



Presidente

AcegasApsAmga S.p.A. Socio Unico
Via del Teatro n.5 -
34121 TRIESTE

Alla c.a. del RUP
(omissis)

Fasc. Anac n. 4950/2022 (già 2481/2022)

Oggetto

Attività di vigilanza ex art. 213, comma 3 del d.lgs. 50/2016 - Lavori di completamento e di ampliamento dell'impianto di depurazione Ca' Nordio a Padova - Il lotto -affidati al RTI B.T.B. Elettroidraulica S.r.l. - Importo contrattuale € 12.484.316,42 CUP: C98H18000120007 CIG: 76831228D7- Fideiussione per l'anticipazione rilasciata da soggetto non iscritto nell'elenco degli intermediari autorizzati da IVASS. Nota di definizione ex art. 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici.

Nell'esercizio dell'attività di vigilanza, ai sensi dell'art. 213, comma 3 del d.lgs. 50/2016, svolta anche tramite la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP) presso ANAC, pagina https://dati.anticorruzione.it/superset/dettaglio_cig/76831228D7, con nota prot. n. 71852 del 12.9.2022

venivano richieste informazioni alla AcegasApsAmga spa, anche in relazione alle criticità evidenziate nella segnalazione pervenuta con nota prot. ANAC n. 21182 del 22 marzo 2022.

In detta nota l'esponente rappresentava, per quanto di interesse, che questa Stazione Appaltante avrebbe accettato dall'appaltatore B. la fideiussione a garanzia dell'anticipazione del prezzo di appalto pari ad euro 2.496.863,28 da parte di Confidi FinLabor soc. coop. nonostante *“non iscritta all'elenco degli intermediari autorizzati dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni - IVASS”*.

Ciò in relazione al contratto di appalto sottoscritto con la B. (C.F. e P.IVA omissis), in data 23 settembre 2020 per i lavori di completamento e di ampliamento dell'impianto di depurazione Ca' Nordio a Padova per un importo di euro 12.484.316,42 (CIG 76831228D7) come risulta dalla citata pagina ANAC.

L'esponente, a sostegno di quanto affermato, allegava la fideiussione a garanzia dell'anticipazione pari al 20% dello stesso per € 2.496.863,28 , rilasciata da Confidi FinLabor.

In risposta alla richiesta di informazioni di ANAC, la AcegasApsAmga spa, con nota prot. n. 78400 del 4.10.2022 chiariva quanto segue.

“Il contratto veniva stipulato il 23.9.2020 e il 3.6.2021 l'appaltatore chiedeva la corresponsione dell'anticipazione di cui all'art 35, c. 18 DLgs 50/2016 per una somma

pari al 20% dell'importo contrattuale (e dunque pari a Euro 2.496.863,28), inviando a garanzia di quest'ultima la polizza fideiussoria a tal fine emessa dall'intermediario Confidi Finlabor (All. 1).

A seguito delle consuete verifiche, la Committente, a propria maggiore tutela, chiedeva ed otteneva dall'appaltatore la dichiarazione di aver verificato che la garanzia fosse stata emessa in conformità alle prescrizioni tutte di cui all'art. 9 del Capitolato¹, che sostanzialmente ricalcano quelle previste dagli articoli 93 e 103 del DLgs 50/2016 (All. 2).

L'anticipazione veniva conseguentemente erogata con pagamenti in data 25.6.2021 e in data 30.6.2021 (All.ti 3A e 3B).

Solo successivamente, nel mese di novembre 2021, la Committente veniva a conoscenza della nota pubblicata da Banca d'Italia in data 27 luglio 2021, avente ad oggetto l'aggiornamento dei soggetti segnalati per garanzie rilasciate senza abilitazione, tra i quali era indicato anche Confidi Finlabor (All. 4).

A seguito di approfondimenti interni, la circostanza veniva immediatamente rappresentata alla mandataria del RTI, la quale era invitata a produrre tempestivamente una nuova e valida garanzia. Nelle more della presentazione della nuova garanzia, la Committente si tutelava trattenendo tutti i pagamenti dovuti all'appaltatore,(omissis)

Ad ogni modo, il RTI sottoponeva alla Committente la bozza di una nuova fideiussione che sarebbe stata rilasciata dalla Banca Popolare di Sondrio; la Committente, ravvisando alcune carenze nel testo sottopostole, chiedeva che la bozza venisse integrata e adeguata puntualmente alle clausole di cui allo schema tipo 1.3 del DM n. 31/2018, come previsto dall'art. 9 del CSA.

