



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

KBOB

Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane
der öffentlichen Bauherren
Conférence de coordination des services de la construction
et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics
Conferenza di coordinamento degli organi della costruzione
e degli immobili dei committenti pubblici
Coordination Group for Construction and Property Services

Guida alla determinazione di garanzie finanziarie per le prestazioni d'opera

Stato: marzo 2014

Membr della KBOB

UFCL, armasuisse, settore dei PF, USTRA, UFT, DCPA, ACS, UCS

KBOB

Fellerstrasse 21, 3003 Berna Svizzera
Tel. +41 31 325 50 63, fax +41 31 325 50 09
kbob@bbl.admin.ch
www.kbob.ch

Indice

1	Introduzione	4
1.1	Scopo	4
1.2	Basi legali	4
1.3	Campo di applicazione e delimitazioni	5
2	Prestazioni di garanzia	6
2.1	Panoramica	6
2.2	Natura giuridica ed effetto	7
2.2.1	La fideiussione	7
2.2.2	La garanzia	8
2.2.3	La pena convenzionale	8
2.2.4	La garanzia reale	9
2.3	Le diverse forme di garanzia	9
2.3.1	Garanzia di restituzione dell'acconto e fideiussione solidale per gli anticipi	10
2.3.2	Garanzie per l'esecuzione del contratto	11
2.3.3	Trattenuta	14
2.3.4	Garanzia per difetti	14
2.3.5	Garanzia in contanti	15
3	Fideiussione solidale o garanzia	16
4	Gestione dei rischi	17
5	Momento della prestazioni di garanzie	19
6	Raccomandazioni	20
7	Modelli della KBOB	22

Abbreviazioni

LAPub	Legge federale del 16 dicembre 1994 sugli acquisti pubblici (RS 172.056.1)
CO	Codice delle obbligazioni svizzero
SIA	Società svizzera degli ingegneri e degli architetti
OAPub	Ordinanza dell'11 dicembre 1995 sugli acquisti pubblici (RS 172.056.11)
VSS	Associazione svizzera dei professionisti della strada e dei trasporti
CC	Codice civile svizzero

Fonti / Basi

- [1] Norma SIA 118: Condizioni generali per l'esecuzione dei lavori di costruzione, edizione 2013
- [2] Quaderno tecnico SIA 2020: Sicherheitsleistungen des Unternehmers im Werkvertrag, edizione 2001
- [3] UBS SA: Garanzie bancarie
- [4] Credit Suisse: La garanzia bancaria
- [5] Institut für schweizerisches und internationales Baurecht Universität Freiburg: Aktuelles Vergaberecht 2010, edito da Jean-Baptiste Zufferey / Hubert Stöckli
- [6] Guida al contratto di appalto generale della KBOB
- [7] Guida al contratto di appalto totale della KBOB
- [8] KBOB Leitfaden zu Vergabeverfahren und Werkverträgen für Einzelleistungen, 27.11.2009
- [9] Konzernrichtlinie SBB FC 04/00: Absicherung wirtschaftlicher Risiken im Baubereich, 01.09.2000
- [10] Manuale sulla gestione finanziaria e la contabilità nell'Amministrazione federale
- [11] Quaderno tecnico SIA 2007: Qualität im Bauwesen, edizione 2001

1 Introduzione

1.1 Scopo

Crescente necessità di sicurezza

Da qualche tempo gli attori del settore della costruzione, in particolare – ma non solo – i committenti pubblici, hanno una necessità sempre maggiore di coprire i rischi di carattere economico che vanno oltre le prestazioni di garanzia previste dalla Norma SIA 118.

Ogni tipo di garanzia finanziaria fornita da terzi – di regola banche o assicurazioni – ha un costo, che in un modo o nell'altro è a carico del committente¹. Le garanzie e le fidejussioni richieste dagli enti pubblici non sono altro che uno strumento per «assicurare il denaro del contribuente con altro denaro del contribuente», ciò che determina in ultima analisi un aumento dei costi di costruzione.

Distorsione della concorrenza

L'eccessiva necessità di sicurezza, che deve essere soddisfatta con prestazioni di garanzia, può portare a una distorsione della concorrenza, in quanto alcuni offerenti non sono in grado di fornire le garanzie richieste o non possono costituire tali garanzie. Queste ultime sono infatti computate nel limite di credito loro assegnato dalle banche.

Disposizioni contrattuali

Nella maggior parte dei casi – in particolare per gli enti pubblici – la necessità di sicurezza può essere soddisfatta, anziché con garanzie finanziarie, con disposizioni contrattuali che permettono di:

- disciplinare le modalità di pagamento;
- convenire pene convenzionali;
- prevedere il riscatto dell'ipoteca legale degli artigiani e imprenditori;
- far valere il diritto alla trattenuta e/o al conteggio;
- esercitare il diritto all'assunzione di prove.

Spiegazione pratica

La presente «Guida alla determinazione di garanzie finanziarie per le prestazioni d'opera» (di seguito guida) è finalizzata a spiegare, per quanto possibile in modo semplice e pratico, come determinare le garanzie finanziarie per le prestazioni d'opera nell'ambito degli acquisti pubblici. Non è redatta nella forma di un commento esaustivo destinato agli specialisti, ma vuole offrire un aiuto a quei committenti pubblici che si occupano solo sporadicamente di queste questioni.

1.2 Basi legali

CO

La presente guida si basa sul Codice delle obbligazioni svizzero. I membri della KBOB partono dal principio che se vogliono operare in Svizzera gli offerenti esteri devono osservare queste regole in virtù del principio della parità di trattamento. Poiché tali offerenti non conoscono di norma le particolarità del diritto svizzero, prima della conclusione del contratto bisogna dedicare l'opportuna attenzione a questo aspetto.

