



## LA FASE DI ESCUSSIONE DELLA GARANZIA PROVVISORIA NEGLI APPALTI PUBBLICI: DALL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO AL NUOVO CODICE

di Francesco RUSSO\*

### ABSTRACT

*La sentenza del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria ha determinato la fine di un ampio dibattito, sia dottrinale che giurisprudenziale, sulla natura dell'istituto della garanzia provvisoria e, di conseguenza, sul momento in cui la Pubblica Amministrazione possa escuterla. L'Adunanza Plenaria, chiarendo che l'istituto sia volto a garantire l'affidabilità e la serietà dell'offerta, stabilisce che solo nella fase provvedimentale la Pubblica Amministrazione possa riscuotere la garanzia provvisoria poiché è solo in questa fase che sorge il rapporto giuridico tra le parti.*

*Il nuovo codice dei Contratti Pubblici, nel riprendere l'istituto, sembra avallare la medesima linea di pensiero dell'Adunanza Plenaria, in riferimento anche ai nuovi principi che permeano tutto il Codice.*

### SOMMARIO

1. La garanzia provvisoria negli appalti pubblici: inquadramento dell'istituto..... 1
2. La garanzia provvisoria negli appalti pubblici: alcuni indirizzi giurisprudenziali..... 2
3. Il tempo dell'escussione della garanzia provvisoria nella rimessione all'adunanza plenaria 4
4. La garanzia provvisoria come clausola a sostegno dell'affidabilità dell'offerta: la posizione dell'adunanza plenaria..... 7
5. La garanzia provvisoria nel nuovo codice dei contratti pubblici..... 9

\*Dottore in Giurisprudenza

<sup>1</sup> A. Bullo, *Il regime delle garanzie negli appalti di lavori pubblici. Profili normativi ed applicativi*, in *Dir. economia assicur.*, II, 2003, pp. 289 e ss.: la quantificazione della cauzione era rimessa ai singoli Capitolati Generali d'Appalto e doveva essere contenuta tra il decimo e il trentesimo dell'importo dell'affidamento.

### 1. LA GARANZIA PROVVISORIA NEGLI APPALTI PUBBLICI:

#### INQUADRAMENTO DELL'ISTITUTO

Per effetto di una recente sentenza del Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria (n.7 del 26.04.2022), l'istituto della "garanzia provvisoria" a corredo dell'offerta presentata nelle gare d'appalto solleva rinnovata attenzione.

L'obbligo di introdurre una cauzione provvisoria, in sede di presentazione dell'offerta, nelle procedure per l'affidamento dei pubblici appalti, trova la sua origine nell'art. 332 della Legge 20 marzo 1865 n. 2248 e nell'art. 2 del Capitolato Generale d'Appalto che ne disciplinava le modalità di prestazione<sup>1</sup>.

Il Legislatore, oggi, prevede l'istituto della garanzia provvisoria come onere in capo all'operatore economico che partecipa ad una gara pubblica, avente come finalità quella di rispondere all'esigenza di tutela dell'interesse pubblico, valorizzando la serietà dell'offerente in relazione alla buona fede nelle trattative precontrattuali<sup>2</sup>.

Nella disciplina attualmente in vigore, l'istituto della garanzia provvisoria trova il suo fondamento nell'art. 93 del Codice dei Contratti Pubblici (D.lgs. n. 50 del 2016 - da ora CCP) rubricato come "Garanzie per la partecipazione alla procedura" e prevede che la garanzia provvisoria possa essere costituita a scelta dell'offerente: in contanti, in titoli del debito pubblico - anche garantiti dallo Stato - oppure anche mediante fideiussione bancaria o polizza assicurativa fideiussoria semplicemente

