



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PARERE N. 183 DEL 28 Ottobre 2015

PREC 73/15/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs.163/2006 presentata da Fradel Costruzioni Soc. Coop. – “Lavori di assistenza alla manutenzione della rete idrica a servizio della Città di Napoli” – Importo a base di gara: euro 6.697.525,95 - S.A. ABC – Acqua Bene Comune – Azienda Speciale del Comune di Napoli

Cauzione provvisoria – fidejussione prestata con modalità non consentite – intermediario finanziario non abilitato al rilascio di garanzie nei confronti del pubblico – esclusione

Nelle more del completamento degli adempimenti di cui al comma 4 dell’art. 10 del decreto legislativo 13 agosto 2010 n. 141, che ha novellato il d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385, ai sensi della previgente normativa applicabile nella fase transitoria di attuazione del d.lgs. n. 141/2010 non è conforme alle prescrizioni di cui all’art. 75, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 la presentazione a corredo dell’offerta di fideiussione rilasciata da intermediario finanziario iscritto nell’Elenco generale di cui all’art. 106 del d.lgs. n. 385/1993 (nella formulazione anteriore alla novella di cui al d.lgs. n.141/2010). Analogamente, in applicazione della medesima normativa vigente anteriormente alla novella del d.lgs. n. 141/2010, non è conforme alle prescrizioni di cui all’art. 113, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, la presentazione ai fini della stipula di garanzia fideiussoria rilasciata da intermediario finanziario iscritto nella sezione dell’Elenco generale di cui all’art. 106 dedicata ai confidi minori ai sensi dell’art. 155, comma 4, TUB (nella formulazione anteriore alla novella di cui al d.lgs. n.141/2010)

Art. 75 d.lgs. 163/2006

Il Consiglio

VISTA l’istanza prot. n. 121316 del 3 novembre 2014 presentata dalla società FRADEL Costruzioni Soc. Coop., con la quale è stata contestata l’ammissione alla gara della società Meritec S.r.l., prima classificata e aggiudicataria della procedura, per avere presentato, a garanzia della propria offerta, una cauzione provvisoria rilasciata da un intermediario finanziario (Fin Igea S.p.A.) non abilitato al rilascio di cauzioni in materia di appalti;

VISTE le memorie pervenute;

VISTO l’art. 75, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006, così come modificato dall’art. 28, comma 1, d.lgs. n. 169/2012, che dispone che la fideiussione, a scelta dell’offerente, può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari iscritti nell’albo di cui all’articolo 106 del d.lgs. n. 385/1993 (di seguito,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

TUB) che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'art. 161 del d.lgs. n. 58/1998;

VISTO l'attuale testo dell'art. 106 del TUB, frutto della novella introdotta dal d.lgs. n. 141/2010, che prevede la costituzione di un unico Albo degli intermediari finanziari in luogo dei due precedenti elenchi, Elenco generale (di cui all'art. 106 ante novella 141/2010) ed Elenco speciale (di cui all'art. 107 ante novella 141/2010);

VISTA la formulazione del previgente art. 75, comma 3, che, ai fini della prestazione di cauzione provvisoria nelle gare di appalto, richiedeva l'iscrizione degli intermediari nell'Elenco speciale di cui all'art. 107 del TUB, oltre che l'autorizzazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze;

CONSIDERATO che, come previsto dall'art. 10, comma 3, d.lgs. n. 141/2010, l'applicazione del nuovo regime con unico Albo introdotto dalla novella del TUB di cui al d.lgs. n. 141/2010 è subordinata all'emanazione di disposizioni attuative e che tali disposizioni sono state adottate con Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze n. 53 del 2 aprile 2015;

VISTO che, nella fase transitoria, gli intermediari finanziari già iscritti nell'Elenco generale di cui all'art. 106 o nell'Elenco speciale di cui all'art. 107 del TUB continuano ad operare e la Banca d'Italia continua a tenere l'Elenco generale, l'Elenco speciale e le sezioni separate già previste dal vecchio testo (art. 10, commi 1 e 2, d.lgs. n. 141/2010);

