

ATTUALITÀ

Appalti pubblici: la verifica telematica della garanzia fideiussoria

31 Ottobre 2023

Filippo Brunetti, Partner, Chiomenti



Filippo Brunetti, Partner, Chiomenti

> Filippo Brunetti

Filippo Brunetti è Partner dello studio Chiomenti. Responsabile del dipartimento Amministrativo, presta assistenza giudiziale e stragiudiziale a clienti italiani e stranieri in questioni afferenti alla contrattualistica pubblica in senso ampio (affidamento ed esecuzione di appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture; project financing).

1. Le disposizioni dell'art. 106 del Dlgs 36/2023 e le regole AGID sui registri distribuiti

In data 1 gennaio 2024 entrerà in vigore l'art. 106, comma 3, ultimo periodo del Dlgs 36/2023 a tenore del quale: *"La garanzia fideiussoria deve essere emessa e firmata digitalmente; essa deve essere altresì verificabile telematicamente presso l'emittente ovvero gestita mediante ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti ai sensi dell'articolo 8-ter, comma 1, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, conformi alle caratteristiche stabilite dall'AGID con il provvedimento di cui all'articolo 26, comma 1"*

L'utilizzo della fideiussione digitale gestita mediante ricorso a piattaforme digitali, operanti con tecnologie basate su registri distribuiti, pare incentivato dall'art. 106, comma 8, del Dlgs 36/2023 che consente, in tal caso, una riduzione del 10 per cento dell'importo della garanzia stessa. Si evidenzia, in proposito, che i requisiti tecnici delle piattaforme di gestione delle garanzie fideiussorie che saranno utilizzate dalle stazioni appaltanti, sono già stati individuati con provvedimento AGID n. 137/2023 del 1° giugno 2023.

In tale ultimo provvedimento AGID, al paragrafo 6 sono fissate regole tecniche relative alle *"Piattaforme di gestione delle garanzie fideiussorie"* stabilendo l'ambito di applicazione di dette regole tecniche (par. 6.1.) e i requisiti dei registri distribuiti (par. 6.2.) precisando, con riferimento a questi ultimi, che *"Le piattaforme di fideiussione devono assicurare la protezione dei dati personali trattati, nel rispetto della normativa nazionale e unionale (...)"*. Il successivo par. 6.2.3. stabilisce altresì che: *"Le piattaforme di fideiussione devono consentire agli interessati la verifica telematica di validità della garanzia fideiussoria a chiunque sia in possesso di un duplicato informatico di garanzia fideiussoria o della sua impronta. Nota: con validità telematica si intende la validazione tecnica del certificato di garanzia fideiussoria in quanto non compete alle piattaforme di fideiussione la verifica della validità civilistica di tale garanzia"*.

2. La verifica telematica presso l'emittente delle garanzie fideiussorie

In alternativa alla gestione della garanzia fideiussoria mediante registri distribuiti, l'art. 106 del Dlgs 36/2023 prevede la possibilità che la garanzia fideiussoria, emessa e firmata digitalmente, sia *"verificabile telematicamente presso l'emittente"*. Il generico riferimento alla verifica telematica presso l'emittente consente di ritenere, quindi, che la garanzia fideiussoria deve potere essere verificabile presso

l'emittente mediante una qualunque delle soluzioni tecniche e metodologiche adottate per permettere l'elaborazione a distanza di dati ovvero per far comunicare applicazioni residenti in sistemi di elaborazione remoti e collegati tra loro e cioè mediante una qualunque soluzione tecnica che possa essere definita telematica.

Fermo quanto precede, si osserva che le predette previsioni di legge sono volte a mitigare il rischio che le fideiussioni presentate in gara risultino *ex post* false o per qualunque altra ragione non escutibili.

La Banca d'Italia, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, l'Autorità Nazionale Anticorruzione e l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni in data 28 maggio 2020 hanno pubblicato un documento dal titolo: "Garanzie Finanziarie: suggerimenti per le pubbliche amministrazioni ed altri beneficiari"¹.

