

ATTUALITÀ

Modalità di verifica telematica della garanzia fideiussoria

28 Gennaio 2025

Filippo Brunetti, Partner, Chiomenti





Filippo Brunetti, Partner, Chiomenti

> Filippo Brunetti

Filippo Brunetti è 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). Ha maturato una significativa esperienza nei principali settori regolamentati, ivi compreso quello afferente ai mercati finanziari. Nel settore dell'energia, si occupa sia degli aspetti regolatori che dei rapporti con le autorità di settore, dell'assistenza alla realizzazione e gestione di progetti energetici infrastrutturali, del relativo contenzioso amministrativo.

Premessa

Il tema della verifica telematica delle garanzie fideiussorie aveva posto alcune questioni interpretative¹ già all'entrata in vigore, avvenuta in data 1 gennaio 2024, della disciplina di cui all'art. 106 del D.lgs 36/2023.

Al riguardo intervenne l'ANAC fornendo indicazioni transitorie volte a consentire la verifica telematica delle garanzie fideiussorie a mezzo pec, indicazioni transitorie scadute al 31 dicembre 2024, di cui si dirà di seguito.

Il D.Lgs 31.12.2024, n. 209 (entrato in vigore in pari data) ha modificato il testo dell'art. 106 del D.lgs 36/2023.

Le modifiche riguardano sia il comma 3 dell'art. 106 e quindi il tema della validità delle garanzie fideiussorie collegato alle modalità di verifica telematica delle stesse, sia il regime dell'ambito oggettivo di applicabilità della riduzione del dieci per cento del valore della garanzia, previsto dal comma 8 della medesima disposizione.

Per illustrare il portato precettivo delle modifiche apportate all'art. 106 del D.lgs 36/2023 occorre anzitutto riportare il dato normativo e le indicazioni al riguardo adottate dall'ANAC. Si consideri quanto segue.

1. Le disposizioni dell'art. 106, commi 3 ed 8, del D.lgs 36/2023 e le modifiche ivi introdotte con il D.lgs n. 209/2024.

In data 1 gennaio 2024 è entrato in vigore l'art. 106, comma 3, ultimo periodo, del D.lgs 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 carat-*

¹ Cfr F. BRUNETTI, *Appalti pubblici: la verifica telematica della garanzia fideiussoria*, in *DB non solo diritto bancario*, 31.10.2023.

teristiche stabilite dall'AGID con il provvedimento di cui all'articolo 26, comma 1".

Il successivo comma 8, secondo periodo, della medesima disposizione prevede(va) altresì che: "L'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 10 per cento, cumulabile con la riduzione di cui al primo e secondo periodo, quando l'operatore economico presenti una fideiussione, emessa e firmata digitalmente, che sia gestita mediante ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti ai sensi del comma 3".

In data 31 dicembre 2024 con il D.lgs n. 209/2024 la disposizione di legge di cui al comma 3 del predetto art. 106 è stata modificata come segue: "La garanzia fideiussoria deve essere emessa e firmata digitalmente; essa deve essere altresì verificabile telematicamente presso l'emittente ovvero gestita **in tutte le fasi** 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, o su registri elettronici qualificati ai sensi del Regolamento (UE) n. 910/2014. Le piattaforme, operanti con tecnologie basate su registri distribuiti o su registri elettronici, sono conformi alle caratteristiche stabilite dall'AGID con il provvedimento di cui all'articolo 26, comma 1" (enfasi aggiunta).

Inoltre, la disposizione di cui al comma 8, secondo periodo, è stata modificata come segue: "L'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 10 per cento, cumulabile con la riduzione di cui al primo e secondo periodo, quando l'operatore economico presenti una fideiussione, emessa e firmata digitalmente, che sia gestita mediante ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti ai sensi del comma 3 **ovvero mediante verifica telematica sul sito internet dell'emittente**" (enfasi aggiunta).

