



Presidente

HERATECH srl  
Viale Carlo Berti Pichat 2/4  
40127 BOLOGNA

Alla c.a. del Presidente

Alla c.a. del RUP  
(omissis)

Fasc. Anac n. 2481/2022

### Oggetto

Attività di vigilanza ex art. 213, comma 3 del d.lgs. 50/2016 - Lavori di adeguamento del depuratore di Savignano sul Rubicone (FC) - Importo di lavori euro 2.952.965,459 CUP: H31E20000170005 CIG: 8404857369- Fideiussione per l'anticipazione. 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, con nota prot. n. 71848 del 12.9.2022 venivano richieste informazioni alla Heratech srl, anche in relazione alle criticità evidenziate nella segnalazione pervenuta con nota prot. 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 590.657,81 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 9 febbraio 2021 per i lavori di adeguamento del depuratore di Savignano sul Rubicone (FC) per un importo di euro 2.952.965,459 (CIG 8404857369) 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 € 590.657,81, rilasciata da Confidi FinLabor in data 6 luglio 2021 con decorrenza 7 luglio 2021 e per la durata di un anno.

In risposta alla richiesta di informazioni di ANAC, la Heratech srl, con nota prot. n. 77729 del 30.9.2022 chiariva quanto segue.

*"In data 09/02/2022 (ndr 2021) è stato ..... stipulato il contratto e successivamente, come previsto dalla normativa, l'Appaltatore ha richiesto e ottenuto l'erogazione dell'anticipazione del 20% dell'importo contrattuale, corrispondente a 590.657,81 € e, in data 07/07/2021, ha inviato la relativa polizza fideiussoria a garanzia.*

*A questa data, l'intermediario Confidi Finlabor risultava iscritta all'elenco degli intermediari Finanziari ex art. 106 del Testo Unico Bancario ("TUB") e, dalla Banca d'Italia, non risultavano limitazioni all'operatività della stessa.*

*Solo successivamente, in data 27/07/2021, la Banca d'Italia ha emesso un aggiornamento che ricomprendeva la suddetta Confidi Finlabor tra i soggetti segnalati per **garanzie rilasciate senza abilitazione** ..... informazione di cui la Committente è venuta a conoscenza alcuni mesi dopo (circa novembre 2021).....*

Conseguentemente la Committente, eseguiti gli opportuni approfondimenti interni, con comunicazione in data 11/03/2022, ha provveduto a segnalare le suddette evenienze all'Appaltatore ..... invitandolo a presentare, entro 10 giorni, una nuova polizza fideiussoria a copertura della quota dell'anticipazione residua, nonché una nuova cauzione definitiva, ridotta in funzione dell'avanzamento.

Nelle more del rilascio delle nuove polizze, ....., la Committente si è tutelata operando la sospensione parziale o totale dei pagamenti in corso fino alla concorrenza degli importi non coperti dell'anticipazione e della cauzione definitiva. L'avanzamento delle attività, allo stato attuale, riporta un totale di 10 SAL emessi (dei quali sono state liquidate le fatture fino al SAL 9). Progressivamente sono stati recuperati 566.969,38 € dell'anticipazione (come si evince dai Certificati di pagamento, Allegato 9), con una quota residua di anticipazione pari a € 22.623,71. La cauzione definitiva, progressivamente svincolata a misura dell'avanzamento (ex. art. 103 comma 5 del d.lgs. 50/2016), è ridotta a 54.783,35 €. Tali importi residui della fideiussione e della cauzione, ancorché decurtati in funzione dei nuovi avanzamenti e in mancanza delle suddette fideiussioni, continueranno ad essere trattenuti sulle somme liquidate all'Appaltatore fino alla rata di saldo.

La scrivente Committente, a propria tutela, sta mantenendo in essere in ogni caso le trattenute sopra descritte”.

\*\*\*\*\*

Occorre rilevare sul punto alcune criticità relative all'operato della stazione appaltante.

La prima criticità è relativa al fatto che la stazione appaltante ha versato l'importo dell'anticipazione prima di aver ricevuto e puntualmente verificato la polizza a garanzia Confidi Finlabor soc. coop., in aperta violazione dell'art. 35 comma 18 del d.lgs. 50/2016 che prevede che “L'erogazione dell'anticipazione è subordinata alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa ....”.

