

## **Parere n.126 del 06/06/2014**

### **PREC 160/13/S**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Società Aliperti s.r.l. – “Accordo quadro per regolare il servizio di raccolta, trasporto, smaltimento e/o recupero di rifiuti speciali, pericolosi in deposito temporaneo e lungo le linee ferroviarie degli impianti ricadenti nella giurisdizione della Direzione Territoriale Produzione di Reggio Calabria”. Importo a base d’asta €850.000,00 – S.A. Rete Ferroviaria Italiana (RFI) s.p.a. – Reggio Calabria.

#### **Cauzione definitiva. Richiesta rating.**

#### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

#### **Considerato in fatto**

In data 20 maggio 2013 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale Aliperti s.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della clausola della lettera di invito che al punto IV sotto la rubrica “CAUZIONE DEFINITIVA E POLIZZA ASSICURATIVA” stabilisce che “A garanzia dell'esatto adempimento degli obblighi contrattuali, l'Impresa aggiudicataria dell'appalto dovrà prestare cauzione nella misura del 10% (dieci per cento) dell'importo dell'appalto. In caso di ribasso di gara superiore al 10%, la garanzia è aumentata di un punto percentuale per ogni punto eccedente il ribasso del 10%, fino al 20%, e di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20%. E' espressamente esclusa l'applicazione del beneficio di cui all'art. 75.7 del D.lgs. 163/06 (cauzione ridotta al 50% nel caso di possesso della certificazione del Sistema Qualità). Tale cauzione definitiva dovrà essere costituita mediante fideiussione bancaria o polizza assicurativa fidejussoria, conformandosi esattamente allo schema di cauzione definitiva che si allega alla presente lettera d'invito. (cfr. annesso n. 4). La sottoscrizione del garante dovrà essere corredata da autentica notarile attestante poteri e qualità dei firmatati. L'aggiudicataria ha l'obbligo di stipulare garanzie fideiussorie esclusivamente con compagnie assicuratrici o istituti di credito che siano in possesso di un rating non inferiore a quello indicato dal Gruppo FSI con apposita comunicazione aggiornata trimestralmente. In atto e fino al 30.06.2013 il rating richiesto è il seguente:

1. Banche classificate con rating non inferiori a:
  - a. Baa2 quanto all'agenzia MOODY’S;
  - b. BBB quanto all'agenzia STANDARD & POORS;
  - c. BBB quanto all'agenzia FITCH.
  
2. Compagnie Assicuratrici classificate con rating non inferiori a:
  - a. A3, quanto all'Agenzia MOODY's;
  - b. BBB, quanto all'Agenzia STANDARD & POORS;
  - c. A-, quanto all'Agenzia FITCH.

Entro 5 giorni dalla data di ricevimento della comunicazione dell'esito positivo della verifica dei requisiti di partecipazione, con la quale verrà data anche notizia dei rating richiesto, l'aggiudicataria dovrà trasmettere alla Sede appaltante gli elementi necessari per l'univoca identificazione della Banca o Compagnia di assicurazione che designa quale garante. Entro 15 giorni dalla data di ricevimento dell'assenso di RFI alla costituzione della garanzia da parte del soggetto designato, l'aggiudicataria dovrà produrre alla Sede appaltante il documento comprovante l'avvenuta

costituzione della garanzia. La mancata costituzione della garanzia, ovvero la ripetuta designazione quale garante di soggetto carente del requisito di rating richiesto, determina la revoca dell'aggiudicazione e l'acquisizione della cauzione provvisoria, nonché la facoltà di RFI di aggiudicare l'appalto ai concorrenti che seguono in graduatoria. E' prevista anche una polizza di assicurazione per danni di esecuzione, da qualsiasi causa determinati, e responsabilità civile verso terzi, secondo modalità, termini e importi indicati nello schema di Accordo Quadro". In seguito all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 4 luglio 2013, è pervenuta una memoria della stazione appaltante e una nota della ditta Ecosistem s.r.l., aggiudicataria provvisoria.

### **Ritenuto in diritto**

La questione concerne la legittimità della clausola contenuta nella lettera di invito di cui al punto IV "CAUZIONE DEFINITIVA E POLIZZA ASSICURATIVA" citato in fatto.

Sostiene l'istante che la clausola sia illegittima in quanto, da un lato, restringerebbe ingiustificatamente la platea dei concorrenti pretendendo che la polizza per la cauzione definitiva sia stipulata con un fideiussore dotato di *rating* specifico e, dall'altro, aggiungerebbe un ulteriore requisito di capacità tecnica ed economica. Inoltre, tale requisito sarebbe stato illegittimamente richiesto solo con la lettera di invito.

Come previsto dal punto I-d) della stessa lettera di invito, nonché dallo "schema di cauzione provvisoria" (annesso n. 2 alla suddetta lettera d'invito), per essere ammessi alla gara, era richiesta una cauzione provvisoria di €17.000,00 (pari al 2% dell'importo posto a base della gara), da costituirsi mediante fideiussione bancaria o polizza assicurativa, ovvero rilasciata da intermediari finanziari autorizzati a svolgere in via prevalente od esclusiva attività di cauzione e iscritti all'elenco di cui all'art. 107 del DPR n. 385/93, con autentica notatile della sottoscrizione. Nessuna caratteristica particolare è stata richiesta quindi per tale fattispecie, né in capo al fideiussore in termini di *standing* creditizio, né riguardo le modalità di costituzione della cauzione provvisoria. Quanto asserito dalla ditta, secondo cui come requisito per la partecipazione alla gara era richiesta una cauzione dell'importo dell'appalto, si riferisce alle modalità di costituzione della cauzione definitiva (vedi paragrafo IV della lettera di invito allegata alla presente), da prestarsi esclusivamente dall'aggiudicatario dell'appalto.