SIA 118

La base principale per il settore della costruzione è costituita dalla Norma SIA 118 «Condizioni generali per l'esecuzione dei lavori di

¹ Nella presente guida i termini beneficiario della garanzia e creditore sono utilizzati come sinonimi di committente ai sensi dei modelli di contratto della KBOB.

costruzione», che di regola è parte integrante del contratto di appalto².

1.3 Campo di applicazione e delimitazioni

La presente guida tratta le garanzie finanziarie che l'imprenditore o terzi – per lo più banche o assicurazioni – devono fornire a favore del committente di prestazioni d'opera. Le prestazioni di servizio, le forniture e le prestazioni di manutenzione sottostanno in parte ad altre regole. La presente guida non si applica quindi ai contratti aventi per oggetto questi elementi.

Essa non concerne neppure i sistemi d'incentivazione sotto forma di bonus/malus, in uso ad esempio da ormai alcuni anni per i cantieri allestiti su strade nazionali senza interruzione del traffico³.

Non è neppure oggetto della presente guida il diritto al risarcimento del danno previsto agli articoli 107 e seguenti CO. Si deve però tenere presente che, a seconda del tipo di contratto e delle disposizioni contrattuali applicabili, le prestazioni di garanzia quali le pene convenzionali sono computate nel risarcimento dovuto⁴.

Neppure le garanzie che il committente fornisce all'imprenditore sono oggetto della presente guida.

² Art. 2 dei modelli di contratto della KBOB.

³ Norma VSS, SN 641 505a «Baustellen unter Verkehr».

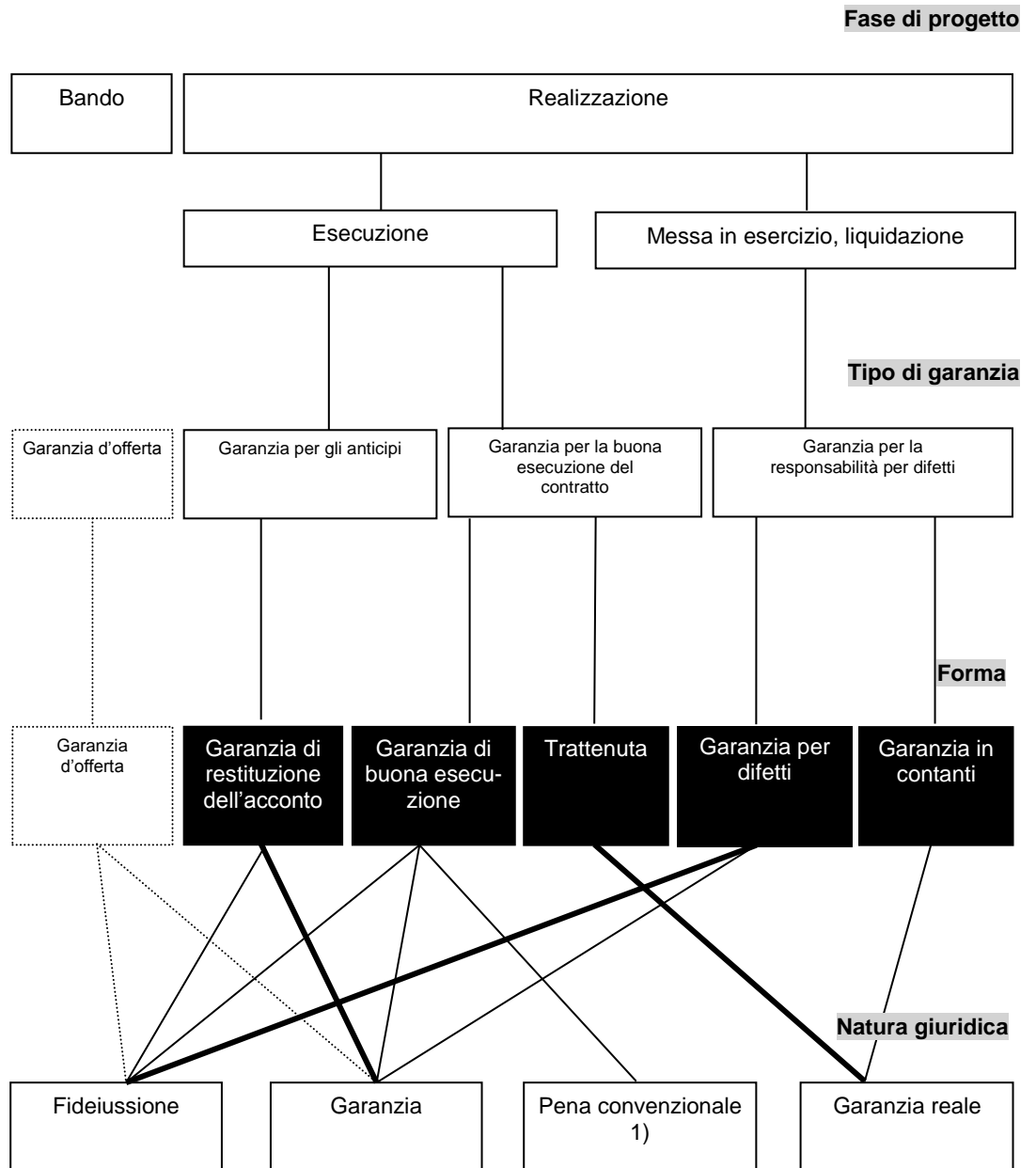
⁴ Art. 98 cpv. 3 norma SIA 118.

2 Prestazioni di garanzia

2.1 Panoramica

Natura giuridica vs. forma

Per ogni tipo di garanzia si deve distinguere tra la natura giuridica delle garanzie finanziarie e la loro forma nella pratica. Il grafico che segue ne fornisce una panoramica.



— Regola generale

— Rischio particolare

Osservazione:

1) sarà eventualmente regolata in una guida separata della KBOB.