Si rammenta in proposito che la polizza Confidi Finlabor indica un inizio garanzia al 7 luglio 2021 e validità un anno. Invece nel certificato di pagamento di pagamento n. 1 del 23 giugno 2021, allegato alla nota di riscontro della stazione appaltante, si legge come la liquidazione della anticipazione pari ad euro 590.593,10 è stata pagata alla B. in data 21 giugno 2021 e dunque quasi venti giorni prima della stipula della fideiussione, in evidente contrasto con quanto prescritto dall'art. 35 comma 18 del d.lgs. 50/2016.

Tanto è vero che nel medesimo certificato di pagamento relativo al SAL n. 1 del 23.6.2021 risulta già la decurtazione della quota di competenza trattenuta della anticipazione pari ad euro 59.059,31.

Va dato atto comunque che l'anticipazione erogata è stata parzialmente recuperata mediante compensazione sui pagamenti successivi come risulta dal certificato di pagamento relativo al SAL n. 10 del 29 luglio 2022 fino alla concorrenza dell'importo pari ad euro 566.969,38 con una quota residua ammontante al euro 22.623,71.

La seconda criticità rilevata nell'operato della stazione appaltante è relativa al fatto che non sono state effettuate 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 dispone 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 “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 Heratech srl 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](https://www.organismocm.it/wp-content/uploads/2022/07/elenco_2022_07_25-1.pdf)

Come illustra la nota della Banca d'Italia allegata dal segnalante prot. 283874/22 del 21 febbraio 2022, secondo quanto *“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](http://www.organismocm.it)”.*

Lo stesso Responsabile del Procedimento, dott. ing. (omissis), nella nota prot. 3898 del 13 aprile 2022, inviata all'avv. (omissis), difensore di B., afferma che *“la garanzia fideiussoria prodotta dall'appaltatore in data 7.7.2021 al fine del versamento dell'anticipazione da parte della stazione appaltante, risulta rilasciata da un **soggetto non abilitato** ai sensi della normativa di settore, compiutamente richiamata dalla disciplina contrattuale.....(omissis) Confidi FinLabor ..... non rientra tra i soggetti elencati dal summenzionato articolo 35 e dal Capitolato Speciale d'Appalto, deve concludersi che l'anticipazione de qua è stata percepita dall'Appaltatore in maniera indebita ed illegittima, mancando i presupposti indispensabili previsti dalla normativa”.*

Pertanto, alla luce di quanto affermato nella suddetta nota prot. 3898 del 13 aprile 2022, il Confidi Finlabor è un soggetto non abilitato al rilascio delle fideiussioni a garanzia della anticipazione ai

sensi della normativa di settore e la Heratech srl 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 Heratech 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 Heratech 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.

Heratech srl 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 590.657,81.

Pertanto l'azione della stazione appaltante è ha trascurato l'effettuazione di alcun controllo sulla polizza fideiussoria e la verifica che la garanzia fosse rilasciata da un soggetto legittimato, e ciò in contrasto con quanto previsto dall'art. 35 comma 18 del d.lgs. 50/2016 e dal citato Comunicato congiunto del 28.5.2020 (sul punto cfr. anche nota di definizione a firma del Presidente prot. 26416 dell'8.4.2022).

Irrilevanti dunque appaiono le considerazioni di Heratech srl in ordine al fatto che nell'intestazione della fideiussione si indicava come Confidi Finlabor fosse *“iscritta al n. 19855 dal 05/02/1992 nella apposita sezione dell'Elenco degli Intermediari Finanziari ex art. 106 tenuto dalla Banca D'Italia [...], in applicazione del comma 37 dell'art. 13 della Legge 326 di riforma dei Confidi ...”* visto che Heratech aveva comunque l'obbligo di effettuare i dovuti accertamenti in ordine alla idoneità della fideiussione a tutela dell'interesse pubblico.

Si osserva infine che Heratech 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 Heratech srl, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 11 gennaio 2023 ha disposto, con il presente atto, soggetto a pubblicazione sul sito istituzionale dell'Autorità, la definizione del procedimento ai sensi dell'art. 21 del Regolamento di vigilanza sui contratti pubblici, rilevando che nei limiti di quanto in questa sede rappresentato, 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. Ciò in quanto la stazione appaltante ha pagato all'appaltatore l'anticipazione prima della consegna della fideiussione a garanzia e 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 Busià*

Atto firmato digitalmente