

LE CAUZIONI: INTERESSE GIURIDICO ED ECONOMICO TUTELATO NEI CONTRATTI PUBBLICI



Premessa

Si può essere esperti a vario livello del ramo cauzioni.

E' un ramo estremamente tecnico e connesso ad ogni aspetto del sistema finanziario e dell'economia reale.

Il corso si propone di inquadrare il tema in relazione al Beneficiario Pubblico in senso stretto e alle motivazioni delle richieste di garanzie di terzi fidejussori .



Le garanzie di obbligo contrattuale

Le cauzioni o fidejussioni sono strumenti del sistema finanziario che hanno lo scopo di garantire l'adempimento di obblighi contrattuali.

Il loro utilizzo riduce il rischio finanziario e aumenta il valore delle attività. Per questo sono strettamente connessi all'economia reale.

- La cauzione garantisce, tramite l'intervento di un soggetto terzo, un mancato adempimento tra due parti contrattuali. Ha pertanto funzione di avallo e natura fideiussoria.



Natura giuridica: Causa

Cauzione:

La causa della fideiussione (o della polizza cauzioni) è la garanzia dell'adempimento dell'obbligo mediante l'aggiunta, accanto al primo, di un secondo debitore di pari grado (normalmente di accertata solvibilità economica), il quale adempie, ove ricorra il caso, al debito principale.

Per sua natura la fidejussione tiene indenne la parte designata beneficiaria – ossia che deve ricevere una prestazione, una fornitura o un servizio – nel caso ciò non avvenga.

La fattispecie della fideiussione è definita dall'art. 1936 C.C.

“E' fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui”.



LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE : TUTELA CONTRATTUALE

La P.A. per sua natura deve tutelare e garantire - secondo i criteri di EFFICIENZA, TRASPARENZA ED ECONOMICITA' - lo svolgimento delle proprie attività tramite rapporti con entità esterne e private.

La funzione PUBBLICA, rispetto ad un'impresa privata, non ha come scopo primario il profitto, ma il soddisfacimento di un bisogno della collettività.

Il Dlgs 163/2006 – codice degli appalti – ha di fatto sostituito e migliorato la legge 109/94 (Legge Merloni) introducendo degli obblighi più efficaci per la difesa dell'interesse pubblico.

Il legislatore infatti prevede che, in caso di perdita patrimoniale subita dalla Pubblica Amministrazione, la stessa, tramite le garanzie assicurative, sia tutelata per le nuove spese e maggiori costi, per poter terminare l'appalto senza danneggiare la collettività.

Questo aspetto, come vedremo più avanti, determina pertanto una "classifica" dei fidejussori accettati dalla P.A.



Specificità di natura tecnica : le fidejussioni

Fino dall'emanazione del Bando di Gara, la P.A. adotta tutte le precauzioni di tutela economica e dei requisiti tecnico/professionali indicando la documentazione necessaria a corredo dell'offerta economica alla base dell'asta. - Capo II /D.Lgs 163/2006

La FIDEJUSSIONE PROVVISORIA è la prima protezione per la P.A. che può figurare come un formalismo, ma ha la funzione di dare :

- IRREVOCABILITA' all'offerta presentata
- IMPEGNO a compiere l'appalto
- RISARCIMENTO in caso di inadempienza

Marginalmente può assumere la funzione di garanzia anche per gli aspetti amministrativi della proponente – regolarità contributiva, applicazione del CCNL etc – verifiche che normalmente vengono effettuate dalla P.A. solo in sede di aggiudicazione.



Specificità di natura tecnica : le fidejussioni

In seguito all'aggiudicazione definitiva , la P.A. ha un termine di 60 gg per la sottoscrizione del contratto; questo implica che la Stazione Appaltante deve ottemperare a tutte le verifiche previste dalla normativa e richiedere la fidejussione DEFINITIVA pari al 10% dell'importo di aggiudicazione.

L'Art. 21 della legge quadro n. 415/98 prevede un ulteriore obbligo della Stazione Appaltante, ossia chiedere le necessarie giustificazioni alle offerenti il cui ribasso è considerato " fuori media " - (ribasso superiore al 10% dell'importo a base d'asta).

Nel caso la P.A. chiede una garanzia fidejussoria incrementata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10% ;

se il ribasso supera il 20% il rapporto raddoppia ossia l'aumento è 2 a 1 – due punti di aumento per ogni punto eccedente il 20%

La funzione di verifica è importante per dare omogeneità alle offerte in valutazione : a parità di caratteristiche viene scelta l'offerta economicamente più vantaggiosa.