Garanzia d'offerta Le garanzie prestate nell'ambito dell'offerta sotto forma di garanzie d'offerta («bid bonds» / «tender bonds») non sono (più⁵) usuali in Svizzera, almeno nel settore degli acquisti pubblici. L'offerente è vincolato per legge⁶ alla sua offerta per la durata indicata nel bando (ad es. 30 giorni secondo l'art. 17 della Norma SIA 118). Se ritira la sua offerta prematuramente e senza l'accordo del servizio di aggiudicazione, l'offerente incorre nella responsabilità precontrattuale rispondendo di eventuali danni. Le garanzie d'offerta non sono quindi necessarie e di conseguenza non sono trattate ulteriormente nella presente guida.

2.2 Natura giuridica ed effetto

2.2.1 La fideiussione

La base legale della fideiussione è costituita dagli articoli 492 e seguenti del CO.

Fideiussione solidale La fideiussione è un contratto mediante il quale il fideiussore (banca o assicurazioni) si fa garante verso il creditore del debitore principale⁷ per il soddisfacimento del debito. Il fideiussore che si obbliga in solido secondo l'articolo 496 capoverso 2 CO può essere perseguito prima del debitore principale e prima della realizzazione dei pegni esistenti, purché il debitore principale sia in ritardo nel pagamento del debito e sia stato invano diffidato o la sua insolvenza sia notoria.

Requisito dell'obbligazione principale Contrariamente a un'obbligazione astratta (impegno di pagamento o garanzia), la fideiussione ha carattere accessorio. Essa non può sussistere che per un'obbligazione principale valida e ne segue la sorte per quanto riguarda l'esistenza, l'estensione e l'esecuzione forzata. Se il debito si estingue, la fideiussione decade.

L'interesse del creditore a realizzare rapidamente le sue pretese creditizie ne risulta così sminuito, in quanto il garante ha il diritto e l'obbligo di opporre al creditore le eccezioni del debitore principale. Ciò ha come conseguenza che il creditore ottiene l'accesso alla prestazione della fideiussione solo dopo un procedimento giudiziario lungo e costoso.

La contestazione precede l'adempimento dell'obbligazione Nella costruzione si ha spesso a che fare con fideiussioni solidali. A differenza della fideiussione semplice, la fideiussione solidale permette di chiamare in causa il garante prima del debitore principale e non solo dopo che questi abbia fatto fallimento o gli sia stata concessa la moratoria concordataria. Contrariamente alla garanzia, resta in ogni caso valido il principio secondo cui la contestazione precede l'adempimento dell'obbligazione.

⁵ Negli anni Novanta non erano rare nemmeno nel settore pubblico le garanzie d'offerta che ammontavano al 10 % dell'importo previsto del contratto. Questa situazione ha impedito a molti imprenditori, a causa del mancato impegno dei loro garanti o per il raggiungimento dei limiti di credito concessi dalla/dalle loro banca/banche di partecipare ad appalti che li interessavano.

⁶ Art. 3 e 5 CO.

⁷ Debitore principale = Imprenditore / impresa generale / impresa totale

2.2.2 La garanzia

La garanzia non è disciplinata esplicitamente nella legge. Per le sue decisioni, il Tribunale federale si fonda sull'articolo 111 CO. Alcuni sostengono inoltre che la garanzia corrisponda a un assegno ai sensi dell'articolo 466 CO.

Con la garanzia, il garante (banca o assicurazione) promette al beneficiario di versargli una determinata somma (di norma a prima richiesta), nel caso in cui un terzo non fornisca una prestazione o non la fornisca conformemente al contratto.

Nessuna obbligazione principale

La promessa di garanzia è di carattere astratto. Ciò significa che viene garantita una determinata prestazione, indipendentemente dal fatto che essa sia dovuta o meno. La garanzia non dipende dal rapporto contrattuale principale e per la sua escussione il beneficiario non deve seguire una procedura complessa. A differenza dalla fideiussione, il garante non può opporre le eccezioni di terzi o dell'imprenditore che non siano esplicitamente previste nella promessa di garanzia stessa. Il garante è tenuto a pagare non appena viene sollecitato dal beneficiario.

L'adempimento dell'obbligazione precede la contestazione

La garanzia offre un vantaggio al creditore, poiché gli consente di ottenere, conformemente al principio secondo cui l'adempimento dell'obbligazione precede la contestazione, la prestazione risarcitoria senza dover dapprima promuovere un procedimento giudiziario.

A seconda della solvibilità dell'imprenditore, del tipo, dell'ammontare e della durata della garanzia, come pure della situazione del mercato delle riassicurazioni, i premi oscillano tra lo 0,5 e l'1,5 per cento dell'importo della garanzia. La tendenza è fortemente al rialzo e si devono attendere percentuali raddoppiate nei prossimi anni.

Si sottolinea inoltre che non sono gratuite neppure le dichiarazioni d'intenti vincolanti per la costituzione di garanzie in caso di aggiudicazione della commessa, richieste nell'ambito del bando. La percentuale del premio richiesto per la garanzia può essere elevata.

2.2.3 La pena convenzionale

Secondo gli articoli 160 e seguenti CO la pena convenzionale (chiamata anche penale o penalità contrattuale) è una somma in denaro che una parte contraente si impegna a versare all'altra parte in caso di inadempimento o imperfetto adempimento di determinati obblighi contrattuali. Le modalità d'applicazione devono essere definite in modo chiaro nel contratto di appalto.

Nessun onere della prova del danno

Se si verifica un evento per il quale è stata convenuta una pena convenzionale, il committente non deve provare di aver subito un danno. Spetta all'imprenditore l'onere di provare che la pena convenzionale è stata pretesa a torto.

Anche se non sono regolate da garanzie o fideiussioni ma sono concepite in modo appropriato, le pene convenzionali rappresentano una forma alquanto efficace di garanzia di buona esecuzione contro l'inosservanza di disposizioni contrattuali (soprattutto per quanto concerne le scadenze) e sono quindi particolarmente importanti per il committente.