Il 7.3.2022 la Committente riceveva una PEC firmata "Dott. Gennaro Nappi procuratore Speciale Banca Popolare di Sondrio", nella quale si confermava di aver apportato le modifiche richieste dalla Committente e si allegavano il testo della bozza definitiva della garanzia (con richiesta di timbro e firma per accettazione per poterla emettere) e la procura notarile del soggetto con poteri di firma (All. 6). Non rinvenendo il nominativo del procuratore che avrebbe sottoscritto la garanzia tra quelli indicati nella visura della Banca Popolare di Sondrio, la Committente contattava immediatamente sia il Notaio rogante l'atto, sia la Banca, i quali disconoscevano, rispettivamente, tanto la procura, quanto la bozza di fideiussione.

A ciò faceva seguito uno scambio di corrispondenza con l'appaltatore, nel corso del quale quest'ultimo affermava la propria completa estraneità ai fatti di cui sopra, rilevando di essere stato vittima di un raggiro che avrebbe denunciato alle Autorità competenti (All. 7), e la Committente ribadiva la sospensione dei pagamenti dovuti al RTI, non avendo quest'ultimo prodotto una valida garanzia in relazione all'anticipazione erogata. Inoltre la Committente informava in data 7 aprile u.s. (con n. prot. 2022/0150139) la Procura della Repubblica di Padova dei fatti attinenti alla bozza di fideiussione della Banca Popolare di Sondrio sopra descritti. Non sono state operate segnalazioni al casellario informatico. Il 7.4.2022 il RTI produceva una nuova fideiussione in bozza a garanzia dell'anticipazione, emessa da KLPP Insurance & Reinsurance Company LTD (All. 8), la quale è stata oggetto di puntuali e approfondite verifiche.....

In data 4 maggio 2022 la Compagnia di cui sopra emetteva dunque regolare fideiussione per l'intera somma dell'anticipazione, comprensiva degli interessi, dedotte le somme già trattenute dalla Committente sui SAL 1 e 2, per importo complessivo pari a Euro 2.159.505,37 (All. 9). A fronte della produzione della fideiussione, in data 11 maggio 2022 la Committente comunicava che era da intendersi come superata la propria

richiesta di restituzione dell'anticipazione e che conseguentemente avrebbe provveduto alla liquidazione dei pagamenti sospesi, relativi al primo SAL (All. 10). L'avanzamento delle attività, allo stato attuale, riporta un totale di 3 SAL emessi (dei quali sono state liquidate le fatture fino al SAL 2). Progressivamente sono stati recuperati € 364.187,51 dell'anticipazione (come si evince dai Certificati di pagamento SAL 1 e SAL 2, All.ti 11A e 11B), e si è in attesa di recuperare ulteriori € 175.273,60 dell'anticipazione (come si evince dal certificato di pagamento relativo al SAL 3, che diventerà esigibile in data 30 ottobre 2022, All. 11C) con una quota residua totale di anticipazione pari a € 1.957.402,17”.

Occorre rilevare sul punto che la stazione appaltante non ha effettuato le preventive doverose verifiche in ordine alla idoneità della fideiussione a garanzia dell'anticipazione. Si rammenta in proposito che l'art. 35, comma 18 del d.lgs. 50/2016 prescrive che *“La predetta garanzia è rilasciata da imprese bancarie autorizzate ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o assicurative autorizzate alla copertura dei rischi ai quali si riferisce l'assicurazione e che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano la rispettiva attività. La garanzia può essere, altresì, rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'albo degli intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385”.*

Con il comunicato congiunto IVASS, Banca d'Italia, ANAC e AGCM del 28.5.2020 intitolato *“Garanzie finanziarie: suggerimenti per le pubbliche amministrazioni e altri beneficiari”* vengono indicati alcuni controlli da effettuare per prevenire rischi connessi all'accettazione di garanzie rilasciate da operatori abusivi o inaffidabili.