Specificità di natura tecnica : le fidejussioni

Ogni singolo appalto prevede una ulteriore garanzia – giustificata sempre dall'obiettivo di salvaguardare il soddisfacimento del bisogno collettivo e di garantire la buona esecuzione del contratto .

La RITENUTA A GARANZIA – somma pari al 5% dell'importo dell'appalto – viene trattenuta per ogni singolo stato di avanzamento (S.A.L.) del contratto di fornitura, costruzione e/o servizio e liquidata con due varianti :

1) Entro 24 mesi dall'ultimazione del contratto - tempo necessario per la P.A. per verificare l'esatta esecuzione del contratto (e pari, se notate, alla normale garanzia contrattuale)

2) Contestualmente al documento attestante il buon esito del contratto – verbale di ultimazione dei lavori, verbale di collaudo o attestazione di fine servizio e/o fornitura – in presenza di FIDEJUSSIONE di SVINCOLO DI RITENUTE, cauzione che ha durata, come al punto precedente, di 24 mesi

Fidejussione contro denaro o meglio GARANZIA contro CORRISPETTIVO e massima tutela per la P.A.



Specificità di natura tecnica : Fidejussioni

Lo scopo per la P.A. delle garanzie cauzioni è l'intervento del TERZO fideiussore per garantire la regolare esecuzione del contratto nella sua interezza.

Non solo : la P.A. deve essere tutelata preventivamente in tutte le fasi :

- 1) In fase di OFFERTA – Fidejussione Provvisoria
- 2) In fase di SOTTOSCRIZIONE DEL CONTRATTO – Fidejussione Definitiva
- 3) In fase di ULTIMAZIONE E LIQUIDAZIONE – Fidejussione Svincolo Ritenute

Per questo motivo diventano per la P.A. determinati i soggetti garanti terzi e la “Black List” dei soggetti viene aggiornata di frequente, per evitare di accettare garanzie da soggetti non ritenuti idonei

N.B.= capita di leggere nella Lista anche Compagnie note : infatti basta avere delle chiamate in garanzia alle quali la Compagnia fideiubente non ottemperi nei tempi previsti dal contratto, che la stessa viene segnalata e sospesa



Specificità di natura tecnica : Fidejussioni

La legge ammette la fideiussione assicurativa per tutti gli obblighi di adempimento (fare - cauzione tipica) e per gli obblighi di pagamento (dare).

Quest'ultima fattispecie, normalmente richiesta in caso di rateizzazione delle imposte e/o delle pendenze contributive, ha visto un arresto di assunzione da parte dei fidejussori istituzionali (Compagnie assicurative)

La finanziaria del 2008 ha riconosciuto un nuovo soggetto fidejussore – il Consorzio Fidi (COFIDI) – riconosciuto e abilitato ad intervenire con “atto fidejussorio” e accettato dalla P.A.

In questo caso anche la P.A. ha dovuto parzialmente derogare alla certezza del garante, altrimenti avrebbe penalizzato principalmente le aziende, decentralizzando agli uffici periferici l'obbligo di valutazione del fidejussore



Fidejussione con la PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: Fattispecie

Il D.Lgs 163/2006 norma il comportamento al quale un soggetto privato deve attenersi per poter interagire con la Pubblica Amministrazione.

Vediamo a questo punto di invertire il punto di osservazione tipico – obblighi dell'azienda privata – e di interpretare le volontà del legislatore per la tutela dell'interesse pubblico.

- Riduzione del rischio : la scelta di un appaltatore adeguatamente garantito aumenta la probabilità che i lavori vengano completati secondo quanto stabilito.
- La competenza della compagnia nel valutare il contraente assicura alla Stazione Appaltante che l'appaltatore è in possesso delle capacità tecniche e finanziarie per eseguire i lavori.
- Beneficio della garanzia : La P.A. è tutelata per le nuove spese e maggiori costi, in caso di intervenuta inadempienza dell'appaltatore, per poter terminare l'appalto senza danneggiare la collettività.



Fidejussione con la PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: Concessioni edilizie

La P.A. per adempiere al principio della tutela del bene collettivo, attua la programmazione di sviluppo del territorio definendo gli obiettivi per assicurare la coesione sociale, accrescere la qualità e l'efficienza del sistema territoriale e garantire la qualificazione e la valorizzazione delle risorse sociali ed ambientali. Pertanto è previsto che chiunque chieda l'autorizzazione alla costruzione, sia soggetto alla presentazione di fidejussioni per la tutela suddivise in :

1) Oneri di Urbanizzazione primaria : opere indispensabili ad assicurare l'edificabilità di un'area sotto il profilo dell'igiene, della viabilità e della sicurezza. La P.A. in questo caso richiede idonea garanzia fidejussoria che possa dare certezza della realizzazione delle opere di pubblico utilizzo.