Trattenuta /
garanzia in contanti

2.2.4 La garanzia reale

La Norma SIA 118 prevede due forme particolari di garanzia reale: la trattenuta⁸ e la garanzia in contanti⁹.

Le garanzie reali sono prestazioni di garanzia fornite direttamente dall'imprenditore. Contrariamente alla fideiussione e alla garanzia, in questo caso il committente non deve fare nulla per ottenere la prestazione di garanzia poiché questa è già in suo possesso. Nel rapporto giuridico non sono coinvolti terzi.

2.3 Le diverse forme di garanzia

Questo capitolo fornisce una panoramica delle principali forme di garanzia con indicazioni riguardanti

- il campo d'applicazione;
- lo scopo;
- l'ammontare;
- la durata;
- le particolarità.

Dapprima viene fornita una classificazione delle forme di garanzia utilizzate di regola per le prestazioni d'opera, tenuto conto delle basi giuridiche menzionate al numero 1.2, nonché delle garanzie che potrebbero essere utilizzate in alternativa in presenza di rischi particolari.

Tipo di garanzia	Natura giuridica / forma			
	Fideiussione	Garanzia	Garanzia reale	Pena convenzionale
Bando di concorso	Fideiussione solidale	Garanzia d'offerta	-	-
Anticipi	Fideiussione solidale	Garanzia di restituzione dell'acconto	-	-
Esecuzione del contratto	Fideiussione solidale	Garanzia di buona esecuzione	Trattenuta	Pena convenzionale
Responsabilità per difetti	Fideiussione solidale	Garanzia per difetti	Garanzia in contanti	-

Utilizzo	Regola generale	Rischio particolare	Non necessaria / non pertinente
----------	-----------------	---------------------	---------------------------------

I capitoli che seguono contengono indicazioni relative alle singole forme di garanzia. L'accento è posto sulle garanzie che vanno al di là di quelle previste dalla Norma SIA 118. Si presuppone infatti che queste ultime siano perlopiù note.

⁸ Art. 149 segg. Norma SIA 118.

⁹ Art. 182 Norma SIA 118.

2.3.1 Garanzia di restituzione dell'acconto e fideiussione solidale per gli anticipi

Garanzia per gli anticipi versati

Scopo

Garantisce le pretese del committente relative alla restituzione degli anticipi versati per il pagamento del prezzo dell'opera nel caso in cui la prestazione non sia stata fornita o sia stata fornita solo in parte. Nel settore dell'edilizia gli anticipi sono previsti principalmente per evitare che l'imprenditore debba prefinanziare per un periodo insolitamente lungo i costi del materiale necessario per l'esecuzione del contratto.

Ammontare

Corrisponde all'importo dell'acconto o dell'anticipo.

Durata

Fino alla fornitura della prestazione più un margine di tempo a seconda della prestazione o della fornitura concreta (ad es. 30 giorni)¹⁰ oppure eccezionalmente fino al termine della fornitura della prestazione.

Particolarità

- Nella garanzia di restituzione dell'acconto la prestazione e la controprestazione sono fornite simultaneamente. Si applica al momento del ricevimento dell'acconto e può essere richiesta solo a partire da questo momento.
- Per gli anticipi deve essere obbligatoriamente prevista una prestazione di garanzia.
- La prestazione di garanzia deve essere scaglionata in modo inversamente proporzionale alla prestazione da fornire («frazionamento» della garanzia o della fideiussione oppure clausole sul decremento dell'ammontare nell'atto di garanzia o di fideiussione).

Istruzioni relative all'applicazione

Preferire la garanzia

- Le garanzie di restituzione dell'acconto possono essere richieste soltanto se vanno al di là delle garanzie previste di regola dalla Norma SIA 118 e se l'imprenditore non ha fornito alcuna prestazione in cambio dell'acconto.
- Di regola, per i motivi menzionati ai numeri 2.2.1 e 2.2.2, la garanzia di restituzione dell'acconto a prima richiesta è da preferire rispetto a una fideiussione solidale malgrado i costi considerevolmente più elevati. Dal momento che l'imprenditore riceve denaro come controprestazione della garanzia da fornire, generalmente quest'ultima non grava ulteriormente il suo limite di credito.
- I contratti d'importo elevato, in particolare, sollevano spesso la questione se debbano essere richieste garanzie di restituzione dell'acconto per le installazioni di cantiere a prezzo globale o forfettario. Questo problema non può essere risolto semplicemente sulla base del contesto generale della Norma SIA 118. Inoltre il committente ha la possibilità di trattare nel bando le diverse prestazioni per le installazioni di cantiere e, in particolare, di definire il momento della completa messa in esercizio di tali installazioni¹¹, di modo che la questione di una prestazione di garanzia supplementare non si pone.

¹⁰ Se il termine di fornitura rischia di subire ritardi, occorre includere nell'atto di garanzia una corrispondente clausola di proroga applicabile automaticamente.

¹¹ Art. 146 Norma SIA 118.

2.3.2 Garanzie per l'esecuzione del contratto

2.3.2.1 Fideiussione solidale e garanzia di buona esecuzione

Scopo

- Tutela il committente contro il rischio di un'esecuzione delle prestazioni non conforme al contratto, come pure da una sospensione dei lavori da parte dell'imprenditore.
- La garanzia di buona esecuzione assolve la stessa funzione della trattenuta (cfr. n. 2.2.4).

Ammontare

Di regola tra il 3 e il 5 per cento dell'importo del contratto. In casi eccezionali motivati (elevato rischio di danni), può raggiungere il 20 per cento dell'importo del contratto.

L'importo della trattenuta definito all'articolo 150 della Norma SIA 118 può servire da valore di riferimento.

Durata

A causa della loro importanza per l'imprenditore, le garanzie di buona esecuzione devono essere adeguate all'evoluzione delle esigenze in termini di sicurezza. Poiché il rischio diminuisce con l'avanzare dei lavori, anche la garanzia di buona esecuzione deve essere definita in modo degressivo.