Da una parte, le modifiche al comma 3 sono volte a precisare che la gestione della garanzia fideiussoria mediante ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti deve riguardare tutte le fasi del ciclo di vita della garanzia, dall'altra le modifiche introdotte al comma 8 dell'art. 106, sul piano letterale, estendono la possibilità di riduzione del 10 per cento dell'importo della garanzia anche all'ipotesi in cui l'operatore economico presenti una fideiussione emessa e firmata digitalmente, "che sia gestita (...) mediante verifica telematica sul sito internet dell'emittente".

In questo senso occorre rilevare che il lemma "ovvero" contenuto nella versione vigente del comma 8

dell'art. 106 deve intendersi come forma rafforzata della congiunzione disgiuntiva "o", atteso che, diversamente, attribuendogli funzione esplicativa la frase nel suo complesso perderebbe di senso compiuto, atteso che la gestione della garanzia mediante verifica telematica sul sito internet dell'emittente è cosa del tutto diversa dalla gestione della medesima garanzia mediante ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti.

Sulla base degli ordinari criteri ermeneutici e, principalmente, sulla base del criterio d'interpretazione letterale si deve quindi ritenere che per le gare bandite a decorrere dal 31.12.2024 è possibile ottenere la riduzione del 10% dell'importo della garanzia anche nel caso in cui la medesima sia gestita mediante verifica telematica sul sito internet dell'emittente.

A tale riguardo occorre evidenziare che mentre il comma 3 dell'art. 108 ai fini della validità della garanzia richiede che la medesima sia "verificabile telematicamente presso l'emittente", il successivo comma 8, ai fini della riduzione del 10% dell'importo della garanzia, richiede che la garanzia sia gestita mediante verifica telematica sul sito internet dell'emittente.

Ne deriva la necessità di stabilire se quanto richiesto ai fini della validità della garanzia sia sovrapponibile o meno rispetto a quanto richiesto per la riduzione del 10% dell'importo della garanzia.

2. Indicazioni transitorie di Anac sulle modalità di verifica telematica delle garanzie fideiussorie: la Delibera ANAC n. 606/2023.

Con riferimento agli aspetti di validità della garanzia fideiussoria l'ANAC con delibera n. 606 del 19 dicembre 2023, in vista dell'entrata in vigore dell'art. 106 D.lgs 36/2023 nella sua originaria formulazione, ha stabilito che "al fine di consentire la verifica di veridicità e autenticità della polizza, l'operatore economico, all'atto della sottoscrizione della garanzia acquisisce dal garante l'indirizzo internet cui è possibile accedere per effettuare la verifica telematica della garanzia in tempo reale. (...) Nel caso in cui il garante non disponga di un sito internet con le caratteristiche suindicate, fornisce un indirizzo PEC dedicato cui le stazioni appaltanti e gli enti concedenti inviano la polizza presentata in gara, in formato pdf, per il riscontro di autenticità e veridicità.

Tale indicazione si è resa necessaria perché 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, 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 piattaforma 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 accesso della stazione appaltante ad un sito internet presso il quale deve essere possibile verificare la garanzia.

Tuttavia, poiché la verifica telematica presso l’emittente mediante accesso ad un sito internet non era, alla data del 1° gennaio 2024, soluzione tecnica disponibile per tutti gli operatori del mercato delle garanzie fideiussorie, si è quindi resa necessaria – mediante la Delibera 606 del 2023 – la indicazione di modalità transitorie, vevoli fino al 30 giugno 2024, per effettuare la verifica telematica delle garanzie fideiussorie.

3. Comunicato ANAC del 28 giugno 2023: proroga al 31 dicembre 2024 delle indicazioni transitorie sulla possibilità di verifica delle garanzie a mezzo pec.

Successivamente, con comunicato del Presidente Anac del 28 giugno 2024, è stata prorogata fino al 31

dicembre 2024 la validità delle indicazioni transitorie contenute nella Delibera 606 del 2023.

