



Presidente

Omissis

Fasc. Anac n. 3541/2023 (URCP 58/2023)

Oggetto: Parere in merito ai casi di esonero della garanzia definitiva nelle procedure sotto-soglia

Con riferimento alla nota n. 57886 del 17 luglio 2023 il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 26 settembre 2023, ha deliberato la trasmissione delle seguenti considerazioni.

La questione oggetto di parere concerne l'applicabilità dell'articolo 117, comma 14, del decreto legislativo n. 36 del 2023 anche ai contratti di importo inferiore alle soglie europee (c.d. sotto-soglia) nonché la possibilità che la richiesta del miglioramento del prezzo possa costituire una tra le motivazioni che possono giustificare la mancata richiesta della garanzia definitiva in applicazione dell'articolo 53, comma 4, del decreto legislativo n. 36 del 2023.

Nel dettaglio, l'articolo 117, comma 14, disciplina le ipotesi in cui è possibile l'esonero dalla prestazione della garanzia, previa adeguata motivazione e subordinatamente ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione ovvero delle condizioni di esecuzione.

Al contempo, l'articolo 53, comma 4, in relazione ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, attribuisce la facoltà alla stazione appaltante, in casi debitamente motivati, di non richiedere la garanzia definitiva per l'esecuzione dei contratti di cui alla Parte I del codice (ossia, come detto, i contratti sotto-soglia) oppure per i contratti a valere su un accordo quadro.

Al fine di fornire una risposta ai quesiti descritti, è necessario considerare che la *ratio* alla base dell'impianto del nuovo codice si rinvia nell'esigenza di semplificazione delle procedure, ciò soprattutto all'interno dei contratti sotto-soglia.

Ed infatti, si deve rilevare che il decreto legislativo n. 36 del 2023 cristallizza il percorso intrapreso dal legislatore il quale, a partire dal 2019, è intervenuto su alcune parti del codice del 2016, soprattutto per quanto concerne il sotto-soglia al fine di semplificare le procedure di affidamento, coerentemente con il criterio posto dal legislatore della legge delega n. 78 del 2022 di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e).

Il nuovo codice raccoglie, quindi, all'interno della Parte I del Libro II, l'insieme delle norme riferite ai contratti sotto-soglia, sì da consentire una più agevole individuazione della normativa e un più diretto apprezzamento del complessivo regime giuridico differenziale che connota questo settore della contrattualistica, come evidenziato nella relazione illustrativa al codice.

Nell'ambito del quadro descritto, l'articolo 48 del codice detta la disciplina comune applicabile ai contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea prevedendo al comma 1 che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti di importo inferiore alle soglie si svolgano nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parti I e II, del codice, i quali, per la loro portata generale, informano tutti gli affidamenti delle stazioni

appaltanti e, al comma 4, che ai contratti in esame si applichino «*se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice*».

Oltre, quindi, ai principi generali e alla digitalizzazione, i contratti in esame soggiacciono alla specifica disciplina dettata dalla Parte I del codice (artt. 48-55) laddove alle restanti disposizioni del codice è attribuito un ruolo di supplenza, applicandosi solo se non derogate.

Ne consegue, dunque, che essendo stata dettata una disciplina *ad hoc* per l'esonero della garanzia definitiva per i contratti sotto-soglia all'interno del comma 4 dell'articolo 53, non può venire in rilievo la previsione di cui all'articolo 117, comma 14 del codice. In questo senso depone anche la stessa relazione illustrativa che, in relazione al comma 14 dell'articolo 117, si esprime nel senso che «*È stato eliminato il riferimento (contenuto nell'omologa previsione dell'attuale art. 103, comma 11) ai contratti sotto soglia comunitaria perché la relativa disciplina è stata inserita nella parte dedicata a questi ultimi*».

Affermata l'inapplicabilità dell'articolo 117, comma 14, del decreto legislativo n. 36 del 2023 agli affidamenti diretti di cui all'articolo 50, comma 1, lettera b) del medesimo decreto, resta da valutare se, nel caso del sotto-soglia, il miglioramento del prezzo possa rappresentare una delle possibili motivazioni alla base dell'esonero dalla prestazione della garanzia o se invece, come prospettato da codesto istante, una tale ipotesi possa configurare una violazione del regime più favorevole proprio dei contratti sotto-soglia. Al riguardo, si ritiene che, in primo luogo, si deve tenere in considerazione la formulazione ampia del comma 4 dell'articolo 53, che non stabilisce vincoli né detta preclusioni in ordine ai motivi che possono giustificare la mancata richiesta della garanzia definitiva («*In casi debitamente motivati è facoltà della stazione appaltante non richiedere la garanzia definitiva per l'esecuzione dei contratti di cui alla presente Parte...*»). L'ampiezza della discrezionalità riconosciuta, in un'ottica di semplificazione, dal legislatore alla stazione appaltante non sembra potere essere fondatamente limitata tramite una interpretazione restrittiva che escluda aprioristicamente, e in via definitiva, la possibilità di addurre quale motivo di esonero dalla garanzia definitiva il miglioramento del prezzo.

Oltre a ciò va considerato che il regime dettato dall'articolo 117 per il sopra-soglia richiede, ai fini dell'esonero, che il miglioramento del prezzo di aggiudicazione o delle condizioni di esecuzione si cumuli con altre particolari circostanze ivi indicate di cui la stazione appaltante deve debitamente dare conto, mentre nel sotto-soglia, secondo la lettura della disposizione che si ritiene maggiormente conforme alla lettera della norma, il miglioramento del prezzo potrebbe costituire l'unico motivo che giustifica la mancata richiesta della garanzia definitiva. Ne conseguirebbe, pertanto, un regime per il sotto-soglia meno gravoso, che lascia ampi margini di discrezionalità alla stazione appaltante e concede all'operatore economico la chance di usufruire dell'esonero dalla cauzione anche in assenza di specificità dell'oggetto dell'appalto o di pregressi rapporti con la stazione appaltante.

Conclusivamente, alla luce di quanto considerato, si 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.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente