



*Autorità Nazionale Anticorruzione*  
*Il Presidente*

**DELIBERA N. 657 DEL 10 luglio 2019**

Oggetto: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1 del d.lgs. 50/2016 presentata da ANCE Associazione Nazionale Costruttori Edili – Procedura aperta per l’affidamento dei lavori di realizzazione del collegamento stradale Passo S. Giovanni - Località Cretaccio – UF2 Unità Galleria (opera S-815) - CIG 71681944D1 – Importo a base di gara: 75.860.405,64. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: Provincia Autonoma di Trento - Agenzia Provinciale per gli Appalti e Contratti

**PREC 78/19/L PB**

**Il Consiglio**

**VISTA** l’istanza prot. 128440 del 20.11.2017 con la quale l’Associazione Nazionale Costruttori Edili segnala profili di illegittimità del bando sia in relazione alla richiesta in capo all’aggiudicatario di garanzie ulteriori rispetto a quelle normativamente previste, sia in relazione alle modalità con cui è stata regolata la cessione di immobili a titolo di corrispettivo parziale dell’appalto;

**VISTA** la comunicazione di avvio del procedimento prot. n. 44413 del 3.6.2019;

**VISTA** la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti;

**CONSIDERATO** che, con riferimento al primo profilo, l’istante rileva che il capitolato speciale d’appalto, oltre alla cauzione definitiva di cui all’art. 103 co. 1 del d. lgs 50/2016 (nel seguito: codice) ed alla polizza assicurativa di cui all’art. 23 bis della L.p. 26/93 (cfr. co. 7 del citato art 103), chiede all’aggiudicatario di garantire la copertura di ogni eventuale danno diretto o indiretto procurato, nel corso dei lavori, alla galleria idraulica dell’Impianto idroelettrico di Torbole - opera su cui interferiscono i lavori oggetto dell’appalto - mediante la presentazione di due polizze fideiussorie, una bancaria ed una assicurativa, di importo complessivo pari a 20 milioni di euro;

**CONSIDERATO** che, come emerge dalle premesse degli schemi di polizza fideiussoria allegati al Capitolato, la necessità di chiedere tali garanzie deriva dall’interferenza fra i lavori oggetto dell’appalto e le opere idroelettriche di proprietà di Hydro Dolomiti Energia Srl (HDE), la quale ha dato il nulla osta alla realizzazione dei lavori a condizione di ricevere una fideiussione bancaria ed una assicurativa del tipo “a prima richiesta” che garantiscano HDE “*per eventi collegati all’esecuzione dei lavori comportanti danni diretti alle opere nonché danni indiretti*” per un valore complessivo di 20 milioni di euro “*comprendente il valore della mancata produzione di energia e dei lavori di ripristino*”;

**CONSIDERATO** che la Provincia Autonoma di Trento ha ritenuto legittimo richiedere una garanzia aggiuntiva poiché la copertura assicurativa per danni di esecuzione, responsabilità civile terzi e garanzia di manutenzione (polizza CAR) già richiesta all’aggiudicatario “*non risulta essere idonea o sufficiente alla copertura di determinati danni (la copertura assicurativa della responsabilità civile durante l’esecuzione delle opere ha un massimale che non può superare l’importo di Euro 5.000.000,00), né tanto meno a tutelare l’amministrazione rispetto al corretto adempimento contrattuale*” e a tal fine ha richiesto



*Autorità Nazionale Anticorruzione*  
*Il Presidente*

all'aggiudicatario di presentare le sopra citate polizze fideiussorie a copertura dei danni diretti e indiretti alla galleria idraulica di Torbole;

**CONSIDERATO** che il sistema delle garanzie delineato dal summenzionato articolo 103 prevede che l'aggiudicatario presenti due diverse tipologie di garanzie:

- a) una garanzia definitiva finalizzata a risarcire la stazione appaltante in caso di inadempimento delle obbligazioni derivanti da contratto, il cui importo - calcolato in base al valore dell'appalto e del ribasso offerto - è progressivamente svincolato a misura dell'avanzamento dell'esecuzione (comma 1);
- b) una polizza assicurativa, suddivisa in due sezioni: la prima (danni) che tutela l'amministrazione dal rischio che si verifichino danni diretti ad impianti ed opere anche preesistenti; la seconda (R.C.) che copre i danni indiretti, tenendo indenne la stazione appaltante dell'eventuale risarcimento dovuto a terzi a causa di eventi che comportano una responsabilità civile. L'importo della somma da assicurare contro i danni è stabilito dalla stazione appaltante negli atti di gara e di norma corrisponde all'importo del contratto stesso qualora non sussistano motivate particolari circostanze che impongano un importo da assicurare superiore, mentre il massimale relativo alla R.C. non può superare i 5 milioni di euro (comma 7);

**CONSIDERATO** che la polizza fideiussoria è una garanzia atipica riconducibile, nel sistema delle garanzie sopra delineato, alla tipologia di cui alla precedente lett. a). La giurisprudenza della Corte di Cassazione l'ha considerata, nel corso del tempo, quale sottotipo di fideiussione, quale figura contrattuale intermedia tra il versamento cauzionale e la fideiussione, quale contratto atipico o quale contratto misto, avendo elementi propri di diversi contratti (cfr. Cass., SS.UU., 18 febbraio 2010, n. 3947) ma, comunque, l'ha inquadrata sempre nell'ambito dei contratti di garanzia: la funzione della polizza fideiussoria è quella di garantire ad un soggetto che non può più ottenere l'adempimento della prestazione principale, il risarcimento dei danni e delle maggiori spese conseguenti a tale inadempimento. Ciò che la Corte ha pressoché unanimemente escluso è che la polizza fideiussoria abbia natura assicurativa in quanto *“pur essendo prestata spesso da un'impresa di assicurazione, la funzione della polizza non consiste nel trasferimento o nella copertura di un rischio ... ma in quella di garantire al beneficiario l'adempimento di obblighi assunti dallo stesso contraente”* (Cass., SS.UU., 18 febbraio 2010, n. 3947);

**CONSIDERATO** che, nel sistema sopra delineato, lo scopo della garanzia di cui al punto b), ossia la polizza assicurativa, è proprio quello di tutelare la stazione appaltante dai danni derivanti dalla realizzazione dell'opera;

**CONSIDERATO** che possono verificarsi circostanze particolari a fronte delle quali le stazioni appaltanti sono legittimate a richiedere tutele maggiori, sia estendendo l'importo di una garanzia esistente (art. 103, co. 7) sia richiedendo garanzie ulteriori e più specifiche (purché non irragionevoli o eccessivamente onerose);



*Autorità Nazionale Anticorruzione*  
*Il Presidente*

**RILEVATO** che la stazione appaltante, sebbene legittimata dalle particolari circostanze a richiedere una garanzia ulteriore, avrebbe dovuto ricorrere, visto il tipo di danno dal quale ha inteso garantirsi, allo strumento della polizza assicurativa richiedendo a tutela dell'opera preesistente garanzie anche ulteriori ma comunque riconducibili alla tipologia di cui alla precedente lett. b);

**CONSIDERATO** che, con riferimento al secondo profilo, l'istante rileva che il bando, nel prevedere il trasferimento all'appaltatore della proprietà di alcuni immobili a titolo di parziale corrispettivo dell'appalto, non riproduce la facoltà di indicare, al momento della stipula del contratto, un soggetto terzo a cui trasferire direttamente la proprietà degli immobili, facoltà espressamente prevista dall'art. 191 del codice;

**RILEVATO** che l'articolo 191 recante "cessione di immobili in cambio di opere" non risulta applicabile al caso di specie in quanto facente parte del titolo I della parte IV del codice, esplicitamente riferito al partenariato pubblico privato;

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- non sia conforme alla normativa richiedere, quale forma di garanzia ulteriore finalizzata ad assicurare il rischio di danni diretti ed indiretti ad un'opera preesistente interferente coi lavori oggetto dell'appalto, una polizza fideiussoria in luogo di una polizza assicurativa;
- non sia censurabile il rifiuto della stazione appaltante di concedere la facoltà di indicare un terzo a cui trasferire direttamente il bene, non essendo applicabile l'art. 191 comma 1 del codice.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 24 luglio 2019

Il segretario, *Maria Esposito*