



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Art. 103 del d.lgs. 50/2016 – costituzione garanzia definitiva – richiesta parere.

### **FUNZ CONS 38/2023**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 8 giugno 2023, acquisita al prot. Aut. n. 43289, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 26 luglio 2023, 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 approvato con delibera n. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Con il quesito proposto, si chiede di esprimere avviso in ordine alla costituzione della garanzia definitiva ai sensi dell’art. 103 del d.lgs. 50/2016, relativa ai servizi di assistenza e manutenzione delle opere stradali, oggetto di offerta migliorativa in sede di gara da parte dell’affidatario e dedotti nel contratto d’appalto. In particolare si chiede se la mancata costituzione della predetta garanzia per i servizi indicati, entro il termine assegnato dalla stazione appaltante, possa costituire una causa di grave inadempimento delle obbligazioni contrattuali, nei termini descritti nell’istanza di parere.

Al fine fornire riscontro all’istanza medesima, si rappresenta in via preliminare che il d.lgs. 50/2016, in continuità con la previgente disciplina dettata dal d.lgs. 163/2006, ha previsto un peculiare e specifico sistema di garanzie, volto a tutelare la stazione appaltante sia nella fase pubblicistica di scelta del contraente sia in quella privatistica di esecuzione del contratto.

In particolare, il Codice individua tali garanzie (per gli aspetti che qui rilevano), agli articoli 93 (Garanzie per la partecipazione alla procedura), 103 (garanzie definitive), 104 (garanzie per l’esecuzione di lavori di particolare valore), oltre alle garanzie richieste al progettista (art. 24, co. 4).

Mediante la previsione di tali garanzie, il legislatore ha voluto tutelare la stazione appaltante e, quindi, l’interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell’appalto, non soltanto per l’eventuale inadempimento dell’appaltatore, ma anche per eventuali ulteriori e distinti danni che la stessa può subire, direttamente o indirettamente, a causa dell’esecuzione del contratto.

Per quanto di interesse ai fini del parere, l’art. 103 d.lgs. n. 50/2016 stabilisce al primo comma che «L'appaltatore per la sottoscrizione del contratto deve costituire una garanzia, denominata "garanzia definitiva" a sua scelta sotto forma di cauzione o fideiussione con le modalità di cui all'articolo 93, commi 2 e 3, pari al 10 per cento dell'importo contrattuale e tale obbligazione è indicata negli atti e documenti a base di affidamento di lavori, di servizi e di forniture. [.....]. 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. La garanzia cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione. La stazione appaltante può richiedere al soggetto aggiudicatario la reintegrazione della garanzia ove questa sia venuta meno in tutto o in parte; in caso di inottemperanza, la reintegrazione si effettua a valere sui ratei di prezzo da corrispondere all'esecutore. Alla garanzia di cui al presente articolo si applicano le riduzioni previste dall'articolo 93, comma 7, per la garanzia provvisoria».

La garanzia definitiva, come indicato nella disposizione richiamata, concerne il corretto adempimento di tutte le obbligazioni nascenti dal contratto e il risarcimento del danno derivante dall'eventuale inadempimento. È inoltre previsto il diritto per la stazione appaltante di valersi della cauzione stessa in relazione alle fattispecie indicate al comma 2 dell'art. 103 (eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei lavori, servizi o forniture nel caso di risoluzione del contratto disposta in danno dell'esecutore; pagamento di quanto dovuto dall'esecutore per le inadempienze derivanti dalla inosservanza di norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, protezione, assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori).

La costituzione, da parte dell'aggiudicatario, della garanzia definitiva, alla luce delle finalità di interesse pubblico sottese alla stessa e del chiaro tenore della disposizione citata, deve ritenersi obbligatoria, tanto che ai sensi del comma 3 dello stesso art. 103 «La mancata costituzione della garanzia di cui al comma 1 determina la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione provvisoria presentata in sede di offerta da parte della stazione appaltante, che aggiudica l'appalto o la concessione al concorrente che segue nella graduatoria».

Pertanto il d.lgs. 50/2016, dopo aver stabilito all'art. 103, comma 1, l'obbligo per l'aggiudicatario ed esecutore dell'appalto di costituire una "garanzia definitiva", ha indicato chiaramente al comma 3 le conseguenze derivanti dalla mancata costituzione della stessa (decadenza dell'affidamento e acquisizione della cauzione provvisoria).

Come osservato dall'Autorità, sulla base del conforme orientamento giurisprudenziale, «dalla natura e finalità connesse alla prestazione dalla garanzia definitiva si desume che si tratta di un adempimento dovuto, la cui inadempienza va collegata al mero fatto dell'affidatario, senza alcuna discrezionalità da parte della stazione appaltate in ordine alle conseguenze del mancato adempimento (Consiglio di Stato, V, n. 34/2016); pertanto non è dubitabile che la mancata presentazione della garanzia, entro il termine prestabilito, costituisca giusto motivo di revoca della aggiudicazione (TAR Lombardia, Milano, n. 1766/2017)» (delibera Anac n. 539/2022).

Per quanto sopra, in relazione all'istanza di parere in esame, può osservarsi che ai fini dell'avvio del servizio oggetto del quesito, costituisce adempimento dovuto per l'appaltatore – perché richiesto dalla disciplina normativa sopra richiamata – procedere alla costituzione di idonea garanzia definitiva ai sensi dell'art. 103 del d.lgs. 50/2016 per tutta la durata del servizio entro il termine assegnato dalla stazione appaltante. Dal mancato adempimento a tale obbligo, discendono le conseguenze espressamente previste dal comma 3 dello stesso art. 103.

Sulla base delle considerazioni che precedono, 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*

Atto firmato digitalmente