<sup>2</sup> S. Cocchi, *La garanzia provvisoria. Nodi problematici e questioni coinvolte*, in *Contratti e appalti*, IV, 2021, pp. 661 e ss.: infatti, anche se non espressamente previsto dalla norma, l'istituto della garanzia provvisoria è volto a sottolineare la serietà e l'affidabilità dell'offerta e di riflesso anche dell'operatore economico. Tutto ciò nel pieno rispetto sia con i principi di imparzialità e buon andamento, punti cardine della Pubblica Amministrazione, nonché con i principi della *par condicio* e del *favor participationis* dei concorrenti.



avente clausola di pagamento a semplice richiesta<sup>3</sup>. Essa copre la mancata sottoscrizione del contratto “per fatto dell’aggiudicatario ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto”<sup>4</sup>.

## 2. LA GARANZIA PROVVISORIA NEGLI APPALTI PUBBLICI: ALCUNI INDIRIZZI GIURISPRUDENZIALI

Preliminarmente, occorre passare in rassegna le principali questioni affrontate dalla giurisprudenza in materia di garanzia provvisoria.

Un primo punto controverso riguarda la responsabilità dell’operatore economico, contrapponendosi due teorie diametralmente opposte: la prima, secondo cui la garanzia provvisoria consisterebbe di una clausola penale o di pegno irregolare, per cui il danno sopportato dalla stazione appaltante verrebbe risarcito con l’assegnazione del pegno ad opera del giudice<sup>5</sup>; la seconda tesi – maggiormente condivisa in giurisprudenza – sostiene, all’opposto, che essa,

oltre a garantire l’affidabilità dell’offerta, si sostanzia in una caparra confirmatoria costituita a garanzia di una futura stipula del contratto, avente la funzione di quantificare il danno in caso di un evento patologico.

Mentre, avallando la prima tesi, il danno sopportato dal creditore verrebbe pertanto riparato con l’assegnazione del pegno ad opera del giudice, seguendo la seconda tesi, la Pubblica Amministrazione avrebbe la possibilità di rivalersi immediatamente sulle somme oggetto di cauzione, potendo inoltre richiedere che venga risarcito il maggior danno da inadempimento<sup>6</sup>.

Sotto altro aspetto, la giurisprudenza si è più volte altresì interrogata circa la qualificazione della “garanzia provvisoria” come elemento non essenziale e indefettibile, per la presentazione dell’offerta, ritenendo che la mancanza della stessa possa comportare una mera irregolarità<sup>7</sup>. La giurisprudenza amministrativa ha infatti, da tempo, chiaro il profilo di distinzione e afferma che la mancata presentazione della garanzia a corredo

<sup>3</sup> Poiché ai sensi dell’art. 30 della legge n. 109 del 1994 deve ritenersi che la fideiussione bancaria sia perfettamente fungibile con quella assicurativa, esistendo una completa assimilazione fra i due tipi di fideiussione. Anche la giurisprudenza si è più volte espressa in tal senso, ad esempio: Cons. di Stato, Sez. V, 25 marzo 2002, n. 1683: nel caso di specie è stato ritenuto illegittimo il provvedimento di esclusione di una ditta, la quale, in sede di gara, aveva prestato la cauzione provvisoria con una polizza fideiussoria rilasciata da una compagnia di assicurazione anziché con fideiussione bancaria.

<sup>4</sup> ai non aggiudicatari essa viene restituita entro trenta giorni dal provvedimento di aggiudicazione.

