Contratti Pubblici: le precisazioni sulle garanzie di ANAC e MIT

14 Novembre 2023

Il contenuto che stai visualizzando è riservato agli associati ANCE.

Dalla formulazione dell'articolo 53 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. n. 36/2023), emerge un processo di semplificazione dell'istituto delle garanzie negli appalti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea.

Su tale tema si sono espressi:

1. l'ANAC, con il parere n. 3541/2023 (URCP 58/2023, fasc.3541.2023), sulla motivazione all'esenzione della richiesta di garanzia definitiva da parte delle stazioni appaltanti, specificando l'applicazione corretta degli articoli 53 e 117 del nuovo Codice;
2. il MIT, con il parere n. 2129/2023 del proprio Servizio giuridico, sulla possibile applicazione anche agli appalti sotto-soglia dell'incremento della garanzia definitiva in funzione del ribasso offerto, all'art. 117, comma 2.

1. Ricostruzione della disciplina

Con l'approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici o codice appalti, sono state confermate le differenze tra i contratti sopra soglia e quelli sottosoglia sull'applicazione delle garanzie, insieme alle possibili motivazioni che ne giustificano l'esonero o la riduzione.

Infatti, il citato Codice, in ottemperanza all'art. 1 della Legge "delega" n. 78 del 21 giugno 2022, ha recepito le modalità di affidamento dei contratti sottosoglia (di cui all'art. 50), introdotte dal D.L. n. 76/2020, al fine di accelerare e semplificare le procedure in materia di appalti pubblici.

Più specificatamente, l'articolo 53 del Codice appalti ha disciplinato la richiesta di "garanzia provvisoria" e "garanzia definitiva" nei contratti sottosoglia, stabilendo una disciplina *ad hoc* per le procedure di affidamento di tali contratti.

Di norma, negli appalti sottosoglia, la garanzia provvisoria, posta a tutela della serietà dell'offerta, non viene richiesta dalla Stazione appaltante, a meno che non vi siano esigenze particolari indicate nei documenti di gara, le quali ne giustifichino la richiesta al concorrente. L'importo massimo della garanzia provvisoria non può superare l'1% dell'importo di base dell'appalto (art. 53, comma 2).

Per quanto riguarda la "garanzia definitiva", prevista a tutela della corretta esecuzione dell'appalto, codice 36/2023 stabilisce per gli appalti sottosoglia, che "*in casi debitamente motivati è facoltà della stazione appaltante non richiedere la garanzia definitiva per l'esecuzione dei contratti di cui alla presente Parte oppure per i contratti di pari importo a valere su un accordo quadro" (art. 53, co. 4).* E, in linea generale, che *"per gli appalti da eseguirsi da operatori economici di comprovata solidità nonché per le forniture di beni …* [di natura o uso speciale]*, l'esonero dalla prestazione della garanzia è possibile previa adeguata motivazione ed è subordinato ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione ovvero delle condizioni di esecuzione*".

Nel Codice 36/2023, una volta prevista la facoltà di non richiedere la garanzia definitiva negli appalti sottosoglia, è conseguentemente venuto meno l'inciso del previgente articolo 103, comma 11 del d.lgs. 50/2016, secondo cui, in casi specifici, l'amministrazione poteva non richiedere una garanzia per gli appalti di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a) ossia nel caso di affidamenti diretti (v. delibera ANAC n. 140 del 27/02/2019 e parere Servizio giuridico MIT n. 299).

Inoltre, sempre il vigente Codice 36/2023 specifica che, nel caso in cui sia richiesta la garanzia definitiva, l'importo corrisponde al 5% dell'importo contrattuale (art. 53, co. 4).

Da notare, infine, che il nuovo Codice non ha riprodotto l'art. 93, comma 8, del decreto legislativo n. 50/2016, che imponeva ai concorrenti che non fossero micro, piccole o medie imprese di allegare alla loro offerta economica un atto di impegno per rilasciare una garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto (v. Tar Toscana, Sez. I, 25/05/2023, n. 508).

2. L'intervento dell'ANAC

Con riguardo al nuovo Codice, la questione affrontata dall'ANAC con il parere n. 3541, del 26 settembre 2023 riguardava l'applicazione ai contratti sottosoglia del citato articolo 117, co. 14, dove è previsto l'esonero dell'aggiudicatario dalla prestazione della garanzia definitiva, a condizione che sia adeguatamente motivato oltre che accompagnato da un miglioramento del prezzo di aggiudicazione o dalle condizioni di esecuzione del contratto.

In particolare, la questione cruciale riguardava la possibilità di utilizzare anche per i contratti sottosoglia l'articolo 117, co. 14 al fine di motivare la mancata richiesta della garanzia definitiva da parte della stazione appaltante ai sensi dall'articolo 53, comma 4.

Per affrontare questa questione, l'ANAC ha considerato diversi aspetti.

Anzitutto, la stessa Autorità ha rilevato che la formulazione ampia del comma 4 dell'articolo 53, mirando a semplificare l'istituto per gli appalti sottosoglia, non stabilisce restrizioni o limiti riguardo ai motivi che possono giustificare l'esonero dalla garanzia definitiva. Pertanto, sembra inappropriato escludere aprioristicamente la possibilità di utilizzare a tal fine il miglioramento del prezzo.

Tuttavia, prosegue l'Autorità, il regime previsto dall'articolo 117 richiede che, ai fini dell'esonero dalla garanzia, il miglioramento del prezzo si combini con altre circostanze particolari. Pertanto, applicando quest'ultimo articolo agli contratti sottosoglia, si applica un regime più restrittivo rispetto a quello previsto specificatamente per tali appalti dall'art. 53, ove "*il miglioramento del prezzo potrebbe costituire l'unico motivo che giustifica la mancata richiesta della garanzia definitiva*" e non viene richiesto di dimostrare una specificità dell'oggetto dell'appalto o i pregressi rapporti con l'operatore economico.

Conclusivamente, alla luce di quanto considerato, l'ANAC con il parere n. 3541, del 26 settembre 2023 "*ritiene di non potere escludere che l'articolo 53, comma 4, del decreto legislativo n. 36 del 2023, consenta di addurre il miglioramento del prezzo come motivazione alla base dell'esonero dalla prestazione della garanzia definitiva*".

3. Il parere del MIT

Il MIT, con il parere n. 2129 del 13 luglio 2023, è intervenuto sulla possibilità di estendere

l’incremento progressivo della garanzia definitiva, previsto per gli appalti sopra soglia, anche sotto-soglia europea.

Al riguardo, il Ministero ricorda che per gli appalti sopra soglia, l’incremento della garanzia è previsto in base al ribasso offerto dall’impresa, con l’obiettivo di preservare l’interesse pubblico nel rispetto dei termini e delle modalità contrattuali. Tale incremento è regolamentato dall’art. 117 del nuovo Codice e prevede un aumento di un punto percentuale per ogni punto percentuale di sconto superiore al 10%. Se lo sconto supera il 20%, l’importo della progressione raddoppia.

Di contro, secondo il MIT, può ritenersi che l’art. 53, comma 4, diversamente dall’art. 117 comma 2, non avendo espressamente previsto l’incremento della garanzia in caso di ribassi superiori al 10%, abbia inteso escluderlo per le procedure sottosoglia. Per questi ultimi, la garanzia definitiva del 5% dell’importo contrattuale (laddove richiesta) deve essere considerata esaustiva, il che significa che non si applicano né aumenti né riduzioni come nei contratti sopra soglia.

Infatti, secondo il MIT, la semplificazione della disciplina delle garanzie nei contratti sottosoglia è una chiara manifestazione del principio del risultato (art. 1) e della fiducia (art. 2) su cui si basa il nuovo Codice.

Ciò, a parere dell’ANCE, anche con l’effetto di semplificare l’esecuzione dei contratti pubblici, rendendo tutto il processo meno gravoso per gli operatori economici.

Allegati

Parere_Anac_n_3541-2023
Apri
Parere_Mit_n_2129-2023
Apri