Sulla problematica sollevata dall'istante, occorre evidenziare che l'Autorità ha elaborato un documento di consultazione recante appunto "Problematiche in ordine all'uso della cauzione provvisoria e definitiva (artt. 75 e 113 del Codice)", nel quale si esamina anche il tema della richiesta di livelli elevati di rating, e sul quale si è svolta una consultazione conclusa il 5 maggio u.s..

Nel predetto documento, l'Autorità osserva che "Alcune stazioni appaltanti attive nei settori speciali ammettono sia per la cauzione provvisoria, sia per la cauzione definitiva, solo fideiubenti con un rating di lungo periodo uguale o superiore a determinati livelli stabiliti ad esempio da Fitch, Standard & Poor's o Moody's Investor Service. In generale, le ragioni addotte dalle SA interpellate, per giustificare la richiesta di rating ai garanti, hanno evidenziato che nell'ottica dell'ente appaltante il "rating" è considerato quale elemento "tranquillizzante" sul livello del patrimonio di un'impresa o di una banca, libero da impegni ed in grado di garantire la correttezza e l'affidabilità e, soprattutto, la solvibilità dello stesso fideiussore.

Se sono comprensibili le ragioni che spingono le stazioni appaltanti ad una tale richiesta, lo strumento utilizzato allo scopo non appare sufficiente a garantirle e potrebbe introdurre elementi di distorsione nel mercato degli appalti pubblici. Infatti, la richiesta di rating ai garanti inserita nei bandi di gara appare in grado di discriminare perché determina disparità tra i soggetti che operano nel mercato creditizio/finanziario (intermediari, banche, assicurazioni) e potrebbe limitare la partecipazione alle gare delle imprese che segnalano difficoltà a reperire le garanzie necessarie per accedere alla gara d'appalto.

Per quanto concerne il mercato finanziario, alcuni possibili fideiussori, anche se in possesso di margini di solvibilità elevati, non sempre hanno un rating in quanto non procedono al collocamento

di titoli sul mercato; inoltre, come confermano anche i giudizi della Banca d'Italia e dell'ABI, non sempre il rating costituisce un indice certo di riferimento nella stima dei parametri rilevanti per la determinazione dei requisiti patrimoniali di un dato soggetto. Gli approfondimenti condotti nel tavolo tecnico non hanno dimostrato l'esistenza di una correlazione tra la mancata corresponsione della cauzione e l'indice di rating che la Società può vantare. Le segnalazioni pervenute all'Autorità mostrano che spesso il mancato pagamento della cauzione è, in diversi casi, riferibile anche ad aziende con rating elevato. Inoltre, il problema degli inadempimenti non è proporzionalmente correlato alle dimensioni dell'appalto, anzi spesso si verifica in appalti di entità medio piccole non in grado di incidere sulla situazione finanziaria complessiva del garante.

In ogni caso, anche ammessa la legittimità di introdurre vincoli sulla natura e qualità dei fideiussori, attualmente non consentita dal Codice, il rating non rappresenta un criterio di valutazione attendibile per stabilire la solvibilità dell'azienda. L'Autorità nella Determinazione n. 2 del 13 marzo 2013, "Questioni concernenti l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa", ha osservato che, piuttosto che valutare la qualità delle imprese di assicurazione sulla base del rating, è preferibile ricorrere ad altri indicatori quali l'indice di solvibilità, congiuntamente alla raccolta premi specifica.

Per quanto riguarda le piccole e medie imprese, le limitazioni poste ai garanti in merito alla possibilità di rilasciare garanzie potrebbero introdurre ostacoli elevati alla partecipazione alle gare. Infatti, in tal modo aumentano sicuramente i costi di ricerca e gli oneri per la garanzie; ad esempio, le garanzie bancarie sono assimilabili a tutti gli effetti ai crediti e ciò potrebbe introdurre una barriera insormontabile in un periodo caratterizzato da restrizioni al credito.

Si deve, infine, osservare che la recente crisi economica ha determinato continue riduzioni nel rating riconosciuto all'intera economia italiana e, di conseguenza, alle imprese finanziarie. Ciò imporrebbe almeno la necessità di aggiornare costantemente il livello di rating richiesto, proprio al fine di preservare un numero minimo di soggetti a cui le imprese che vogliono partecipare alle gare possono rivolgersi.

In conclusione, la richiesta da parte delle Stazioni appaltanti di *rating* pari o superiore ad un determinato minimo attribuito dalle società di certificazione internazionale è una previsione che si impone in violazione dei principi di cui all'articolo 2 del Codice. Infatti, introduce restrizioni non previste dal Codice che non appaiono neppure correlate e proporzionate con gli obiettivi che si intende perseguire".

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la richiesta di rating ai garanti inserita nel bando di gara in oggetto appare in violazione dei principi di cui all'articolo 2 del D.Lgs. 163/2006 perché determina disparità tra i soggetti che operano nel mercato creditizio/finanziario (intermediari, banche, assicurazioni) e potrebbe limitare la partecipazione alle gare delle imprese.

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 giugno 2014

Il Segretario Maria Esposito