Particolarità

La garanzia scade alla data fissata nell'atto di garanzia. In caso di ritardi, il committente deve chiederne la proroga all'imprenditore. Questo problema non si pone in caso di fideiussioni solidali di durata indeterminata.

Istruzioni relative all'applicazione

Rischi supplementari

- Generalmente la trattenuta secondo il numero 2.2.4 è sufficiente come garanzia per la buona esecuzione del contratto.
- I contratti di appalto che presentano i rischi elencati di seguito possono giustificare l'introduzione di una disposizione che preveda fideiussioni solidali o garanzie di buona esecuzione a titolo di garanzia supplementare per l'esecuzione del contratto¹² o in alternativa alla trattenuta¹³:
 - i contratti relativi a varianti proposte dall'imprenditore che non sono sufficientemente testate dal punto di vista tecnico o che prevedono metodi di costruzione particolarmente rischiosi;
 - i contratti di appalto generale e totale, in particolare in presenza di piani di pagamento legati a termini fissi e non a tappe fondamentali il cui raggiungimento può essere verificato;
 - i contratti che riguardano un mercato ristretto, per i quali risulta difficile sostituire l'imprenditore;
 - i contratti di durata pluriennale e con rischi particolari legati alle scadenze (sempre che essi non siano coperti da pene convenzionali).
- Se rischi particolari riguardano l'imprenditore (ad es. solvibilità incerta, mandato non proporzionato alla cifra d'affari), prima dell'aggiudicazione si devono eventualmente negoziare garanzie

¹² Art. 149 Norma SIA 118

¹³ Art. 151 Norma SIA 118

- supplementari¹⁴. Al fine di evitare complicazioni legali, si consiglia di descrivere in modo preciso le relative condizioni nel bando, poiché le trattative potrebbero influire sul prezzo offerto. Nel caso in cui durante la procedura di aggiudicazione si presenti un simile rischio, bisogna chiedersi se sia opportuno prendere in considerazione l'offerta o se si debba escludere l'offerente.
- Generalmente la garanzia di buona esecuzione sostituisce la ritenuta.
- Decremento
- Il decremento o l'incremento dell'ammontare della garanzia deve essere quantificato già nel bando e definito nel contratto di appalto o nell'atto di garanzia. Di norma si elaborano atti di garanzia separati, con le rispettive durate, per ogni decremento progressivo.
 - Per evitare problemi derivanti da rinvii dei termini, gli adeguamenti devono essere legati a tappe o a eventi chiaramente definiti e non a termini fissi. È opportuno prevedere un certo margine di tempo a seconda dell'opera da eseguire (ad es. 1 mese).
- Proroga della garanzia di buona esecuzione
- Se è necessario prorogare la garanzia di buona esecuzione, il committente deve provvedervi in modo che la garanzia venga effettivamente prorogata prima della sua scadenza iniziale. Se l'imprenditore non risponde alla richiesta di proroga, il committente può rivolgersi direttamente al garante precisando che farà richiesta di escussione della garanzia in caso di rifiuto o di proroga tardiva.
 - Nel contratto di appalto si deve disciplinare la procedura da seguire in caso di modifiche dell'importo del contratto e, di conseguenza, dell'ammontare della garanzia (ad es. modifica dell'importo del contratto superiore al 5 % = adeguamento dell'ammontare della garanzia o della fideiussione pari al 5 %).
 - Le garanzie di durata superiore ai 10 anni non sono molto comuni, perlomeno sul mercato assicurativo. Se, sulla base di una valutazione dei rischi specifica al progetto, per coprire la responsabilità per difetti dovesse rivelarsi necessaria una garanzia dell'imprenditore al posto della fideiussione solidale prevista dalla Norma SIA 118¹⁵, tale garanzia dovrebbe generalmente iniziare a decorrere dalla scadenza della garanzia di buona esecuzione.
 - Se è richiesta e convenuta una garanzia di buona esecuzione, la data di scadenza dovrà eventualmente essere fissata in modo da coprire i rischi derivanti dall'iscrizione di ipoteche degli artigiani e imprenditori¹⁶. Il diritto di iscrizione dell'ipoteca degli artigiani e degli imprenditori decade dopo quattro mesi dalla conclusione dei lavori.
- Livello gerarchico
- Per evitare abusi nell'escussione della garanzia di buona esecuzione, la competenza in materia deve essere attribuita almeno a un livello gerarchico superiore alla direzione del progetto del committente oppure alla direzione del settore o dell'ufficio. Le persone competenti devono essere indicate nel contratto o nell'atto di garanzia.

¹⁴ Art. 20 LAPub e art. 26 OAPub.

¹⁵ Art. 181 e 182 Norma SIA 118.

¹⁶ Art. 839 CC

2.3.2.2 Pena convenzionale

Scopo

È uno strumento che consente di esercitare una certa pressione sull'imprenditore affinché osservi le disposizioni contrattuali che comportano un rischio particolare per il committente.

Ammontare

- Da fissare per ogni evento in funzione dell'entità del danno e delle conseguenze di una risoluzione del contratto. Le pene convenzionali previste per l'inosservanza dei termini sono di regola fissate in franchi per giorno di lavoro, settimana o mese e in modo da risultare progressivamente più elevate con l'aumentare del ritardo.
- L'ammontare della somma delle pene convenzionali è limitato al massimo al 5–10 per cento del costo dell'opera.

Particolarità

- L'imprenditore non può esigere la restituzione delle pene convenzionali versate, anche se al committente non è derivato alcun danno dalla risoluzione del contratto¹⁷.
- La pena convenzionale non influisce sull'estensione della responsabilità dell'imprenditore, ma è computata nel risarcimento dei danni¹⁸.