In questo documento, tra le altre cose, si legge: "L'esperienza ha evidenziato diverse criticità in tema di garanzie fideiussorie con conseguenti danni a carico delle pubbliche amministrazioni beneficiarie. Le garanzie fideiussorie comportano per le imprese che le rilasciano impegni finanziari spesso elevati e di lunga durata nonché rischi complessi. Banche, società finanziarie e compagnie assicurative italiane sono pertanto molto caute e selettive nell'offrire tali protezioni. Di conseguenza, le garanzie in taluni casi sono state emesse da soggetti non legittimati a farlo, in altri si sono successivamente rivelate false, in altri ancora è stato difficile se non impossibile escuterle a causa dell'insolvenza del garante ovvero della sua pretestuosa opposizione fondata su clausole non chiare".

In questa prospettiva, la verifica telematica presso l'emittente delle garanzie fideiussorie, prevista dall'art. 106 cit, è volta a realizzare una maggiore certezza nei rapporti giuridici. Tuttavia la disposizione in questione, come detto, non stabilisce specifiche modalità tecniche per l'effettuazione di detta "verifica telematica" e tantomeno attribuisce all'ANAC il potere di stabilire modalità tecniche per l'esecuzione di detta verifica.

¹ <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/avvisi-pub/garanzie-finanziarie/suggerimenti-per-pa-20200528.pdf>

Si aggiunge che la relazione agli articoli ed allegati del Dlgs 36/2023, redatta dal Consiglio di Stato², non contiene utili indicazioni interpretative riguardo all'applicazione della norma in questione e quindi riguardo le modalità tecniche per l'effettuazione della predetta verifica telematica presso l'emittente.

3. Il bando tipo ANAC 1/2023 e la verifica telematica mediante sito internet: profili problematici

Il bando tipo 1/2023, approvato dall'ANAC con delibera n. 309 del 27 giugno 2023, nello schema di disciplinare di gara, con riferimento a quanto qui interessa, però prevede: "La garanzia fideiussoria deve essere emessa e firmata digitalmente da un soggetto in possesso dei poteri necessari per impegnare il garante.

[Nel caso in cui la stazione appaltante sia abilitata ad effettuare le verifiche di veridicità sulle garanzie fideiussorie gestite tramite ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti ai sensi dell'articolo 8-ter, comma 1, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12,] L'operatore economico può, alternativamente:

- presentare una garanzia fideiussoria gestita mediante ricorso a una delle seguenti piattaforme ... [indicare le piattaforme cui la stazione appaltante è abilitata];
- presentare una garanzia fideiussoria verificabile telematicamente presso l'emittente, indicando nella domanda il sito internet presso il quale è possibile verificare la garanzia.

[In alternativa, nel caso in cui la stazione appaltante non sia abilitata ad effettuare verifiche di veridicità sulle garanzie fideiussorie gestite tramite piattaforme telematiche] L'operatore economico presenta una garanzia fideiussoria verificabile telematicamente presso l'emittente, indicando nella domanda il sito internet presso il quale è possibile verificare la garanzia".

In altri termini, l'ANAC, in difetto di una norma attributiva di potere, ha, nella sostanza fissato specifiche modalità tecniche di esecuzione della verifica telematica presso l'emittente laddove ha previsto che la garanzia fideiussoria debba potere essere verificata telematicamente presso l'emittente mediante

² https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/17550825/3_CODICE+CONTRATTI+RELAZIONE.pdf/d3223534-d548-1fdc-4be4-e9632c641eb8?t=1670933091420

accesso della stazione appaltante ad un sito internet presso il quale deve essere possibile verificare la garanzia.

Ci si domanda se l'ANAC nello stabilire che la verifica di cui trattasi debba obbligatoriamente effettuarsi "mediante accesso ad un sito internet" si sia posta il problema di accertare che tale modalità di verifica sia tecnicamente possibile, sia conforme alla legge e, soprattutto, sia effettivamente disponibile sul mercato assicurativo e bancario.