VISTO che, a seguito dell'adozione delle misure di attuazione, entrate in vigore in data 23 maggio 2015, in applicazione della disciplina transitoria di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 141/2010, gli intermediari finanziari già iscritti nell'Elenco generale di cui all'art. 106 o nell'Elenco speciale di cui all'art. 107 del TUB ante novella 141/2010 possono continuare ad operare fino al 12 maggio 2016 e che, in particolare, quelli iscritti nell'Elenco speciale di cui all'art. 107 e quelli iscritti nell'Elenco speciale di cui all'art. 106 inclusi nella vigilanza consolidata bancaria presentano istanza di autorizzazione ai fini dell'iscrizione all'Albo unico introdotto dalla novella del TUB entro l'11 ottobre 2015 e quelli iscritti nell'Elenco generale di cui all'art. 106 non inclusi nella vigilanza consolidata bancaria presentano istanza di autorizzazione ai fini dell'iscrizione all'Albo unico introdotto dalla novella del TUB almeno entro tre mesi prima del 12 maggio 2016;

RITENUTO, pertanto, che, fino al 13 maggio 2016, l'Albo unico di cui all'art. 106 TUB non può dirsi costituito né tanto meno operativo e che, dunque, la richiesta del requisito dell'iscrizione all'Albo di cui all'art. 106 del TUB prevista dall'art. 75, comma 3, d.lgs. n. 163/2006, così come modificato dall'art. 28, comma 1, d.lgs. n. 169/2012, non è applicabile prima della data sopraindicata;

CONSIDERATO, pertanto, che fino al 12 maggio 2016, gli intermediari finanziari abilitati al rilascio di garanzie nei confronti del pubblico e, dunque, a prestare cauzioni provvisorie ai fini della



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

partecipazione a gare d'appalto nel rispetto dell'art. 75, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 sono quelli iscritti nell'Elenco speciale di cui all'art. 107 ante novella 141/2010 ai sensi della previgente normativa applicabile nella fase transitoria (art. 10, comma 8, d.lgs. n. 141/2010: «Fino alla data di entrata di vigore delle disposizioni di attuazione del presente Titolo III, e, per i soggetti di cui ai commi 1 e 2 [intermediari finanziari iscritti nell'Elenco generale di cui all'art. 106 e nell'Elenco speciale di cui all'art. 107], fino al completamento degli adempimenti di cui al comma 4 [presentazione delle istanze di autorizzazione all'iscrizione nel nuovo Albo unico], continuano ad applicarsi, salvo quanto previsto dai Titoli I e II del presente decreto legislativo, le norme del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 abrogate o sostituite dal presente decreto legislativo e le relative disposizioni di attuazione»);

VISTO che la cauzione provvisoria prodotta da Meritec S.r.l. a corredo dell'offerta presentata nella gara bandita da ABC – Acqua Bene Comune – Azienda Speciale del Comune di Napoli con bando pubblicato in data 19 giugno 2014 è stata rilasciata da un intermediario finanziario (Fin Igea S.p.A.) che risulta iscritto nell'Elenco generale di cui all'art. 106 TUB ante novella 141/2010 (e non nell'Albo unico ex art. 106 TUB come modificato dalla novella 141/2010 trattandosi di un Albo non ancora costituito all'epoca della prestazione della cauzione e tutt'ora in fase di costituzione);

RITENUTO che, alla luce di quanto sopra, Fin Igea S.p.A. non è abilitata al rilascio di garanzie nei confronti del pubblico e non rispetta le prescrizioni dell'art. 75, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 ai sensi della previgente normativa applicabile nella fase transitoria;

CONSIDERATO che la carenza dell'abilitazione da parte di Fin Igea S.p.A. è confermata dall'iscrizione di Fin Igea S.p.A. nell'elenco tenuto dalla Banca d'Italia denominato "elenco dei soggetti segnalati per garanzie rilasciate in assenza di abilitazione" dove viene dichiarato che Fin Igea S.p.A. è iscritta nell'Elenco generale degli intermediari finanziari previsto dall'art. 106 TUB ante novella 141/2010 senza essere abilitata al rilascio di garanzie nei confronti del pubblico (quali fidejussioni a favore di enti e amministrazioni pubbliche o a imprese e privati in genere);