Istruzioni relative all'applicazione

In particolare riguardo
a termini cruciali

- Le pene convenzionali dovrebbero limitarsi a contenuti del contratto particolarmente cruciali per il committente. Sono considerati tali soprattutto i termini per la messa in esercizio di opere o parti di esse, come pure i termini di consegna ad altri imprenditori.
- Si deve per contro rinunciare a prevedere pene convenzionali per l'inosservanza di disposizioni contrattuali formali, ad esempio dei termini di allestimento delle misurazioni e delle liquidazioni, oppure per computi metrici e fatture mancanti o incompleti. In questi casi è possibile convenire altre sanzioni nel contratto di appalto (tra cui la sospensione dei pagamenti fino alla presentazione di una richiesta di acconto regolarmente redatta¹⁹).
- Per prevenire eventuali abusi e consentire di raccogliere tempestivamente le prove, nel contratto di appalto si deve prevedere un termine per l'applicazione della pena convenzionale (ad es. 3 mesi dal superamento del termine).
- Le pene convenzionali devono avere un forte effetto deterrente, altrimenti è meglio rinunciarvi.

¹⁷ Art. 161 cpv. 1 CO

¹⁸ Art. 161 cpv. 2 CO

¹⁹ Art. 148 Norma SIA 118

2.3.3 Trattenuta

Scopo

- Tutela i diritti del committente derivanti dagli obblighi dell'imprenditore fino al collaudo secondo gli articoli 157 e seguenti Norma SIA 118 o all'approvazione dell'opera secondo gli articoli 367 e 370 CO.
- Trattenuta
- La trattenuta secondo gli articoli 149 e seguenti Norma SIA 118 rappresenta un'importante garanzia nei contratti di appalto. Serve al committente quale garanzia reale per l'adempimento degli obblighi dell'imprenditore fino al collaudo dell'opera o di una parte di essa.

Ammontare

Nei contratti a prezzi unitari, secondo l'articolo 150 Norma SIA 118 la trattenuta ammonta al 5–10 per cento del valore della prestazione. Salvo convenzione contraria, la trattenuta non può superare l'importo massimo di 2 milioni di franchi.

Durata

L'importo trattenuto deve essere versato dopo il collaudo dell'opera, la consegna della liquidazione finale, la scadenza del periodo di verifica di tale liquidazione e la prestazione della garanzia di responsabilità per i difetti dell'imprenditore convenuta contrattualmente²⁰.

Particolarità

- Trattenuta di una parte dell'acconto
- Su ogni acconto il committente trattiene una percentuale del valore della prestazione fino a un importo massimo convenuto²¹. Il versamento della trattenuta è subordinato a determinate condizioni²².
 - Nei contratti a prezzo complessivo (prezzo globale o forfettario), il diritto alla trattenuta deve essere specificato appositamente²³.
 - I contratti a prezzo complessivo prevedono generalmente un piano dei pagamenti. Se è legato al raggiungimento di tappe fondamentali e non a scadenze fisse, il piano dei pagamenti può essere elaborato in modo da tenere conto della trattenuta desiderata.
 - In presenza di prestazioni d'opera complesse, di contratti di appalto generale e totale, come pure di contratti pluriennali, al posto della trattenuta è solitamente richiesta una garanzia per l'esecuzione del contratto sotto forma di fideiussione solidale o di garanzia di buona esecuzione.
- Contratti di appalto generale e totale:
garanzia di buona esecuzione al posto della trattenuta

2.3.4 Garanzia per difetti

Scopo

Tutela di diritti del committente derivanti dalla responsabilità per difetti dell'imprenditore secondo gli articoli 165 e seguenti Norma SIA 118 e gli articoli 367 e seguenti CO.

Ammontare

²⁰ Art. 152 Norma SIA 118

²¹ Art. 150 Norma SIA 118

²² Art. 152 Norma SIA 118

²³ Art. 151 Norma SIA 118

L'ammontare della garanzia è calcolato in base alla somma totale delle retribuzioni dovute dal committente. L'ammontare della fideiussione solidale è disciplinato all'articolo 181 Norma SIA 118.

Durata

La garanzia per difetti è valida generalmente fino alla scadenza del periodo di reclamo dei difetti²⁴. Salvo disposizione contraria nel documento contrattuale, tale periodo dura 2 anni.

Particolarità

- Dal giorno del collaudo dell'opera la garanzia per difetti sostituisce la trattenuta o le altre forme di garanzia per l'esecuzione del contratto. Spetta al committente provvedere affinché non si verifichino lacune nella copertura dei rischi di esecuzione, ad esempio stabilendo nel contratto di appalto che la garanzia di buona esecuzione non si estingue fino alla sua sostituzione con la garanzia per difetti oppure che la trattenuta sarà versata solo dopo la prestazione della garanzia per difetti. A causa della sua natura accessoria, la fideiussione solidale può anche essere di durata indeterminata. In tal caso il committente non deve prorogarla.
- La fideiussione solidale è di norma sufficiente come garanzia per difetti.
- Dopo l'eliminazione di difetti importanti, decorre un nuovo periodo di reclamo dei difetti per le parti dell'opera sistemate. La garanzia per difetti deve essere adeguata di conseguenza.

Periodo di reclamo dei difetti

2.3.5 Garanzia in contanti

La garanzia in contanti secondo l'articolo 182 Norma SIA 118 è una forma particolare di garanzia per difetti dell'imprenditore. Dal momento che non è prevista nei modelli dei contratti della KBOB e che riveste un ruolo generalmente trascurabile per gli enti pubblici, la garanzia in contanti non è trattata ulteriormente nella presente guida.

²⁴ Art. 172 Norma SIA 118

3 Fideiussione solidale o garanzia

In questo capitolo sono illustrati alcuni aspetti da prendere in considerazione nel singolo caso per decidere se richiedere una fideiussione solidale o una garanzia.