Invero, la realizzazione di un sito internet dedicato alla verifica delle fideiussioni rilasciate ad un determinato soggetto presenta numerose difficoltà tecniche e determina l'esigenza di tenere in considerazione plurimi aspetti, tra cui quelli della sicurezza e della garanzia dei diritti di riservatezza.

Ci si domanda, inoltre, cosa accadrà se le imprese assicurative e bancarie non dovessero rendere disponibile la possibilità di verifica delle fideiussioni rilasciate mediante accesso, da parte della stazione appaltante, ad un sito internet.

Le imprese aspiranti concorrenti potrebbero trovarsi nella difficoltà operativa di rinvenire sul mercato una garanzia fideiussoria le cui modalità di verifica siano conformi a quanto previsto dal bando tipo ANAC 1/2023.

4. L'obbligatorietà della verifica telematica mediante sito internet ed il principio di tassatività delle clausole di esclusione

Fermo quanto precede, sotto diverso profilo, si osserva che la restrittiva modalità di verifica delle garanzie fideiussorie stabilita dal bando tipo 1/2023 rischia di determinare una distorsione concorrenziale nel mercato del rilascio di dette garanzie e di porsi in contrasto con le disposizioni in materia di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, che garantiscono la mobilità delle imprese e dei professionisti all'interno dell'UE (cfr Art. 26 - mercato interno- , da 49 a 55 - diritto di stabilimento - e da 56 a 62 - servizi - del trattato sul funzionamento dell'Unione europea - TFUE).

Risulta sin troppo evidente che saranno avvantaggiate le imprese assicurative e bancarie stabilite in Italia e che più frequentemente rilasciano garanzie fideiussorie per la partecipazione, in Italia, alle pro-

cedure per l'affidamento di concessioni ed appalti pubblici e, dunque, che eventualmente si organizzino per consentire, rispetto alle garanzie rilasciate, la verifica telematica mediante accesso ad un sito internet.

Si pone anche il problema del possibile proliferare del contenzioso. Il Bando Tipo ANAC non dice cosa accade se l'impresa produce una garanzia fideiussoria valida ed efficace e magari rilasciata da un primario istituto bancario o assicurativo, ma che non sia verificabile mediante accesso ad un sito internet.

Si deve al riguardo ricordare che anche il Dlgs 36/2023 (come già in passato i precedenti, analoghi codici) all'art. 10 stabilisce il principio di tassatività delle cause di esclusione, prevedendo che sono applicabili solo le cause di esclusione espressamente definite dal codice, mentre le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte.

Risulta evidente la volontà del legislatore di promuovere un modello di gara d'appalto precipuamente improntato alla rilevanza dei profili sostanziali, con conseguente dequotazione dei vizi dal carattere puramente formale, in ordine ai quali la Stazione appaltante ha il potere-dovere di esercitare il soccorso istruttorio, al fine di accertare l'effettivo possesso del requisito o, comunque, per sopperire a possibili mancanze, irregolarità e/o insufficienze documentali.

In questa prospettiva, la presentazione di una cauzione provvisoria invalida o tardiva (ma non la mancata presentazione della cauzione provvisoria validamente costituita prima della scadenza del termine per presentare offerta) costituisce, ai sensi dell'art. 101 del Dlgs 36/2023, causa di esclusione dalla procedura di aggiudicazione, non sanabile mediante procedura di soccorso istruttorio, atteso che quest'ultima può essere attivata per supplire le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica e/o economica e che la garanzia provvisoria - destinata a coprire la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione per fatto non imputabile alla stazione appaltante - non costituisce un elemento formale, ma, in quanto posta a corredo dell'offerta, deve ritenersi afferente alla stessa.

Ne deriva che sarebbe nulla e non applicabile la clausola di un bando di gara che prevedesse l'esclusione del concorrente per avere prodotto una garanzia fideiussoria valida ed efficace, ma non verificabile mediante accesso ad un sito internet.