<sup>5</sup> T.A.R. Trentino – Alto Adige (Bolzano), 20 novembre 2018, n. 379: “È stato chiarito dalla giurisprudenza che la cauzione svolge la funzione non di caparra confirmatoria ma di una vera e propria clausola penale, determinando la liquidazione preventiva e forfetaria del danno subito dall’amministrazione, in conseguenza dell’accertato inadempimento dell’obbligo di stipulare il contratto. Pertanto, la prestazione della caparra è diretta a coprire la mancata sottoscrizione del contratto per fatto proprio dell’aggiudicatario ed ha la medesima funzione della clausola penale, atteso che essa è diretta a predeterminare la conseguenza dell’inadempimento (incameramento della cauzione), in funzione di liquidazione forfetaria del danno, prescindendo dall’esatta portata quantitativa del nocumento patito dalla pubblica amministrazione, tant’è che non viene prevista espressamente la risarcibilità del danno eventualmente non coperto dalla cauzione in parola (Tar Puglia, Bari, Sez. I, 27 ottobre 2005 n. 4605 - Consiglio Stato, Sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6362). Ne consegue che l’Amministrazione non deve dimostrare le ragioni per l’incameramento della cauzione provvisoria, trattandosi, nella specie, non del ristoro di un danno subito, ovvero da documentare, ma dell’applicazione di

una sanzione per la mancata stipula del contratto per fatti dell’aggiudicatario.”

<sup>6</sup> Cass., S.U., sent. 4 febbraio 2009, n. 2634: “per il modo stesso della sua prestazione, appare chiaro che essa si configura come una vera e propria caparra confirmatoria e non già come semplice clausola penale o come un pegno irregolare. Diversamente da tali fattispecie, ove il danno sopportato dal creditore viene risarcito con l’assegnazione, sino a concorrenza, del pegno ad opera del giudice ovvero con la promessa di una prestazione di una somma di danaro o cose fungibili (art. 1382 c.c.), la caparra confirmatoria consente al contraente beneficiario non solo di rivalersi immediatamente sulle somme oggetto di cauzione, che vengono incamerate, ma altresì di richiedere che venga risarcito il maggior danno da inadempimento”.

<sup>7</sup> Caliandro F., *La funzione della garanzia fideiussoria nelle gare aventi ad oggetto l’affidamento di contratti attivi ed il grado di vincolatività delle disposizioni della lex specialis concernenti la presentazione della predetta garanzia*, in *I contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, I, 2016, pp. 53 e ss.: già a seguito della riforma del codice degli appalti del 2016, il Consiglio di Stato (come si evince dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5554/2015) riteneva che “Le clausole oggetto di autovincolo (garanzia provvisoria e garanzia definitiva) sono da ritenersi legittime e non nulle anche a seguito dell’introduzione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all’art. 46 del D. Lgs. n. 163/2006, poiché tanto l’AVCP quanto la giurisprudenza amministrativa hanno riconosciuto che l’adempimento dell’art. 75, comma 8 del D. Lgs. n. 163/2006 costituisce un *elemento essenziale* dell’offerta, la cui violazione deve necessariamente condurre all’esclusione del concorrente, anche qualora lo stesso non sia espressamente richiamato dalla *lex specialis*”.



dell'offerta o anche un semplice errore materiale<sup>8</sup> della stessa (come, ad esempio, un importo insufficiente o incompleto) non comporti l'esclusione della società dalla gara pubblica<sup>9</sup>, ferma l'operatività dell'istituto del c.d. "soccorso istruttorio"<sup>10</sup>. La *ratio* del soccorso istruttorio<sup>11</sup> è infatti proprio quella di ovviare a delle irregolarità essenziali (sanabili) degli elementi e delle dichiarazioni rese dai concorrenti, superando ogni

<sup>8</sup> Carbone P., *Garanzie e appalti pubblici*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, IV, 2013, pp. 399 e ss.: poiché comunque le cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali sono tassative e non vi è mai stata l'inclusione tra di esse della presentazione di una cauzione provvisoria deficitaria, la giurisprudenza ha ritenuto che tale circostanza non comporti l'esclusione dalla gara (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 493/2012). Per tale motivo, si ritiene che la produzione di una cauzione provvisoria, sprovvista delle caratteristiche previste dall'art. 75, comma 8, Codice degli appalti, non comporti l'esclusione dalla gara ma solo l'obbligo di regolarizzazione, salvo che non vi sia una norma che preveda espressamente l'esclusione per una mancanza specifica.

<sup>9</sup> Cons. St., Sez. V, 6 settembre 2018, n. 5230: La "irregolarità essenziale" si distingue dalla carenza di un "elemento essenziale dell'offerta", che preclude (invece) il soccorso istruttorio, in quanto costituisce un *minus* rispetto alla seconda, il cui contenuto è tendenzialmente inferibile proprio dall'art. 46, comma 1-bis, a mente del quale la stazione appaltante esclude il concorrente "nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta ...". Si tratta di situazioni, riferibili essenzialmente all'individuazione del contenuto dell'offerta ovvero del soggetto al quale la medesima è imputabile, cui non è riconducibile l'omissione dell'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto. Cons. di Stato, Sez. V, 22 luglio 2019, n. 5138.

<sup>10</sup> Art. 83, comma 9 del Codice dei Contratti Pubblici prevede l'istituto del soccorso istruttorio, ossia l'instaurazione di un sub-procedimento che viene azionato dal responsabile unico del procedimento per: colmare lacune documentali, modificare dichiarazioni o correggere errori emersi nella fase istruttorie del procedimento.

<sup>11</sup> Gambardella F., *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016, p. 90: Una prima formulazione del soccorso istruttorio la ritroviamo nell'art. 6 della legge n. 241 del 1990, nella parte in cui si evidenzia come il responsabile di un procedimento amministrativo abbia il potere di chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronche o incomplete. Già da questa prima formulazione appare chiara la *ratio* sottesa all'istituto: far collaborare amministrazione e privati al fine di sopperire eventuali lungaggini o vizi superficiali dovuti alla produzione documentale, in applicazione anche dei principi generali di buon andamento, buona fede e del giusto procedimento. Con il tempo è intervenuta anche la legislazione Europea per sottolineare l'importanza di questo strumento, difatti con l'art. 28 della direttiva 93/37/CEE, si sottolineava come, durante una procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici, l'amministrazione può invitare l'imprenditore a completare o chiarire i documenti prodotti, sanando eventuali vizi materiali presenti. Il rischio che si poteva palesare nell'utilizzo di questo istituto è la violazione di principi di imparzialità e di par condicio, per tale ragione, il Consiglio di Stato, con decisione n.

impronta di intransigenza formalistica e permettendo così alle stazioni appaltanti di richiedere la regolarizzazione delle offerte non conformi alle regole della gara<sup>12</sup>. Per questa via, si ammette la sanabilità delle criticità relative alla garanzia provvisoria, salvo il limite della documentazione mancante, non prodotta in data anteriore rispetto al termine di partecipazione alla gara<sup>13</sup>.

9 del 2014, ha stabilito alcuni limiti che bisogna tenere a mente per l'utilizzo del soccorso istruttorio: in primo luogo si è chiarito quando il soccorso istruttorio può essere utilizzato, ossia quando questo serve a sopperire solo dei vizi sugli elementi soggettivi dei partecipanti alla gara, con esclusione di ogni intervento ausiliario che permetterebbe di supplire a delle carenze presenti nell'offerta; in secondo luogo si è chiarito cosa si possa fare in risposta all'intervento ausiliario dell'amministrazione, infatti questo può essere utilizzato solo per regolarizzare i documenti già prodotti e non per produrne ulteriori, con l'unica eccezione dove l'integrazione è possibile quando alla base della mancata produzione documentale vi è un errore da parte dell'amministrazione. Cfr. SAITTA F., *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il correttivo*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 1/2019, pag. 3 e ss.: "È noto, altresì, come, nonostante il tenore letterale della norma indurrebbe a configurare una mera facoltà dell'amministrazione procedente, il soccorso istruttorio sia da tempo ritenuto un vero e proprio dovere: la giurisprudenza più recente afferma, infatti, che "la combinazione del principio di proporzionalità con quello di leale collaborazione determinano che l'esclusione da una procedura amministrativa per motivi di carattere squisitamente formale deve costituire l'eccezione e non la regola imponendo l'art. 6 Legge n. 241 del 1990, in tal caso, l'esercizio del dovere di soccorso istruttorio". Secondo una certa impostazione, sarebbe il dovere di correttezza, corollario del dovere di imparzialità della pubblica amministrazione, a rendere irragionevole l'adozione di un provvedimento negativo basata sulla mera incompletezza o erroneità dell'istanza ed a giustificare, quindi, l'idea di un soccorso "forte" da intendersi come doveroso.

<sup>12</sup> T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II, 30 dicembre 2020, n. 14111: L'art. 83, comma 9, CCP opera comunque entro i termini previsti dalla gara, come stabilito anche dalla giurisprudenza amministrativa "il soccorso istruttorio previsto dall'art. 83, comma 9, D.lgs. 50 del 2016 permette di ovviare alle irregolarità della garanzia provvisoria già tempestivamente prodotta o anche di esibire tardivamente una fideiussione già formata nei termini, ma non di sopperire all'omissione del deposito nel termine indicato dalla legge di gara, attraverso la formazione di un nuovo documento, tale da riflettersi sull'integrità dell'offerta. Si verte, infatti, in quest'ultimo caso, in un'ipotesi di "mancata costituzione" della garanzia, alla quale non può e seguire l'esclusione dalla gara"

<sup>13</sup> A nulla rileva la presentazione di una polizza con copertura retroattiva presentata al di fuori dei termini previsti dalla gara, difatti Cfr. T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II, 30 dicembre 2020, n. 14111: "il soccorso istruttorio previsto dall'art. 83, comma 9, D. Lgs. n. 50 del 2016 permette di ovviare alle irregolarità della garanzia provvisoria già tempestivamente prodotta (anche per le ipotesi di invalidità sopravvenuta) o anche esibire tardivamente una fideiussione già formata nei termini, ma non



In quale fase di gara possa poi essere escussa la garanzia provvisoria rappresenta un ulteriore punto controverso nelle riflessioni dei giudici, oggetto peraltro di specifica attenzione nella sentenza che passeremo a commentare. In questa prospettiva, infatti, una parte della giurisprudenza sostiene che, rappresentando la garanzia provvisoria un requisito necessario alla partecipazione alla gara: *“ogni volta che la partecipazione di un concorrente dovesse risultare viziata dovrebbe conseguirne automaticamente l'adozione della sanzione costituita nell'incameramento della cauzione”*<sup>14</sup> poiché *“la partecipazione alla gara, in mancanza dei requisiti costituisce elemento che denota di per sé un contegno colposo, sub specie di violazione dei principi di diligenza professionale ed autoresponsabilità connessi alla partecipazione ad una procedura di affidamento di contratti pubblici, pacificamente configurabile rispetto a fatti, stati e situazioni riferibili allo stesso operatore economico”*<sup>15</sup>. Diversamente, da altri settori della giurisprudenza, emerge come la garanzia provvisoria possa invece essere escussa solo dalla *fase provvedimentale* in poi, poiché è soltanto a seguito dell'aggiudicazione (in quanto

provvedimento che segna il passaggio dalla fase procedimentale alla fase provvedimentale) che nasce un effettivo rapporto giuridico tra le parti<sup>16</sup>.

### **3. IL TEMPO DELL'ESCUSSIONE DELLA GARANZIA PROVVISORIA NELLA RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA**

Prima di procedere all'analisi degli istituti su cui si è soffermato il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria nella sentenza n. 7 del 26.04.2022, è necessario procedere all'esame dei fatti in causa.

Il comune di Monza, con bando pubblicato in Gazzetta Ufficiale in data 5 ottobre 2018, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di raccolta, trasporto e spazzamento dei rifiuti urbani. Pubblicata la graduatoria finale, veniva formulata la “proposta di aggiudicazione”. Contestualmente, il comune avviava i controlli volti a verificare la conformità dei requisiti di partecipazione della società secondo quanto stabilito dall'art. 80 del D.lgs. 1° aprile 2016 n. 50, laddove evidenzia i motivi di esclusione di una società da una procedura di appalto o concessione<sup>17</sup>.