Dal punto di vista del committente la differenza esistente tra queste due forme di garanzia può essere riassunta nel modo seguente:

garanzia > l'adempimento dell'obbligazione precede la contestazione

fideiussione solidale > la contestazione precede l'adempimento dell'obbligazione

Ne consegue una differenza nell'onere di provare se la prestazione di garanzia è stata pretesa legittimamente: nel caso della garanzia l'onere spetta all'imprenditore, mentre nella fideiussione solidale al committente.

Svantaggi concorrenziali dovuti alla garanzia

La fideiussione solidale è più conveniente per l'imprenditore rispetto alla garanzia. Inoltre i premi per la garanzia dipendono dalla solvibilità, dal rapporto con il cliente, dalla situazione patrimoniale dell'imprenditore e, a seconda del garante, eventualmente anche da altri fattori. Di conseguenza non tutti gli imprenditori calcoleranno i medesimi costi per la prestazione di garanzie finanziarie e pertanto si avranno condizioni di disparità nella concorrenza. Per questo motivo bisogna solitamente prediligere le fideiussioni solidali, a meno che per il committente il principio secondo cui l'adempimento dell'obbligazione precede la contestazione e l'opera da costruire non siano di centrale importanza (ma ciò accade raramente per i committenti rappresentati in seno alla KBOB).

L'escussione di una fideiussione solidale può comportare un procedimento giudiziario lungo e costoso. In casi estremi, il giudice potrebbe ordinare l'interruzione dei lavori, qualora lo ritenesse necessario per l'acquisizione o la conservazione delle prove.

Comunità di lavoro

Nel caso delle fideiussioni solidali di comunità di lavoro, i premi sono normalmente calcolati in base al rating del socio finanziariamente più solido. Per le garanzie, invece, il premio è stabilito di regola in base alla quota di partecipazione dei singoli soci al contratto di appalto.

Generalmente il garante può concedere garanzie d'importo superiore ai 10 milioni di franchi soltanto se il mercato delle riassicurazioni mette a disposizione risorse corrispondenti. Questo è però possibile solo facendo fronte a costi supplementari (premi di rischio più alti).

Garanzia computata nel limite di credito

Le garanzie sono computate interamente o parzialmente nel limite di credito dell'imprenditore. Se sono richieste garanzie, le imprese di grandi dimensioni e finanziariamente solide – così come le comunità di lavoro i cui membri costituiscono una società semplice secondo il diritto svizzero ai sensi degli articoli 530 e seguenti CO e dell'articolo 28 Norma SIA 118 – sono avvantaggiate rispetto alla concorrenza.

4 Gestione dei rischi

Una gestione dei rischi adeguata

- ⇒ presuppone l'individuazione precoce dei rischi finanziari e operativi;
- ⇒ presuppone la valutazione dei punti deboli e dei potenziali pericoli;
- ⇒ presuppone l'adozione di misure per evitare e/o ridurre i rischi;
- ⇒ monitora l'evoluzione dei rischi tramite un controllo dei rischi competente, efficace e costante.

Piano direttivo per la gestione della qualità

L'analisi e la valutazione dei rischi che precedono la determinazione delle garanzie finanziarie che vanno al di là di quelle previste dalla Norma SIA 118, non dovrebbero essere attività fini a se stesse ma essere integrate nel piano direttivo per la gestione della qualità²⁵. Sulla base della strategia di gestione dei rischi definita in tale piano si devono quindi stabilire i soggetti responsabili per ciascun fattore di rischio, ovvero chi è incaricato di limitare i relativi pericoli, nonché i soggetti sui quali si ripercuotono i rischi legati al progetto e i rischi accettati.

La tabella seguente contiene indicazioni sommarie sui rischi che possono essere coperti mediante garanzie finanziarie e sulle possibili alternative alla richiesta di garanzie finanziarie.

²⁵ Per maggiori informazioni al riguardo sia veda il quaderno tecnico SIA 2007: Qualität im Bauwesen, edizione 2001.

Guida alla determinazione di garanzie finanziarie per le prestazioni d'opera

CA=Contratto di appalto | CId=Criteri d'idoneità | CAg=Criteri d'aggiudicazione |
 Co=Committente | GF=Garanzia finanziaria
 X = Regola generale | (X) = Eccezione

Rischio	CA	CId	CAg	Co	GF
Complessità della prestazione da fornire	X	X	(X)		(X)
Metodi di costruzione e prodotti nuovi o poco sperimentati (proposta ufficiale)	X			X	
Organizzazione del progetto (necessità di coordinamento, interfacce)	X		X		
Rischi tecnici legati alle varianti proposte dall'imprenditore	X		X		(X)
Risorse di personale e tecniche dell'imprenditore		X	(X)		
Ritardi, contrattempi e imprevisti nello svolgimento dei lavori di costruzione	X			(X)	X
Terreno, stato attuale	X			X	
Modifiche dell'ordinazione	X			X	
Conseguenze di un'esecuzione non conforme al contratto	(X)				X
Solvibilità / responsabilità dell'imprenditore		X			(X)
Termini cruciali (tappe fondamentali, programma dei lavori)			X	(X)	(X)
Durata del contratto				(X)	X
Costo dell'opera elevato rispetto alla capacità economica		X			(X)
Insolvenza / rifiuto di fornire la prestazione in caso di anticipi					X
Garanzia per l'eliminazione di difetti	(X)			(X)	X
Difficoltà nel rivendicare pretese (legali)				(X)	X
Ipoteche legali degli artigiani e imprenditori	X				(X)
Superamento dei costi	X			X	(X)

L'elenco non è esaustivo.

5 Momento della prestazioni di garanzie

Limite di credito

Limitazione della
concorrenza

In generale le garanzie fornite da terzi provocano oneri finanziari considerevoli per l'imprenditore e nella maggior parte dei casi sono conteggiate nel suo limite di credito. Se già nella fase della presentazione dell'offerta si chiede una conferma della garanzia, il numero degli offerenti può risultare ridotto e la concorrenza limitata. Pertanto le garanzie o gli impegni di terzi riguardo alla prestazione di garanzie non dovrebbero essere richiesti prima dell'aggiudicazione e, in nessun caso, già nella fase di presentazione dell'offerta.