Le stazioni appaltanti dovranno necessariamente ammettere modalità equipollenti di verifica, pena l'insorgenza di contenziosi volti all'annullamento degli eventuali provvedimenti di esclusione, unitamente alle previsioni della disciplina di gara che dovesse stabilire l'esclusione nel caso di produzione di garanzia fideiussoria valida ed efficace, ma non verificabile mediante accesso ad un sito internet o, alternativamente, gestite mediante piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti ai sensi dell'articolo 8-ter, comma 1, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, conformi alle caratteristiche stabilite dall'AGID con il provvedimento di cui all'articolo 26, comma 1.

5. L'opzione ermeneutica "analogica" alla base della previsione di eseguibilità della verifica telematica delle garanzie fideiussorie mediate sito internet

In aggiunta a quanto sinora esposto appare utile rilevare che quanto evidenziato nel bando tipo Anac 1/2023 rispetto alle modalità di verifica telematica delle garanzie fideiussorie (*"L'operatore economico presenta una garanzia fideiussoria verificabile telematicamente presso l'emittente, indicando nella domanda il sito internet presso il quale è possibile verificare la garanzia"*), sembra basato su di una interpretazione dell'art. 106 del Dlgs 36/2023 in una prospettiva che sottende una concezione fisicista, materiale, del fenomeno regolato, il che sembra porsi in contrasto con il fatto che, secondo la medesima disposizione di legge, le garanzie in questione debbano essere "native digitali".

In tale prospettiva l'avverbio "presso" sembra assumere, nell'ordito lessicale che caratterizza lo schema di bando tipo, un significato coerente più con un procedimento cartaceo e materiale che non con un procedimento di tipo digitale, mentre la digitalizzazione è, come detto, uno dei pilastri su cui poggia l'intero impianto del Dlgs 36/2023.

In una realtà solo cartacea ed analogica il termine "presso" ha una valenza materiale connessa al recarsi fisicamente verso qualcosa (per chi ama le etimologie: la radice dell'avverbio "presso" richiama sia nell'accezione italiana che in quello latina il contatto fisico, l'essere aderenti, pressati, da cui "presso").

Ma in un contesto digitale (e digitali, lo si ripete, ex 106 comma 3, Dlgs 36/2023 devono essere le garanzie) l'avverbio "presso" non può mantenere il medesimo senso, e tantomeno lo può avere se consideriamo che il procedimento di verifica delle garanzie avviene nel c.d. "cyberspazio".

In tale contesto dunque la previsione normativa di cui all'art. 106 del Dlgs 36/2023 non può essere considerata prescrittiva di una specifica modalità di verifica. Tantomeno si dovrebbe ritenere che la verificabilità della garanzia debba avvenire recandosi propriamente "dall'emittente" (seppure in un suo spazio virtuale) e ciò per almeno due ragioni.

La prima è che la certezza del documento nativo digitale, unita alla certezza della provenienza della pec, attribuisce un valore equivalente, in termini di attendibilità e sicurezza fisica e logica della verifica, rispetto ad un accesso presso il sito internet della Banca o dell'Impresa di assicurazioni. Si può anzi ritenere che l'attendibilità della verifica a mezzo pec è maggiore di quella mediante sito internet, atteso lo standard di sicurezza e crittografia della pec e la certificazione di tutto ciò da parte di un "gestore pec", come tale riconosciuto da AGID.

La seconda è che sia l'accesso al sito internet, sia lo scambio "pec to pec" tra emittente e stazione appaltante, sono entrambe modalità che si realizzano mediante un accesso, ma tale accesso a ben vedere avviene da entrambe le parti verso un unico luogo, o meglio un luogo virtuale, e cioè mediante la connessione al Web.

Ne deriva che soltanto una visione anacronistica del digitale possa far ipotizzare che il termine "presso" significhi "recarsi da", "accedere" nel senso di recarsi in un qualche posto, e che dunque in tale contesto sia da prevedersi una qualche forma di "accesso" ad un luogo (seppur virtuale), di modo che accedere al sito internet assuma in qualche modo la valenza di recarsi presso il titolare di quel sito internet.