---

di sopperire all'omissione del deposito nel termine indicato dalla legge di gara, attraverso la formazione di un nuovo documento, tale da riflettere sull'integrità dell'offerta. Si verte, infatti, in quest'ultimo caso, in un'ipotesi di “mancata costituzione” della garanzia, alla quale non può che seguire l'esclusione dalla gara”.

<sup>14</sup> T.A.R. Campania - Napoli, Sez. II, 3 agosto 2017, n. 4037.

<sup>15</sup> Cons. St., Sez. V, 19 aprile 2017, n. 1818.

<sup>16</sup> Diversa, invece, è l'ipotesi che prevede la non integrazione dei documenti richiesti per ovviare ai vizi della presentazione della domanda: infatti, veniva affermato che la mancata presentazione (o altri vizi legati alla completezza o la regolarità della garanzia) della cauzione provvisoria non costituiva causa di esclusione dalla gara, ma rappresentava una mera irregolarità sanabile attraverso una richiesta di integrazione mediante l'istituto del soccorso istruttorio. Tutto ciò era però possibile all'unica condizione che la garanzia fosse già costituita alla data di presentazione dell'offerta. Diversamente si andrebbe ad alterare la parità di trattamento tra i concorrenti partecipando alla gara; Consiglio di Stato Sez. III, 23 novembre 2017, n.5467: “si riteneva che la soluzione interpretativa non potesse prescindere da quanto disposto dal nuovo comma 1-ter dell'art. 46 del Codice, che ammette la sanatoria di omissioni o irregolarità anche in relazione alla presentazione della garanzia in parola, laddove la norma consente la sanabilità di ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi.

Pertanto, tenuto conto che l'art. 46, co. 1-ter ora consente la sanatoria anche di elementi che devono essere prodotti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara (e la cauzione è un

elemento da produrre a corredo dell'offerta in base alla legge), considerato che, ai fini del pagamento della sanzione, la cauzione costituisce solo una garanzia, si è ritenuto che la novella normativa dovesse trovare applicazione anche con riferimento ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria a condizione che quest'ultima fosse già costituita alla data di presentazione dell'offerta e rispettasse la previsione di cui all'art. 75, co. 5 del codice, vale a dire decorresse dalla predetta data di presentazione dell'offerta. Diversamente sarebbe alterata la parità di trattamento tra i concorrenti.”

<sup>17</sup> L'art. 80 del D. lgs. 1° aprile 2016 n. 50, rubricato “*Motivi di esclusione*” enuncia tutti i motivi di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura d'appalto o concessione: condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile; la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 67 d. lgs. 159/2011; per tentativo di infiltrazione mafiosa; se sia stato emesso un provvedimento interdittivo nei confronti del titolare - nel caso di impresa individuale -, di un socio - nel caso di società in nome collettivo -, dei membri del CdA a cui sia stata conferita la legale rappresentanza; se sono state commesse violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto ad obblighi tributari; nel caso in cui l'operatore economico che partecipa alla gara si trovi in una delle seguenti situazioni: nel caso siano state accertate gravi violazioni in materia sanitaria, nel caso in cui l'operatore economico sia sottoposto a fallimento, nel caso in cui si sia reso colpevole di reati professionali, nel caso in cui abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante, la partecipazione





All'esito di questo esame, il comune escludeva dalla gara la società risultata vittoriosa – in favore della seconda in graduatoria – rilevando il difetto dei riferiti requisiti. In particolare, gli amministratori della società risultavano rinviati a giudizio per i reati sanciti dagli artt. 110, 353, 353**bis**, 356 e 314 c.p.<sup>18</sup>, nonché risultava rinviato a giudizio anche un rappresentante della società (giudicato poi colpevole e avverso il quale veniva, quindi, emessa sentenza di condanna). Inoltre, una sentenza del TAR Piemonte<sup>19</sup> aveva già dichiarato la nullità di altra aggiudicazione disposta a favore della medesima società per condotte penalmente rilevanti di soggetti che, nella medesima, ricoprivano cariche sociali di rilievo.

