno dunque adottato opportune cautele ogni qual volta si ricorra a requisiti e/o 'soglie' tecniche - qualitative che possono determinare restrizioni alla partecipazione. Nell'attesa che tali cautele vengano adottate al settore del *rating* del credito appare inopportuno estenderne l'utilizzo *sic et simpliciter* al settore degli appalti pubblici.

\* \* \*

**II. Sul contratto autonomo di garanzia.** Sulla natura delle cauzioni provvisoria e definitiva dottrina e giurisprudenza si sono espresse più volte e con esiti talvolta contrastanti.

La sentenza della Cassazione, Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, resa in riferimento a cauzione definitiva, costituisce tutt'oggi riferimento imprescindibile per l'avvio di ogni riflessione sul tema. Sulla base di tale pronuncia, per altro, pare non condivisibile l'assunto di cui al documento di consultazione, secondo il quale il legislatore con gli artt. 75 co. 4 e 113 co. 2 del Codice avrebbe configurato *“obbligatoriamente la cauzione provvisoria e definitiva nelle forme di una garanzia sostanzialmente autonoma ed astratta”*. Nella sentenza, infatti, veniva statuito che solo con l'inserimento della clausola di pagamento *“a prima richiesta e senza eccezioni”* la fideiussione fosse qualificabile come contratto autonomo di garanzia. In tal senso le attuali disposizioni del Codice appalti non sembrano idonee a 'trasformare' un contratto di fideiussione (pur atipico) in un contratto autonomo di garanzia.

Negli stessi termini si esprime il Consiglio di Stato (Sez. IV, 30 novembre 2010, n. 8354), secondo il quale *“la presenza della sola clausola “a semplice richiesta” non è sufficiente a qualificare la garanzia come autonoma. Al contrario, tale clausola ha il solo effetto di rafforzare l'esclusione del beneficio della preventiva escussione del debitore garantito, ma non comporta affatto anche l'impossibilità per il fideiussore di opporre le eccezioni spettanti al medesimo debitore principale, occorrendo per tale ultima finalità un'ulteriore dichiarazione la quale, ancorché non cristallizzata in formule sacramentali, manifesti chiaramente l'intento di rinunciare a dette eccezioni (come, ad esempio, con il semplice inciso “senza eccezioni”).”*

Malgrado la chiarezza dell'arresto giurisprudenziale delle Sezioni Unite permangono tuttora aree di incertezza nella prassi applicativa. Pare opportuno, dunque, aggiornare gli schemi di

polizza tipo per le garanzie fideiussorie e le coperture assicurative (D.M. 123/2004) precisando, in conformità alle indicazioni della giurisprudenza, quale sia la formulazione più corretta per configurare un contratto autonomo di garanzia.

\* \* \*

### **III. Sullo svincolo della cauzione negli appalti di servizi e forniture.**

Nella prassi dei servizi e delle forniture l'art. 113 co. 3 del Codice appalti, recante lo svincolo progressivo della cauzione, risulta sistematicamente disapplicato. Tale situazione, come evidenzia l'AVCP, penalizza sia le imprese concorrenti, sia i soggetti garanti, con effetti che la congiuntura economica negativa contribuisce ad enfatizzare. Al riguardo alcune proposte paiono subito attuabili.

(1) La richiesta alla stazione appaltante di rilasciare *“un’attestazione sullo stato di esecuzione del servizio o della fornitura (analoga a quella in materia di lavori), da produrre all’istituto bancario o assicurativo che ha prestato la garanzia fideiussoria, per ottenere lo svincolo della parte corrispondente”* (vedi anche Deliberazione AVCP 10 ottobre 2012 n. 85). Tale richiesta può essere inserita già nei documenti di gara; nel caso di servizi potrebbe essere rilasciata su base annuale, con decorrenza dall'avvio dell'esecuzione; nel caso di forniture può farsi riferimento agli stati di avanzamento oggetto di regolamentazione (art. 15 L. 11 novembre 2011, n. 180 “Statuto delle imprese”, come modificato da L. 9 agosto 2013, n. 98).

(2) Alternativamente, le Stazioni appaltanti potrebbero procedere allo svincolo progressivo e proporzionale della cauzione a seguito delle verifiche di conformità in corso di esecuzione di cui all'art. 313 co. 2 del Regolamento, prevedendo espressamente tale meccanismo di svincolo già nei documenti di gara. Pur nel silenzio della norma, tale modalità pare conforme al Codice e si ritiene particolarmente indicata per i contratti di forniture e di servizi con prestazioni continuative.