2) Oneri di Urbanizzazione secondaria : realizzazione di infrastrutture necessarie alla vita civile e comunitaria (ad esempio : asili, scuole, centri di culto, mercato rionale)



Fidejussione con la PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: Diritti Doganali - Accise

L'introduzione nel territorio nazionale merce non comunitaria richiede di garantire alla P.A. (in questo caso le Dogane) che le stesse siano o esportate nuovamente o venga assolto il pagamento dei diritti doganali concernenti in una percentuale variabile da applicarsi al valore effettivo e/o rettificato della merce stessa.
La P.A. deve garantirsi sull'effettivo pagamento dei dazi relativi.

L'ACCISA è un'imposta sulla fabbricazione e vendita di prodotti di consumo.
È un tributo indiretto che colpisce singole produzioni e singoli consumi. In Italia le accise più importanti sono quelle relative ai prodotti energetici, all'energia elettrica, gli alcolici e ai tabacchi.
L'accisa è un'imposta che grava sulla quantità dei beni prodotti.
La garanzia richiesta in questo caso deve prevedere anche i costi di controllo della GdF sull'effettiva produzione.



Fidejussione con la PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: Rimborsi iva - rateizzazione imposte

Il rimborso dell'Imposta sul valore aggiunto (I.V.A) prevede che la P.A. liquidi quanto richiesto dal contribuente solo in presenza di garanzia fidejussoria che assista la richiesta per la durata della procedura di verifica da parte dell'Agenzia delle Entrate che avviene entro 3 anni dalla richiesta.

La P.A. accetta di anticipare quanto richiesto con riserva di verifica e garanzia di rientro delle somme – aumentate degli interessi legali – indebitamente percepite.

La P.A. permette di pagare ratealmente le imposte e/o i tributi che superano i 50.000 Euro solo in presenza di idonea garanzia che ottemperi in caso di mancato pagamento del debitore principale. Da considerare che in molti casi i crediti vantati dalla P.A. gravano su soggetti privi di capacità economica autonoma. Per questa fattispecie sono state derogati i soggetti fidejussori introducendo con la Legge Finanziaria 2008 i Consorzi di Garanzia Fidi, società di Capitali privata che ottemperano al Testo Unico Bancario come da art. 107.



I SOGGETTI FIDEJUSSORI

- q Chi può garantire la P.A.
- q Le Compagnie Assicurative
- q Gli istituti bancari
- q I Consorzi Fidi o Comitati di Garanzia



Soggetti accreditati con la P.A.

In ottemperanza dei criteri base della P.A. - EFFICIENZA, TRASPARENZA ED ECONOMICITA' – i soggetti accreditati a prestare garanzie fidejussorie, sono rappresentati da :

- 1) Istituti Finanziari tradizionali – BANCHE
- 2) Compagnie Assicurative
- 3) Società finanziarie ex Art 107 TUB
- 4) CONFIDI

La classificazione e' effettuata in ordine di gradimento\solvibilita' del soggetto fideiubendo. Analizziamo le motivazioni che spingono la P.A. a prediligere un soggetto garante piuttosto che altri.



Istituti Finanziari / Banche

L'istituto di credito fa da garante per un contratto stipulato da un soggetto privato o una società.

La firma della banca serve a coprire e porre sotto tutela un accordo che il cliente ha stipulato con un beneficiario (nel nostro caso la P.A.)

Ogni Istituto di Credito prima di concedere la sua garanzia lo stato patrimoniale o reddituale del cliente che la richiede.

Ad ulteriore tutela, la Banca chiede anche che si "immobilizzi" un capitale pari al massimale della fidejussione oppure blocca parte dei castelletti di affidamento rendendolo indisponibile – sottrae liquidità all'impresa. Questa garanzia e' a titolo oneroso.

Di fatto la Banca, in caso di chiamata in garanzia o richiesta di escussione da parte della P.A. – non avrà nessuna difficoltà a liquidare il beneficiario dell'atto fidejussorio, perché utilizza direttamente il denaro del cliente/contraente senza eccezioni.



COMPAGNIE ASSICURATIVE

Sono soggetti privati autorizzati dall' Isvap ad assumersi il rischio di garanzia nei confronti della P.A.

Prima di rilasciare la fidejussione anche le Compagnie Assicurative provvedono a valutare il richiedente mediante istruttoria, affidando un rating che individua il massimo plafond concedibile al soggetto e valevole per una o più polizze fidejussorie.