VISTA la determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 secondo cui costituisce causa di esclusione l'avere prestato la cauzione provvisoria con modalità non consentite, con espresso riferimento alle prescrizioni di cui all'art. 75, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006;

VISTA la determinazione n. 1 del 29 luglio 2014 secondo cui le disposizioni normative di cui agli artt. 75 e 113 del d.lgs. n. 163/2006 in tema di cauzioni negli appalti pubblici, che non rientrano ai sensi dell'art. 206 del medesimo Codice tra le norme di diretta applicazione ai settori cd. "speciali, sono applicabili anche nelle gare bandite in tali settori quando, con la *lex specialis* di gara, la stazione appaltante si è autovincolata alla specifica normativa soprarichiamata;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che nel caso in esame, pur trattandosi di appalto rientrante nei settori speciali, il disciplinare di gara, nel paragrafo 5 “Cauzioni e garanzie richieste”, prevede espressamente che l’offerta dei concorrenti debba essere corredata da cauzione provvisoria «come definita dall’art. 75 del Codice» ;

CONSIDERATA l’impossibilità di applicare *ratione temporis*, al caso in esame, la disciplina del soccorso istruttorio introdotta con la modifica apportata agli articoli 38 e 46 del d.lgs. n. 163/2006 dal d.l. 24 giugno 2014 n. 90 stante l’avvenuta pubblicazione del bando in data antecedente (19 giugno 2014) all’entrata in vigore della novella;

VISTO l’art. 113, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 che prescrive che la cauzione definitiva sia prestata con le modalità di cui all’art. 75, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 ;

CONSIDERATO che il disciplinare di gara, nel paragrafo 5 “Cauzioni e garanzie richieste”, prescrive che l’aggiudicatario debba presentare la «cauzione definitiva nella misura e nei modi previsti dall’art. 113 del Codice e dall’art. 123 del regolamento»

CONSIDERATO che, in sede di stipula del contratto, Meritec S.r.l. ha presentato una cauzione definitiva rilasciata da un altro intermediario finanziario (Confidi Eureka S.c.p.a.) che risulta del pari privo di abilitazione risultando anch’esso iscritto nel medesimo elenco denominato “elenco dei soggetti segnalati per garanzie rilasciate in assenza di abilitazione” dove viene dichiarato che Confidi Eureka è iscritta nella sezione dell’Elenco generale dedicata ai confidi minori ai sensi dell’art. 155, comma 4, TUB senza essere abilitata al rilascio di garanzie nei confronti del pubblico (quali fidejussioni a favore di enti e amministrazioni pubbliche o a imprese terze e privati in genere, anche se prestate nell’interesse di imprese socie del confidi);

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell’art. 8 del Regolamento sull’esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all’art. 6, comma 7, lett. n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- non è legittima l’ammissione alla gara e la successiva aggiudicazione della stessa a Meritec S.r.l. a motivo della produzione di una cauzione provvisoria con modalità non consentite ovvero rilasciata da intermediario finanziario iscritto nell’Elenco generale di cui all’art. 106 TUB (nella formulazione anteriore alla novella di cui al d.lgs. n.141/2010) in violazione delle prescrizioni dell’art. 75, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 ai sensi della previgente normativa applicabile nella fase transitoria di attuazione del d.lgs. n. 141/2010;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- non è conforme alle prescrizioni dell'art. 113, comma 2, d.lgs. n. 163/2006 la garanzia fideiussoria prestata da Meritec S.r.l. quale cauzione definitiva in quanto rilasciata da intermediario finanziario iscritto nella sezione dell'Elenco generale di cui all'art. 106 dedicata ai confidi minori ai sensi dell'art. 155, comma 4, TUB (nella formulazione anteriore alla novella di cui al d.lgs. n.141/2010) in violazione della previgente normativa applicabile nella fase transitoria di attuazione del d.lgs. n. 141/2010.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 3 novembre 2015

Il segretario Maria Esposito