

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2022 - Anno XLIII

LA GARANZIA PROVVISORIA NEL CODICE DEGLI APPALTI PUBBLICI

dell'Avv. Roberta Perrella

1. Il sistema delle garanzie nel Codice degli Appalti Pubblici

Il Codice prevede un sistema di garanzie per tutelare la stazione appaltante sia nella fase pubblicistica in cui viene scelto il contraente sia nella fase privatistica in cui viene eseguito il contratto.

Le due principali garanzie previste dal Codice sono: la garanzia provvisoria disciplinata dall'articolo 93 e la cauzione definitiva di cui all'articolo 103.

Sia la garanzia provvisoria che la garanzia definitiva sono obbligatorie.

La garanzia provvisoria a corredo dell'offerta è l'unica garanzia richiesta nella fase pubblicistica di scelta del contraente e costituisce parte integrante della sua offerta.¹

L'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata garanzia provvisoria pari al 2 % del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente.

La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011 n. 159.

¹ M. Fratini Manuale di diritto amministrativo 2021-2022, pagg. 1016-1017

La funzione della garanzia provvisoria è quella, da un lato, di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese in sede di gara e garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta e, dall'altro, di precostituire una forma di tutela a favore della stazione appaltante, per l'eventualità in cui non si stipuli il contratto².

Quindi, la garanzia provvisoria è una vera e propria forma di tutela della stazione appaltante, in quanto la stessa potrà richiedere la sua escussione sia nel caso in cui il concorrente non rispetti gli obblighi relativi alla presenza dei requisiti di ordine generale e speciale sia nel caso in cui il concorrente, dopo aver vinto la gara, si sottragga all'impegno della sottoscrizione del contratto, ovvero alla presentazione della successiva garanzia definitiva.

Il provvedimento di escussione della cauzione è un atto dovuto per legge: la stazione appaltante deve, infatti, obbligatoriamente disporre l'incameramento della garanzia presentata dal concorrente qualora quest'ultimo decida di non stipulare il contratto.

Invece, l'appaltatore per la sottoscrizione del contratto deve costituire una garanzia, denominata garanzia definitiva, a sua scelta sotto forma di cauzione o fideiussione.³

La cauzione è prestata a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché a garanzia del rimborso delle somme pagate in più all'esecutore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno verso l'appaltatore.

A differenza della garanzia provvisoria, l'importo della garanzia definitiva non è determinabile ex ante: infatti è correlata all'offerta del soggetto aggiudicatario e varia a seconda della percentuale di ribasso da quest'offerta.

² www.telemat.it monitor appalti e training

³ R. Garofoli, Manuale di diritto amministrativo, pagg. 1500-1501

2. La modifica del 2017 dell'articolo 93 comma 6

L'articolo 93 comma 6 del Codice è stato modificato, nel 2017, dall'articolo 59 comma 1 lettera d del decreto legislativo n. 56 del 19 aprile 2017.

Rispetto al testo previgente, che prevedeva come unico caso la mancata sottoscrizione per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave, il nuovo testo elimina il requisito del dolo o della colpa grave, di modo che per il ricorso alla garanzia sia sufficiente una condotta imputabile all'affidatario, come previsto dalla disciplina previgente.⁴

Infatti, l'articolo 75, comma 6 del precedente Codice, ora abrogato, si limitava a disporre che la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario.

Dunque, in seguito alla riforma della norma è venuto meno il riferimento al dolo o alla colpa grave e la norma parla di fatto e il fatto evoca un accadimento materiale.

Inoltre, l'articolo 59 lettera d introduce una nuova ipotesi che consente il ricorso alla garanzia anche nel caso di informazione antimafia interdittiva di cui agli articoli 84 e 91 del Decreto Legislativo n. 159 del 2011.

Questa modifica è in linea con quanto argomentato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 5533 del 2016, ove si legge che in caso di informazione antimafia interdittiva, le determinazioni amministrative in ordine alla revoca dell'aggiudicazione e alla mancata conclusione, ovvero alla caducazione del contratto d'appalto assumono carattere vincolante per la stazione appaltante, a causa di circostanze addebitabili all'appaltatore soggetto a fenomeni di infiltrazione mafiosa, che sarà quindi tenuto a rispondere del mancato adempimento tramite l'attivazione delle previste penali e fideiussioni⁵.

4. Senato Servizio Studi Dossier n.459

⁵ Cons. St, sez. III, 29 dicembre 2016, n. 5533

3. La natura giuridica della garanzia provvisoria

Nella vigenza del Codice del 2006, l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa distingueva la garanzia provvisoria escussa nei confronti dei concorrenti di cui all'articolo 48, comma 1, e la garanzia provvisoria escussa nei confronti dell'aggiudicatario di cui all'articolo 75, comma 1.⁶

Alla prima tipologia di garanzia si assegnava natura sanzionatoria, con funzione punitiva, in quanto l'amministrazione poteva escutere la garanzia, incamerando la somma predeterminata, nei confronti di tutti gli offerenti sorteggiati che non fossero in possesso dei requisiti di partecipazione, con conseguenze economiche sovra-compensative.

Dunque, ne conseguiva la necessità di assicurare il rispetto del principio di legalità e dei suoi corollari della prevedibilità, accessibilità e limiti di applicabilità delle norme nel tempo.

Alla seconda tipologia di garanzia si assegnava natura non sanzionatoria, qualificando la cauzione quale garanzia avente una valenza analoga a quella della caparra confirmatoria e la fideiussione quale contratto di garanzia personale, con funzione di evidenziare la serietà ed affidabilità dell'offerta, nonché con funzione compensativa dei danni subiti dalla stazione appaltante.

Nella vigenza del Codice del 2016, l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa, essendo stata eliminata la prima forma di garanzia, ha attribuito alla garanzia provvisoria natura esclusivamente sanzionatoria.

Il Consiglio di Stato nella sentenza n. 7 del 2022 ha ritenuto che entrambi gli istituti in esame hanno natura non sanzionatoria, con differente qualificazione giuridica a seconda che venga in rilievo la cauzione o la fideiussione.

⁶ Cons. St. Ad.Plen., 24 aprile 2022, n. 7

La cauzione è un'obbligazione di garanzia di fonte legale imposta ai fini della partecipazione alla gara, che deve essere eseguita dallo stesso debitore.

Nella fase fisiologica, la cauzione assolve alla funzione di evidenziare la serietà e l'affidabilità dell'offerta, con obbligo dell'amministrazione di restituire la prestazione al momento della sottoscrizione del contratto.

Invece, nella fase patologica, la cauzione ha natura di rimedio di autotutela, con funzione compensativa, potendo l'amministrazione incamerare il bene consegnato a titolo di liquidazione forfettaria dei danni relativi alla fase procedimentale.

Al contrario, la fideiussione è un'obbligazione di garanzia di fonte legale imposta ai fini della partecipazione alla gara, che sorge a seguito della stipulazione di un contratto tra un terzo garante e il creditore, che si può perfezionare anche mediante la sola proposta del primo non rifiutata secondo il meccanismo dell'articolo 1333 del codice civile.

Questa forma di garanzia si caratterizza in modo peculiare rispetto al contratto di fideiussione disciplinato dal codice civile.

Nella fase fisiologica, la fideiussione assolve alla sola funzione di consentire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, con obbligo dell'amministrazione di svincolare tale garanzia al momento della sottoscrizione del contratto.

Nella fase patologica, la fideiussione consente all'amministrazione di azionare il rimedio di adempimento dell'obbligo di pagamento della somma predeterminata dalla legge con funzione compensativa dei danni relativi alla fase procedimentale.

4. La sentenza del Consiglio di Stato n. 7 del 2022

La questione che è stata posta all'attenzione dell'Adunanza Plenaria n. 7 del 2022 riguarda l'ambito di operatività della garanzia provvisoria, che correda l'offerta dei partecipanti alla procedura di gara, al fine di stabilire se essa copra solo i fatti che si verificano nel periodo compreso tra l'aggiudicazione e il contratto, ovvero se si estenda anche a quelli che si

verificano nel periodo compreso tra la proposta di aggiudicazione e l'aggiudicazione.⁷

Al fine di risolvere tale questione, la Plenaria ricostruisce il quadro normativo rilevante.

La disciplina contenuta nel Codice è basata sulla distinzione tra: la fase procedimentale che è rivolta alla selezione del miglior offerente; la fase provvedimentale che va dall'aggiudicazione alla stipulazione del contratto; la fase costitutiva di stipulazione del contratto tra pubblica amministrazione e aggiudicatario e la fase esecutiva di adempimento delle obbligazioni contrattuali.

La proposta di aggiudicazione si inserisce nella fase procedimentale, e il legislatore ha attribuito autonomia a tale istituto.

Il Codice ha previsto che la fase procedimentale e la fase esecutiva siano corredate da un sistema di garanzie provvisorie e garanzie definitive.

La questione specifica che è stata posta all'attenzione della Plenaria riguarda l'individuazione dei soggetti nei cui confronti può essere escussa la garanzia provvisoria.

Nell'ordinanza di rimessione alla Plenaria si afferma che, pur non sussistendo precedenti specifici del Consiglio di Stato, potrebbero sorgere contrasti giurisprudenziali e che sia, pertanto, necessario assicurare certezza nell'interesse non solo degli operatori di settore ma del diritto oggettivo nel suo complesso.

L'orientamento espresso nell'ordinanza di rimessione è nel senso che i soggetti nei cui confronti può essere escussa la garanzia provvisoria siano non solo l'aggiudicatario ma anche il destinatario di una proposta di aggiudicazione.

Invece, la Plenaria ritiene che deve essere seguito un orientamento diverso per ragioni che si fondano sui criteri di interpretazione della legge. Innanzitutto, si richiama l'articolo 12 delle preleggi che dispone che nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello

⁷ www.sentenzeappalti.it

fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore.

Si tratta dei criteri letterale e teleologico a cui deve tra l'altro aggiungersi il criterio sistematico.

Inoltre, lo stesso articolo 12 prevede che se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.

Si tratta dell'interpretazione analogica, che opera in presenza di una lacuna normativa.

In particolare, si osserva che sul piano dell'interpretazione letterale il comma 6 dell'articolo 93 del Codice è chiaro nello stabilire che la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario.

Il riferimento sia all'aggiudicazione, quale provvedimento finale della procedura amministrativa, sia al fatto riconducibile all'affidatario e non anche al destinatario della proposta di aggiudicazione rende palese il significato delle parole utilizzate dal legislatore nel senso di delimitare l'operatività della garanzia al momento successivo all'aggiudicazione.

Sul piano dell'interpretazione teleologica, il legislatore ha inteso ridurre l'ambito di operatività delle garanzie nella fase procedimentale, come risulta dall'analisi della successione delle leggi nel tempo.

Infatti, il Codice del 2016 non ha confermato il sistema previgente disciplinato dall'articolo 48 del Codice del 2006, che prevedeva la possibilità, ricorrendone i presupposti indicati, di escutere la garanzia con funzione sanzionatoria, anche nei confronti dei partecipanti alla procedura. Questa diversità di regime ha indotto il Consiglio di Stato nel 2021⁸ a rimettere alla Corte Costituzionale la questione relativa all'applicazione retroattiva della nuova disciplina della garanzia provvisoria perché più

⁸ Cons. St. ord. n. 3299 del 2021

favorevole rispetto alla precedente disciplina, che veniva applicata al concorrente con funzione punitiva.

Sul piano dell'interpretazione sistematica, in primo luogo, dall'analisi del contesto in cui la norma è inserita risulta chiara la distinzione tra la fase procedimentale relativa alla proposta di aggiudicazione e la fase provvedimentale relativa all'aggiudicazione.

Con riguardo alla proposta di aggiudicazione formulata dalla commissione di gara, il Codice disciplina il rapporto tra essa e l'aggiudicazione.

Il destinatario della proposta è ancora un concorrente, anche se individualizzato.

Nella prospettiva della tutela, la proposta di aggiudicazione essendo un atto endoprocedimentale non è suscettibile di essere impugnato autonomamente.

Con riguardo all'aggiudicazione, il Codice disciplina il rapporto tra essa e il contratto.

L'articolo 32 comma 6 stabilisce che l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta, in quanto occorre la stipula del contratto e l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile per sessanta giorni.

Nella prospettiva della tutela, l'aggiudicazione è il provvedimento finale di conclusione del procedimento di scelta del contraente che, in quanto tale, ha rilevanza esterna e può essere oggetto sia di impugnazione in sede giurisdizionale sia in sede di autotutela amministrativa.

Sul piano dell'interpretazione analogica, la diversità della disciplina e delle situazioni regolate relativa alle due fasi impedisce di estendere alla fase procedimentale le garanzie provvisorie della fase provvedimentale.

Infatti, nel caso di mancata stipulazione del contratto a seguito di aggiudicazione le ragioni possono dipendere sia dalla successiva verifica della mancanza dei requisiti di partecipazione sia, soprattutto, dalla condotta dell'aggiudicatario che, per una sua scelta, decide di non stipulare il contratto.

In queste ipotesi la stazione appaltante deve annullare d'ufficio il provvedimento di aggiudicazione e deve rinnovare il procedimento con regressione alla fase della proposta di aggiudicazione.

In tale contesto, i possibili pregiudizi economici determinati dalla condotta dell'aggiudicatario sono coperti dalla garanzia provvisoria, che consente all'amministrazione di attivare il rimedio di adempimento della prestazione dovuta con la finalità di compensare in via forfettaria i danni subiti dall'amministrazione per la violazione delle regole procedurali nonché dell'obbligo di concludere il contratto.

Invece, nel caso di mancata aggiudicazione a seguito di una proposta di aggiudicazione i motivi di tale determinazione possono dipendere oltre che da ragioni relative all'offerta, dalla verifica negativa preventiva del possesso dei requisiti di partecipazione del concorrente individuato.

In tali ipotesi, l'Amministrazione non è costretta a procedere all'aggiudicazione e poi ad esercitare il potere di annullamento in autotutela, potendosi limitare a non adottare l'atto di aggiudicazione e ad individuare il secondo classificato nei cui confronti indirizzare la nuova proposta di aggiudicazione.

In tale contesto i pregiudizi economici, se esistenti, hanno portata differente rispetto a quelli che si possono verificare nella fase provvedimentale, con possibilità per l'Amministrazione, ricorrendone i presupposti, di far valere l'eventuale responsabilità precontrattuale del concorrente ai sensi degli articoli 1337 e 1338 codice civile.

Rimane fermo, altresì, il potere dell'Autorità anticorruzione di applicare sanzioni amministrative pecuniarie qualora si accertino specifiche condotte contrarie alla regola della gara da parte degli operatori economici.

In conclusione, l'Adunanza Plenaria afferma il seguente principio di diritto: il comma 6 dell'articolo 93 del Codice degli Appalti, nel prevedere che la garanzia provvisoria a corredo dell'offerta copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario, delinea un sistema di garanzie che si riferisce solo al

periodo compreso tra l'aggiudicazione e il contratto e non anche al periodo compreso tra la proposta di aggiudicazione e l'aggiudicazione.