L'affidamento non richiede impegni o immobilizzi finanziari al richiedente, ma prevede il versamento del premio – una percentuale sulla somma assicurata - a cadenza annuale. Le polizze fidejussorie emesse nei confronti della P.A. hanno la caratteristica di essere a cd Prima richiesta con operatività (pagamento) entro massimo 30 gg dalla notifica del beneficiario.

In questo caso la Compagnia garantisce in proprio poi si rivale sulla contraente per recuperare quanto liquidato alla P.A.



INTERMEDIARI FINANZIARI EX ART 107 TESTO UNICO BANCARIO

Sono soggetti privati con specifiche caratteristiche economico/patrimoniali che devono avere autorizzazione dalla Banca d'Italia ad operare e devono ottemperare alle comunicazioni periodiche come l'istituti finanziari tradizionali.

Per ottenere l'iscrizione all'elenco speciale devono :

- 1) Ottemperare al requisito patrimoniale consono a fronteggiare i rischi tipici dell'attività finanziaria
- 2) Devono dotarsi di idonea strategia e processo di controllo dell'adeguatezza patrimoniale prospettica.
- 3) Devono obbligatoriamente informare pubblicamente e costantemente la loro adeguatezza patrimoniale, esposizione ai rischi e fornire i dati desunti dal processo di controllo.

Di fatto vengono equiparati alle Banche tradizionali con tutte le conseguenze di controllo da parte dell'Organo di Vigilanza e delle comunicazioni inerenti alla effettiva patrimonialità del soggetto.



CONSORZIO DI GARANZIA FIDI – CONFIDI

Nell'ambito delle attività di finanziamento e sostenimento della PMI, si è delineata una nuova figura di intermediario – ottemperante le disposizioni per l'iscrizione all'Art. 107 TUB – che consente di ridurre le verifiche di solvibilità e di accertamento di rischio default da parte del beneficiario dell'atto fidejussorio

Anche in questo caso la Banca d'Italia ha l'onere di vigilare sulla operatività del CONFIDI e definisce i Consorzi come segue :

“Attività di garanzia collettiva dei fidi nei confronti delle imprese consorziate o socie, rappresentata dall'utilizzazione di risorse provenienti in tutto o in parte dalla imprese socie per la prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie volte a favorirne il finanziamento da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario”

La Legge finanziaria del 2008 introduce i Confidi, quali soggetti fidejussori valevoli per la P.A. garantendo alle PMI la possibilità di accedere alle rateizzazioni delle cartelle esattoriali, tributi e imposte varie riaprendo di fatto il mercato fidejussorio e sottraendo il monopolio agli istituti finanziari tradizionali.



FINANZIARIA 2008 – INTRODUZIONE DEI CONFIDI

LEGGE FINANZIARIA 2008

ARTICOLI 1

COMMA N. 144.

Dopo l'articolo 3 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 462, e' inserito il seguente:
«Art. 3-bis. – (Rateazione delle somme dovute). – 1. Le somme dovute ai sensi dell'articolo 2, comma 2, e dell'articolo 3, comma 1, se superiori a duemila euro, possono essere versate in un numero massimo di sei rate trimestrali di pari importo, ovvero, se superiori a cinquemila euro, in un numero massimo di venti rate trimestrali di pari importo. Se le somme dovute sono superiori a cinquantamila euro, il contribuente e' tenuto a prestare idonea garanzia commisurata al totale delle somme dovute, comprese quelle a titolo di sanzione in misura piena, per il periodo di rateazione dell'importo dovuto aumentato di un anno, mediante polizza fideiussoria o fideiussione bancaria, ovvero rilasciata **da un consorzio di garanzia collettiva dei fidi iscritto negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni**. In alternativa alle predette garanzie, l'ufficio puo' autorizzare che sia concessa dal contribuente, ovvero da terzo datore, ipoteca volontaria di primo grado su beni immobili di esclusiva proprietà del concedente, per un importo pari al doppio delle somme dovute, comprese quelle a titolo di sanzione in misura piena. A tal fine il valore dell'immobile e' determinato ai sensi dell'articolo 52, comma 4, del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131. Il valore dell'immobile puo' essere, in alternativa, determinato sulla base di una perizia giurata di stima, cui si applica l'articolo 64 del codice di procedura civile, redatta da soggetti iscritti agli albi degli ingegneri, degli architetti, dei geometri, dei dottori agronomi, dei periti agrari o dei periti industriali edili. L'ipoteca non e' accettata



LE CAUZIONI:
INTERESSE GIURIDICO ED ECONOMICO
TUTELATO NEI CONTRATTI PUBBLICI
OVVERO
LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE ...
... " CADE SEMPRE IN PIEDI "

