



Il Presidente

.....OMISSIS.....

Oggetto: affidamenti sotto soglia - art. 103, comma 6, d.lgs. 50/2016 – richiesta di parere.
FUNZ. CONS. 27/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 18 marzo 2022, acquisita al prot. Aut. n. 20159, si rappresenta che la funzione consultiva è svolta dall’Autorità nel rispetto delle previsioni del Regolamento del 7 dicembre 2018, consultabile sul sito istituzionale.

In relazione all’oggetto dell’istanza di parere, si comunica di seguito quanto deliberato dal Consiglio nell’adunanza del 6 luglio 2022.

Si evidenzia in primo luogo 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 approvato con delibera n. 160 del 30 marzo 2022.

Quale indicazione di carattere generale sul quesito sottoposto all’attenzione dell’Autorità, riferito alla possibilità di non applicare le previsioni dell’art. 103, comma 6, del d.lgs. 50/2016 ai contratti pubblici di valore inferiore alle soglie, soggetti ad affidamento diretto, si richiama preliminarmente la disposizione citata ai sensi della quale *«Il pagamento della rata di saldo è subordinato alla costituzione di una cauzione o di una garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa pari all’importo della medesima rata di saldo maggiorato del tasso di interesse legale applicato per il periodo intercorrente tra la data di emissione del certificato di collaudo o della verifica di conformità nel caso di appalti di servizi o forniture e l’assunzione del carattere di definitività dei medesimi»*.

Con specifico riferimento alla disciplina degli appalti sotto soglia, occorre richiamare inoltre 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 per gli affidamenti di valore inferiore alle soglie comunitarie e 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 giustifichino*

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 contemplata una deroga alle disposizioni dettate dall'art. 103 del Codice, in materia di garanzie definitive.

Tuttavia, come chiarito dall'Autorità, l'articolo 103, comma 11, del Codice nel definire i casi in cui la stazione appaltante può non richiedere una garanzia 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» assegnati «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, 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 (parere Funz. Cons.10/2022).

Anche il MIMS con parere n. 1075/2021, 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».

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 fissate, nel senso sopra indicato.

Considerato, inoltre, il dato testuale dell'art. 103, comma 11, del d.lgs. 50/2016, a tenore del quale «è facoltà dell'amministrazione in casi specifici non richiedere *una garanzia* per gli appalti...» ivi indicati, la disposizione sembra riferita alle diverse garanzie previste dall'art. 103, con la conseguenza che l'esonero consentito nei casi e alle condizioni stabilite dal comma 11 della disposizione, può ritenersi esteso alla garanzia di cui al comma 6 prevista per il pagamento della rata di saldo. Tale possibilità, come stabilito dalla norma, è comunque subordinata alla previa motivazione, nonché ad un miglioramento del prezzo.

Sulla base di quanto rappresentato, si rimette, pertanto, 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