6 Raccomandazioni

La KBOB formula le seguenti raccomandazioni per l'utilizzo di garanzie finanziarie.

1. Le garanzie previste dalla Norma SIA 118, che costituisce un elemento dei contratti di appalto della KBOB, di regola tengono sufficientemente conto delle necessità dei committenti e degli imprenditori.
2. Le misure volte a minimizzare o a prevenire i rischi hanno la precedenza rispetto alle garanzie finanziarie.
3. Le garanzie fornite da terzi hanno un costo. Le garanzie che vanno al di là di quelle previste dalla Norma SIA 118 sono giustificate solo se il committente non può adottare altre misure per affrontare i rischi identificati nell'ambito della gestione della qualità specifica al progetto e considerati rilevanti.
4. Nel settore della costruzione non è possibile raggiungere un livello di rischio zero neppure investendo una grossa somma di denaro. Prima di coprire i rischi con garanzie finanziarie è opportuno valutare l'entità del possibile danno e la probabilità che questo si verifichi.
5. Dare la precedenza alle fidejussioni solidali rispetto alle garanzie se non si devono gestire rischi eccezionali.
6. Rinunciare a chiedere già nella fase di presentazione dell'offerta impegni vincolanti riguardo alla fornitura di una garanzia o di una fideiussione solidale.
7. Le garanzie, in particolare le garanzie di buona esecuzione, devono essere adeguate all'avanzamento dei lavori.
8. Le garanzie di buona esecuzione devono essere richieste in alternativa e non a complemento della trattenuta di cui all'articolo 149 e seguente Norma SIA 118.
9. Le garanzie di buona esecuzione devono essere fissate in modo da giungere a scadenza 3 mesi dopo la data del collaudo dell'opera ed essere quindi sostituite dalla garanzia per difetti.
10. Per evitare abusi e azioni avventate occorre definire esattamente quali soggetti possono far valere le garanzie dalla parte del committente (la facoltà di rappresentanza non dovrebbe essere delegata alla direzione del progetto o dei lavori)²⁶.
11. Nella fase di presentazione dell'offerta devono essere ammesse proposte alternative per le garanzie finanziarie. Queste devono però rispettare le condizioni generali stabilite dalla Norma SIA 118. Il loro ammontare e il loro livello di sicurezza devono inoltre corrispondere a quelli delle garanzie richieste nel bando. Se sono prese in considerazione, queste proposte devono essere rettifiche prima dell'aggiudicazione.

²⁶ Al n. 9.2 e 9.3 dei modelli di contratto di appalto della KBOB.

Le suddette raccomandazioni possono essere attuate osservando le seguenti direttive basate sulla Norma SIA 118 (edizione 2013):

Importo del contratto / costo dell'opera	≤ 200 000 CHF	> 200 000 CHF ≤ 5 000 000 CHF	> 5 000 000 CHF ≤ 20 000 000 CHF	> 20 000 000 CHF
Anticipi	Garanzia di restituzione dell'acconto pari all'ammontare degli anticipi versati			
Esecuzione del contratto	Trattenuta secondo gli art. 149/150 Norma SIA 118		Analisi / valutazione dei rischi	
			Trattenuta secondo gli art. 149/150 Norma SIA 118 o garanzia di buona esecuzione 1)	
Responsabilità per difetti	Nessuna garanzia	Fideiussione solidale Art. 181 Norma SIA 118	Fideiussione solidale Art. 181 Norma SIA 118	Fideiussione solidale o garanzia 5 % 2)

Osservazioni:

ad 1)

- L'ammontare della garanzia di buona esecuzione deve essere calcolato in base ai danni potenziali piuttosto che in percento dell'importo del contratto. Generalmente è compreso tra il 3 e il 5 per cento dell'importo del contratto. In casi eccezionali motivati (rischio elevato di danni), può raggiungere anche il 20 per cento.
- In aggiunta alla trattenuta può essere richiesta una fideiussione solidale. Se è convenuta una garanzia di buona esecuzione a prima richiesta, occorre rinunciare alla trattenuta.
- In caso di lavori di costruzione «ordinari» bisogna optare per la trattenuta, mentre in caso di opere sotterranee e contratti di appalto generale e totale occorre scegliere la garanzia di buona esecuzione.
- La scelta tra fideiussione solidale e garanzia deve basarsi sulla valutazione dei rischi.
- Nelle fideiussioni solidali e nelle garanzie di buona esecuzione deve essere prevista una clausola sul decremento dell'ammontare.
- Se non è stabilito diversamente, la trattenuta non può superare i 2 milioni di franchi.

ad 2)

- La garanzia per difetti serve da garanzia solo in presenza di rischi eccezionali o di opere complesse che presuppongono una collaborazione tra più imprenditori.
- L'ammontare della fideiussione solidale non può superare i 2 milioni di franchi.

Qualsiasi scostamento verso il basso o verso l'alto rispetto alla tabella riportata più sopra deve essere motivato in primo luogo da una valutazione dei rischi specifica al progetto (vedi cap. 4).

Servizi di acquisto della Confederazione: per motivi di economicità gli importi inferiori a CHF 20 000.- non devono essere garantiti (manuale per la gestione finanziaria e la contabilità).

7 Modelli della KBOB

- Contratto di appalto per prestazioni singole
- Contratto di appalto generale (opera di edilizia)
- Contratto di appalto totale (opera di edilizia)
- Contratto di appalto totale (opera del genio civile)
- Garanzia di buona esecuzione
- Fideiussione solidale

Le versioni attuali dei modelli sono disponibili in Internet al seguente indirizzo:

www.kbob.ch → Pubblicazioni / Raccomandazioni / Modelli di contratti → Acquisti e contratti