6. Conclusioni

L'esperienza pratica nell'espletamento delle procedure di gara farà di certo emergere modalità di verifica telematica delle garanzie fideiussorie alternative ed equipollenti rispetto a quelle indicate da ANAC nel bando tipo 1/2023 (verifica mediante accesso ad un sito internet).

Del resto, il Dlgs 36/2023 pone l'enfasi sulle tecnologie, sui processi organizzativi e sulla digitalizzazione, rendendo evidente che il Legislatore è volto a cogliere i profili di utilità e semplificazione consentiti dalle nuove tecnologie ed a consentire la massima accessibilità al mercato e la piena concorrenzialità delle procedure.

In questa prospettiva occorre rilevare che se gli obiettivi dell'art.106 comma 3 del Dlgs 36/2023 sono quelli di avere certezza, da parte della stazione appaltante, della valida ed efficace emissione delle garanzie, già l'emissione di garanzie native digitali conferisce alle stesse un livello di affidabilità ben differente rispetto a quelle emesse mediante modalità solo analogiche (cartacee). Sulla base di tale rilievo appare chiaro che, sul piano teleologico, il dettato normativo è da interpretarsi nel senso che la forma di verifica alternativa alla Blockchain non può che essere una forma libera, purché avvenga telematicamente presso l'emittente.

In tale logica, non si vede perché non dovrebbe essere ammessa, tra le varie possibili modalità di verifica "telematica", una verifica della garanzia fideiussoria effettuata mediante scambio pec tra stazione appaltante e soggetto emittente. Si tratta, infatti, anche in questo caso, di una "verifica telematica" a tutti gli effetti.

Viceversa, rendere obbligatoria la verifica telematica solo a mezzo sito internet, come sembra prevedere il bando tipo 1/2023, risulta contrario alla lettera ed allo spirito del Dlgs 36/2023.

Orbene, ove l'Anac chiarisse che il sito internet serve ad individuare l'emittente ed a consentire un contatto diretto con quest'ultimo da parte della stazione appaltante, *nulla quaestio*.

Ove viceversa si ritenesse di dover leggere la previsione del bando tipo Anac 1/2023 - che pur non essendo vincolante, presumibilmente orienterà le stazioni appaltanti a replicare quanto in esso stabilito - quale indicazione di una specifica ed esclusiva modalità di verifica (tramite accesso al sito internet), la questione apparirebbe di ben differente portata e di ben differente impatto, anche perché essendo prevista l'entrata in vigore delle disposizioni per il 1 gennaio 2024, occorrerebbe postulare che entro tale data sia "agevolmente" realizzabile una partizione dei siti internet degli emittenti dove, presumibilmente con particolari credenziali e con il rispetto delle cogenti disposizioni di sicurezza e tutela dei dati personali, ogni stazione appaltante possa verificare esclusivamente le garanzie rilasciate a proprio favore.

Tuttavia, per gli emittenti delle garanzie in questione (assicurazioni e banche) la creazione di un ambiente di questo genere all'interno del proprio sito internet risulterà oneroso e estremamente complesso, attesi gli strettissimi vincoli di sicurezza da osservarsi.

Si è però detto che il requisito specifico della verificabilità delle garanzie fideiussorie mediante sito internet non è previsto dall'art. 106 del Dlgs 36/2023 e non è tecnicamente necessario per assicurare una verifica telematica attendibile.

Si può dunque concludere ribadendo che molto probabilmente l'esperienza pratica delle gare farà emergere, come deve essere, che la verifica telematica delle garanzie fideiussorie è a forma libera e non può essere legittimamente imposta l'eseguibilità di tale verifica solo mediante un sito internet.

DB non solo
diritto
bancario

A NEW DIGITAL EXPERIENCE

 **dirittobancario.it**