Nel predetto comunicato si legge: *“La proroga persegue l’obiettivo di garantire che il meccanismo funzioni integralmente in modalità digitale, attraverso i siti internet dei garanti per le verifiche o le piattaforme, predisposte da operatori del mercato, operanti con tecnologie basate su registri distribuiti nel rispetto delle Regole tecniche recanti i Requisiti tecnici e modalità di certificazione delle Piattaforme di approvvigionamento digitale¹ emesse da AgID, anche per la gestione. Tali piattaforme devono essere messe a disposizione dai soggetti emittenti le garanzie e rese accessibili per le verifiche delle stesse, senza oneri per le stazioni appaltanti. Considerato che il tempo necessario per consentire l’adeguamento alle disposizioni vigenti, da parte delle imprese di assicurazione e degli intermediari finanziari autorizzati ad emettere garanzie fideiussorie, è stimabile, ragionevolmente, in sei mesi, con il presente Comunicato si dispone la conferma e la proroga delle indicazioni fornite con i provvedimenti su richiamati fino al 31/12/2024.*

4. Parere dell’ottava Commissione Senato e parere dell’ANAC sulla verifica telematica a mezzo pec successivamente al 31.12.2024.

Al 31 dicembre 2024, come detto, è poi entrata in vigore la modifica dell’art. 106 del D.lgs 36/2023 introdotta con il D.lgs 209/2024.

Alla data del 31.12.2024 si è quindi verificata contestualmente sia la scadenza delle indicazioni transitorie di cui alla delibera ANAC 606/2023, sia l’entrata in vigore delle modifiche all’art. 106 del D.lgs 36/2023 apportate con il D.Lgs 209/2024.

La scadenza delle indicazioni transitorie dettate da ANAC dovrebbe quindi far propendere per il superamento della possibilità di verifica delle garanzie fideiussorie mediante pec.

Tuttavia, è da notare che la normativa primaria (i.e. il comma 3 dell’art. 106) non stabilisce in cosa consista la verifica della garanzia fideiussoria effettuata in modalità telematica presso l’emittente e, per altro verso, non demanda all’ANAC o ad altro soggetto il potere di stabilire cosa possa essere considerato “verifica telematica” e cosa no.

Si potrebbe sostenere che l'unica modalità di verifica telematica possibile sia quella "sul sito internet dell'emittente" prevista dal comma 8.

Tuttavia, è innegabile che il D.lgs 209/2024 per questo aspetto è intervenuto esclusivamente sul comma 8, consentendo così di affermare che le modalità di verifica telematica richieste ai fini della validità della garanzia fideiussoria siano potenzialmente più ampie delle modalità di verifica, invece tassativamente individuate, necessarie per accedere alla riduzione dell'importo della garanzia.

In altri termini, il generico riferimento, contenuto nel comma 3, alla verifica telematica presso l'emittente sembra consentire di ritenere che, ai fini della sua validità, 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, ivi compresa la PEC.

Tale lettura interpretativa, del resto, non è contraria alle finalità sottese all'art. 106 del D.Lgs 36/2023, che è quella di proteggere le stazioni appaltanti da garanzie fideiussorie false o contraffatte e non incide significativamente sul riscontro di autenticità e veridicità delle garanzie che devono potere svolgere le stazioni appaltanti.

In questo senso è utile ricordare che l'ottava Commissione del Senato nel parere reso sulla schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 ha espressamente rilevato quanto segue: "valuti il Governo di modificare l'articolo 28, comma 1, lettera a), dello schema in esame, che interviene sull'articolo 106, comma 3, del Codice, al fine di prevedere che la garanzia fideiussoria possa essere verificabile telematicamente presso l'emittente "anche attraverso posta elettronica certificata".

In altri termini, la Commissione in questione ha avvertito la necessità (non colta dal Governo) d'introdurre una modifica al comma 3 dell'art. 106 che chiarisca espressamente che tra le modalità tecniche ordinarie (e non solo transitorie) di esecuzione della verifica telematica presso l'emittente rientra anche la verifica effettuata a mezzo pec.