In particolare è ivi previsto che *“se la garanzia è costituita da una fideiussione è necessario verificare che sia stata rilasciata da:*

- una banca - italiana, comunitaria o extracomunitaria - censita negli Albi ed Elenchi di Vigilanza pubblicati dalla Banca d'Italia;

- un intermediario finanziario - italiano o estero - o un confidi maggiore, censito nella lista consultabile sul sito della Banca d'Italia.

I Confidi minori, pur svolgendo attività di natura finanziaria, non sono, né sono mai stati, autorizzati al rilascio di garanzie a beneficio delle PP.AA. o di privati, in quanto possono rilasciare esclusivamente garanzie collettive fidi”.

Dunque, laddove la AcegasApsAmga spa avesse verificato gli Albi ed Elenchi di Vigilanza pubblicati dalla Banca d'Italia relativi a ***Intermediari finanziari iscritti nell'albo unico di cui all'articolo 106 del TUB che rilasciano garanzie fideiussorie nei confronti del pubblico*** alla pagina <https://infostat.bancaditalia.it/GIAVAInquiry-public/GaranzieNonMutualistiche.html>, si sarebbe accorta che il Confidi Finlabor non era censito. Questo perché Confidi Finlabor è un confidi minore che avrebbe potuto essere iscritto soltanto nella apposita sezione tenuta dalla Banca d'Italia fino al 10 febbraio 2021 e successivamente cancellato, e non anche all'elenco degli intermediari finanziari che rilasciano garanzie fideiussorie.

Questo perché il confidi minore ha quale oggetto esclusivo la garanzia collettiva dei fidi a favore degli aderenti e non è mai stato abilitato al rilascio di garanzie nei confronti del pubblico.

Dall'11 febbraio 2021 in poi, per effetto della conclusione del periodo transitorio previsto dall'art. 10, del d.lgs. 141/2010, il Confidi Finlabor avrebbe potuto essere iscritto soltanto all'Organismo dei Confidi Minori (OCM) cosa che non è mai avvenuta, come

risulta dalla consultazione della relativa pagina https://www.organismocm.it/wp-content/uploads/2022/07/elenco_2022_07_25-1.pdf

Come ben spiega la nota della Banca d'Italia allegata dal segnalante prot. 283874/22 del 21 febbraio 2022, *“come riportato nel sito internet della Banca d'Italia, il rilascio di garanzie è una modalità di prestazione dell'attività di concessione di finanziamento nei confronti del pubblico, riservata dal Testo Unico Bancario (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 - TUB) alle banche e agli intermediari finanziari autorizzati e iscritti nell'albo ex articolo 106 del TUB, ai quali si affiancano le compagnie assicurative del ramo cauzioni sulla base delle disposizioni specifiche che ne regolano l'attività. **La società di cui alla richiesta [Confidi Finlabor], non rientrando nelle categorie citate, non è mai stata abilitata al rilascio di garanzie nei confronti del pubblico. La stessa - segnalata dall'aggiornamento del 27.7.2021 tra i soggetti che hanno rilasciato garanzie in assenza di abilitazione - era infatti iscritta nella apposita sezione ex art. 155, comma 4, TUB, in quanto confidi minore, soggetti questi ultimi che hanno quale oggetto esclusivo la garanzia collettiva dei fidi a favore degli aderenti (c.d. garanzie mutualistiche).***

Si soggiunge che, dall'11 febbraio 2021, la Banca d'Italia ha cessato la tenuta della citata sezione ex art. 155 TUB per effetto della conclusione del periodo transitorio previsto dall'art. 10 del d.lgs. 141/2010, che ha sancito il definitivo passaggio delle competenze sui soggetti della specie all'Organismo dei Confidi Minori (OCM). Dalla stessa data i confidi minori ancora iscritti nella richiamata sezione - tra i quali anche Confidi Finlabor - sono stati cancellati d'ufficio e, pertanto, non possono proseguire neppure la predetta attività esclusiva di rilascio di garanzie mutualistiche. L'elenco dei confidi iscritti presso l'OCM può esser consultato nel sito web istituzionale dell'Organismo www.organismocm.it”.

Pertanto, il Confidi Finlabor è un soggetto non abilitato al rilascio delle fideiussioni a garanzia della anticipazione ai sensi della normativa di settore e la AcegasApsAmga spa non ha espletato i dovuti necessari controlli a tutela della stazione appaltante.

Tenendo presente che proprio la mancata consultazione del sito della Banca d'Italia e dell'OCM, peraltro del tutto agevole, da attuare in prima battuta, ha indotto l'erogazione dell'anticipazione in assenza delle tutele previste dalla legge.

Le mancate dovute preventive verifiche sulla fideiussione non trovano giustificazione neppure nel fatto che AcegasApsAmga spa sarebbe venuta a conoscenza dell'inidoneità della stessa solamente in un secondo momento, con l'aggiornamento della Banca d'Italia del 27.7.2021, in cui si segnalava la Confidi Finlabor tra i soggetti che avevano rilasciato garanzie in assenza di abilitazione.

Va osservato infatti che laddove AcegasApsAmga spa avesse semplicemente consultato il sito della Banca d'Italia e dell'OCM, avrebbe preso atto che Confidi Finlabor era un Confidi minore non abilitato al rilascio delle garanzie nei confronti del pubblico.

AcegasApsAmga spa ha dunque ignorato il Comunicato congiunto Banca d'Italia, IVASS, ANAC e ACGM del 28 maggio 2020 (ed in precedenza Comunicato del Presidente ANAC del 1° luglio 2015, integrato dal successivo Comunicato del 21 ottobre 2015) che forniva indicazioni che avrebbero dovuto indurla, nell'osservanza dei doveri di diligenza, prudenza, perizia, imparzialità e buona condotta che i pubblici dipendenti sono tenuti ad osservare, ad effettuare i dovuti accertamenti in ordine alla idoneità della fideiussione, al fine di assicurare l'operatività della garanzia, destinata alla copertura di una somma ingente pari ad euro 2.496.863,28 (sul punto cfr. anche nota di definizione a firma del Presidente prot. 26416 dell'8.4.2022).

Pertanto la stazione appaltante in contrasto con quanto previsto dall'art. 35 comma 18 del d.lgs. 50/2016 e dal citato Comunicato congiunto del 28.5.2020, non ha effettuato

alcun controllo sulla polizza fideiussoria a garanzia dell'anticipazione, non essendo a tal fine sufficiente la mera dichiarazione dell'appaltatore di aver verificato che la garanzia fosse stata emessa in conformità alle prescrizioni tutti di cui all'art. 9 del Capitolato. Si osserva infine che AcegasApsAmga spa dovrà effettuare la segnalazione al Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui all'art. 213, comma 10, del d.lgs. 50/2016, in ordine alla presentazione di fideiussione a garanzia dell'anticipazione non valida.

Alla luce di quanto sopra esposto, nel rilevare che le verifiche compiute sulla garanzia fideiussoria, propedeutica all'erogazione dell'anticipazione ai sensi dell'art. 35, comma 18 del Codice, sono risultate prive degli approfondimenti idonei a salvaguardare l'interesse di AcegasApsAmga spa, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 11 gennaio 2023, con il presente atto, soggetto a pubblicazione sul sito istituzionale dell'Autorità ha disposto la definizione del presente procedimento ai sensi dell'art. 21 del Regolamento di vigilanza sui contratti pubblici, rilevando che nei limiti della motivazione, l'operato della stazione appaltante non è risultato conforme alla normativa di settore ed in particolare all'art. 35 comma 18 del d.lgs. 50/2016 in quanto la stazione appaltante non ha verificato l'idoneità della fideiussione rilasciata a garanzia della anticipazione, con compromissione anche dei principi generali in materia di affidamento dei contratti pubblici enunciati dall'art. 30, comma 1, dello stesso d.lgs. 50/2016.

Si invita questa stazione appaltante a voler tener conto, anche per il futuro, di quanto specificamente dedotto e rilevato nella presente nota.

Si assegna il termine di 30 giorni dal ricevimento della presente quale attestato dall'avviso di ricevimento della posta certificata, ai sensi dell'art. 213, comma 13 del d.lgs. 50/2016 per gli adempimenti necessari ai fini della tenuta del Casellario Informatico nei sensi sopra esposti.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente