



.....OMISSIS.....

Oggetto

Esonero cauzione definitiva e miglioramento del prezzo negli affidamenti diretti – l.n. 108/21: vs. rif. M_D AF288F5 REG2022 0002227.04-02-2022.

Funz. Cons. 10/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 4 febbraio 2022, acquisita al prot. Aut. n. 8205, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 30 marzo 2022, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento del 28 giugno 2017.

Con riferimento a quanto richiesto nella nota sopra indicata, relativa alla possibilità, per la stazione appaltante, di non chiedere la garanzia definitiva di cui all'art. 103 del d.lgs. n. 50/2016 per i contratti di importo inferiore a 139.000 euro per forniture di beni e servizi e a 150.000 euro per i lavori, nel caso di affidamento diretto, si richiama in primo luogo l'art. 1, comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, ai sensi del quale «Al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19, in deroga agli articoli 36, comma 2, e 157, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante Codice dei contratti pubblici, si applicano le procedure di affidamento di cui ai commi 2, 3 e 4, qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 30 giugno 2023 (...)».

Il comma 1 dell'art. 1 sopra richiamato sancisce, quindi, l'introduzione di una disciplina temporanea, in deroga alle specifiche disposizioni del Codice ivi richiamate. Pertanto, per il periodo indicato dalla norma e per gli affidamenti di valore inferiore alle soglie comunitarie, trovano applicazione le procedure di aggiudicazione previste nei commi 2, 3 e 4 del medesimo art. 1 (Relazione Illustrativa del d.l. semplificazioni).

La disposizione in esame, contiene altresì (per gli aspetti che rilevano ai fini del parere), al comma 4, una deroga al sistema delle garanzie provvisorie da richiedere in sede di affidamento del contratto. Più in dettaglio, la norma stabilisce che «Per le modalità di affidamento di cui al presente articolo la stazione appaltante *non richiede le garanzie provvisorie di cui all'articolo 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016*, salvo che, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustificano la richiesta, che la stazione appaltante indica nell'avviso di indizione della gara o

in altro atto equivalente. Nel caso in cui sia richiesta la garanzia provvisoria, il relativo ammontare è dimezzato rispetto a quello previsto dal medesimo articolo 93».

La disposizione richiamata prevede, pertanto, in maniera espressa una deroga alle previsioni dell'art. 93 del Codice, consentendo alle stazioni appaltanti di non richiedere le garanzie provvisorie ivi previste per gli affidamenti disposti ai sensi dell'art. 1 del d.l. semplificazioni. *Non è invece espressamente prevista alcuna deroga alle disposizioni dettate dall'art. 103 del Codice, in materia di garanzie definitive.*

Dispone in particolare l'art. 103, comma 11, che «E' facoltà dell'amministrazione in casi specifici non richiedere una garanzia *per gli appalti di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a)*, nonché per gli appalti da eseguirsi da operatori economici di comprovata solidità nonché per le forniture di beni che per la loro natura, o per l'uso speciale cui sono destinati, debbano essere acquistati nel luogo di produzione o forniti direttamente dai produttori o di prodotti d'arte, macchinari, strumenti e lavori di precisione l'esecuzione dei quali deve essere affidata a operatori specializzati. L'esonero dalla prestazione della garanzia deve essere adeguatamente motivato ed è subordinato ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione».

Come chiarito dall'Autorità, l'articolo 103, comma 11, del Codice nel definire i casi in cui la stazione appaltante può non richiedere la garanzia definitiva non fa riferimento ad una soglia di importo ma a tipologie specifiche di appalti, tra cui, *in primis*, quella degli appalti di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a) del Codice dei contratti pubblici, ossia degli «affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro» affidati «mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici», per i quali è, quindi, richiesta *la doppia condizione di importo inferiore a 40.000 euro e di affidamento diretto*. Pertanto, «nei casi di contratti di importo inferiore a 40.000 euro assegnati mediante procedure diverse dall'affidamento diretto, le stazioni appaltanti sono tenute a richiedere [...] la garanzia definitiva di cui all'articolo 103, comma 11, del Codice dei contratti pubblici» (delibera n. 140/2019).

L'indirizzo dell'Autorità sopra riportato, ancorché espresso in epoca antecedente all'entrata in vigore del d.l.76/2020 conv. in l.n. 120/2020, con riferimento alla garanzia definitiva, può ritenersi ancora attuale posto che, come sopra sottolineato, l'art. 103, comma 11 del Codice non è stato oggetto di interventi derogatori o modificativi da parte dell'art. 1 del d.l. 76/2020.

Del resto il parere del MIMS citato nell'istanza rivolta all'Autorità, dopo aver evidenziato che la «l. 120/2020 ... ha apportato deroghe sia all'art. 36 (contratti sotto soglia) che all'art. 93 del d.lgs. n. 50/2016 con riguardo alla garanzia provvisoria», ha aggiunto che «alla luce del quadro sopra delineato ...la Stazione Appaltante può *non* richiedere la garanzia definitiva di cui all'art. 103 del Codice *unicamente*: – *per i contratti di importo inferiore ai 40.000 euro affidati tramite affidamento diretto*; -nonché per gli appalti da eseguirsi da operatori economici di comprovata solidità nonché per le forniture di beni che per la loro natura, o per l'uso speciale cui sono destinati, debbano essere acquistati nel luogo di produzione o forniti direttamente dai produttori o di prodotti d'arte, macchinari, strumenti e lavori di precisione l'esecuzione dei quali deve essere affidata a operatori specializzati. Tale possibilità resta in ogni caso subordinata alla previa motivazione, nonché ad un miglioramento del prezzo» (parere MIMS n. 1075/2021).

Si evidenzia, pertanto, che le previsioni dell'art. 103, comma 11 del Codice, non derogate d.l. 76/2020 conv. in l.n. 120/2020 (in tal senso anche parere MIMS n. 777/2021, il quale ha ribadito che «*la garanzia definitiva non è derogata dalla l. 120/2020*»), in quanto disposizioni eccezionali, continuano a trovare applicazione esclusivamente nei casi specifici e alle condizioni ivi indicate.

Alla luce di quanto sopra, si rimette quindi a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente il 6 aprile 2020