Del resto, la formulazione del comma 3 dell'art. 106 in discorso (per questo aspetto non modificato dal D.Lgs 209/2024) ha consentito ad ANAC d'indicare, seppure in via transitoria, che la verifica telematica presso l'emittente può essere effettuata anche a mezzo pec.

Il che significa che la norma in questione non vieta o preclude tale modalità di verifica e, in ossequio al noto criterio interpretativo secondo cui *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, potrebbe dunque ritenersi che, nel silenzio della legge, non è preclusa alle stazioni appaltanti una verifica a mezzo pec della autenticità e veridicità delle garanzie.

Sarebbe al riguardo in ogni caso auspicabile un chiarimento interpretativo da parte dell'ANAC, la quale da una parte ha riconosciuto che l'effettuazione della verifica telematica a mezzo pec è compatibile con la formulazione letterale dell'art. 106, comma 3, cit, ma dall'altra ha però espresso contrarietà rispetto ad un utilizzo strutturale della verifica telematica delle garanzie anche a mezzo pec.

Infatti, nel corso dell'audizione del Presidente ANAC davanti all'ottava Commissione del Senato è stato rilevato – per quello che qui interessa – quanto segue: "In tema di garanzie per la partecipazione alle procedure, rispetto alle richieste di ANAC lo schema di correttivo ha il merito di chiarire, modificando l'articolo 106 del Codice, quando è possibile per l'operatore economico ottenere una riduzione della garanzia, nonché quello di correggere un disallineamento nelle norme sulla cumulabilità delle possibili riduzioni delle garanzie, oltre a specificare meglio le caratteristiche delle relative piattaforme digitali. Sono rimasti irrisolti, tuttavia, i principali problemi segnalati dall'Autorità con riferimento alla verifica telematica delle polizze fideiussorie. Al riguardo, nel rappresentare la delicatezza della questione, giova rammentare che la ratio delle modifiche introdotte dal vigente Codice dei contratti pubblici in materia di verifica delle garanzie si rinviene nell'esigenza di contrastare il fenomeno delle truffe, oltre che nella necessità di ridurre gli oneri a carico delle amministrazioni e di accelerare i tempi di espletamento delle procedure, atteso che le tradizionali modalità di verifica, specie in caso di partecipazione di numerosi operatori economici, comportano sia costi impliciti elevati per le stazioni appaltanti (connessi alla remunerazione del personale dedicato a tale attività), sia possibili ritardi nell'affidamento, andando così ad impattare su quella efficienza decisionale che costituisce l'oggetto di diverse misure contenute nello schema di correttivo. Sul tema, l'intervento prospettato dalle previsioni normative in esame appare insoddisfacente, in quanto inidoneo a chiarire che cosa si debba intendere per "verifica telematica presso l'emittente" (art. 106, co. 3,

d.lgs. 36/2023). In particolare, lo strumento della PEC, che pure, in fase transitoria, è stato ritenuto compatibile con la nozione di "verifica telematica presso l'emittente" enunciato dalla norma, appare del tutto inadeguato, in quanto, non consentendo una verifica sincrona della veridicità della polizza fideiussoria, comporta numerose attività manuali per ciascuna polizza, con conseguenti rischi di errori e dilatazione dei tempi di affidamento. Inoltre, il Legislatore, pur esprimendo chiaramente un favor per le piattaforme – in quanto si prevedono riduzioni dell'importo della garanzia per l'operatore economico in caso di ricorso ad esse – ha tuttavia rimesso al mercato la scelta delle modalità da adottare. È evidente che la presenza delle garanzie su poche piattaforme o su un unico hub, interconnesso con le piattaforme di approvvigionamento digitale o con il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico costituito presso l'Autorità, comporterebbe il vantaggio di azzerare i tempi e i costi di verifica e di prevenire il rischio di truffe, posto che l'accesso al sistema sarebbe consentito soltanto a soggetti preventivamente autorizzati. Un simile sistema, però, risulterebbe particolarmente costoso, specie in caso di utilizzo della tecnologia block chain. In considerazione di quanto rappresentato, appare necessario un chiarimento normativo che renda attuabili le disposizioni contenute nell'articolo 106 del Codice, stabilendo la necessità di verifiche sincrone dell'esistenza delle garanzie e preferendo il ricorso allo strumento delle piattaforme digitali per il rilascio e la verifica delle polizze fideiussorie, posto che questo, oltre ad essere più sicuro, consente anche una accelerazione della capacità media decisionale delle stazioni appaltanti. Si suggerisce, pertanto, il seguente possibile intervento emendativo. All'articolo 106, comma 3, secondo periodo, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, le parole: «presso l'emittente» sono sostituite dalle seguenti: «presso il sito dell'emittente»».

A ben vedere vedere, il Governo non ha accolto né il suggerimento di modifica dell'art. 106 cit formulato dalla ottava commissione del Senato (volto a consentire, a regime, la verifica telematica della garanzia fideiussoria mediante pec), né quello dell'ANAC, volto ad individuare esclusivamente nella verifica presso il sito dell'emittente la modalità tecnica di verifica telematica delle garanzie fideiussorie. Il dato normativo, nella sua attuale formulazione, rimane quindi aperto a soluzioni interpretative.

5. Conclusioni

Alla luce di quanto si è andato esponendo si può quindi concludere che, stando al tenore letterale dell'art. 106, comma 8, D.lgs 36/2023 (come modificato dal D.lgs n. 209/2024), ai fini della riduzione del 10% dell'importo della garanzia è possibile produrre una garanzia fideiussoria emessa e firmata digital-

mente che sia gestita mediante verifica telematica sul sito internet dell'emittente.

A tale riguardo è utile evidenziare che nel caso di eventuali contestazioni da parte di una stazione appaltante sulla possibilità di accedere alla riduzione dell'importo della garanzia, sarebbe comunque consentita la regolarizzazione dell'importo della stessa mediante soccorso istruttorio.

Infatti, pur in presenza di talune pronunce di segno contrario, la giurisprudenza prevalente afferma che la cauzione provvisoria di importo inesatto può essere regolarizzata attraverso il potere di soccorso istruttorio, anche oltre il termine previsto per la presentazione delle offerte (ex multis, TAR Napoli, 01.03.2024 n. 1429; TAR Bolzano 29/04/2024 n.114; Consiglio di Stato, Sez. V, 4 giugno 2024, n. 4984).

Di tal che, ove mai una stazione appaltante contestasse il fatto che la riduzione del 10% dell'importo della garanzia possa essere ottenuto sulla base di garanzia provvisoria gestita mediante verifica telematica sul sito internet dell'emittente, seguendo la giurisprudenza prevalente sarebbe comunque possibile per il concorrente integrare l'importo della garanzia senza incorrere in preclusioni. Il che, ovviamente, stempera gli eventuali profili di responsabilità dell'emittente per il rilascio di garanzie in ipotesi non idonee ad far ottenere al concorrente la riduzione del 10% dell'importo della garanzia stessa.

Quanto invece al permanere, anche dopo il 31.12.2024, della possibilità di verifica della garanzia mediante pec, fermo restando che è modalità che non consente l'accesso alla riduzione del 10% dell'importo della garanzia, essa non appare vietata dalla formulazione dell'art. 106, comma 3, del D.lgs 36/2023, tanto che l'ANAC l'ha espressamente prevista, seppure in via transitoria.

Su questa questione interpretativa, tuttavia, poiché il precetto normativo di cui al comma 3 dell'art. 106 del D.lgs 36/2023 non è sufficientemente chiaro e l'ammissibilità o meno della verifica della garanzia a mezzo pec inciderebbe (quando la verifica a mezzo pec sia l'unica disponibile) sulla stessa validità della garanzia, sarebbe auspicabile che fosse reso un chiarimento di ANAC in un senso o nell'altro.

DB non solo
diritto
bancario

A NEW DIGITAL EXPERIENCE

 **dirittobancario.it**