A seguito dell'esclusione, il comune disponeva l'escussione della "garanzia provvisoria" offerta dalla società per partecipare alla gara, costituita da una fideiussione. La società esclusa proponeva ricorso avverso l'esclusione, impugnando anche la decisione di escutere la garanzia provvisoria, sostenendo che *"l'escussione sarebbe illegittima poiché l'art. 93 consentirebbe l'escussione soltanto dopo l'aggiudicazione definitiva, in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario. Nel caso di specie non si sarebbe configurata alcuna aggiudicazione definitiva a carico della società istante, ma soltanto una proposta di aggiudicazione, cui ha fatto seguito la verifica dei requisiti da parte appaltante"*.

Sul punto il T.A.R. Lombardia, sezione IV, con sentenza numero 1581 del 28 giugno 2021 – dalla quale origina la rimessione all'Adunanza Plenaria –

---

determini una situazione di conflitto di interessi, nel caso in cui sia intervenuto un provvedimento interdittivo; l'operatore economico non abbia presentato nei termini le certificazioni richieste.

<sup>18</sup> Art. 110 c.p.: *"pena per coloro che concorrono in un reato"*; art. 353 c.p.: *"Turbata libertà degli incanti"* (*Chimunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti*); art. 353**bis** c.p.: *"Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente"*; art. 356 c.p.: *"Frode nelle pubbliche forniture"*; art. 314 c.p.: *"Peculato"*.

<sup>19</sup> Sentenza richiamata dal T.A.R. Lombardia, Sez. IV, con sentenza n. 1581 del 28 giugno 2021.

<sup>20</sup> La stessa linea di pensiero la ritroviamo in più orientamenti giurisprudenziali, cfr. : T.A.R. Campania, Napoli, Sezione II, sentenza n. 1589/2011: sosteneva infatti che l'art. 12, nel disciplinare la garanzia provvisoria, non fa altro che specificare il contenuto dell'art. 75, comma 6, del Codice dei Contratti secondo cui *"la garanzia copre ogni mancata sottoscrizione del*

*, ha proposto un'interpretazione differente, dell'articolo sopra richiamato, rispetto a quanto sostenuto dalla società esclusa e per tale motivo ha respinto il relativo ricorso. Il giudice, infatti, ha rilevato come la finalità della garanzia provvisoria fosse quella di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta (e quindi che l'escussione debba coprire ogni ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto che fosse addebitabile all'offerente) anche per l'ipotesi in cui l'aggiudicatario non superi le verifiche conseguenti alla redazione della graduatoria finale"*<sup>20</sup>.

Il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato, sezione IV, si è concluso con sentenza non definitiva n. 8410/2021 che ha ritenuto legittima l'escussione della garanzia ad opera del comune, muovendo dall'analisi letterale della normativa codicistica in tema di garanzia provvisoria. Il vigente testo dell'art. 93, comma 6, d. lgs. n. 50 del 2016 riferisce infatti testualmente che: *"La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto"*. Sotto questo profilo, la norma risulta differente rispetto alla precedente formulazione, prevista nel codice degli appalti del 2006, laddove si poteva leggere che: *"La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto"*<sup>21</sup>.

contratto per fatto dell'affidatario" includendo ogni fatto riconducibile all'appaltante che non permette di raggiungere la stipula del contratto; Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 2531/2016: *"L'incameramento della cauzione provvisoria non è condizionato dall'intervenuta aggiudicazione provvisoria dell'appalto, perché essa, in ragione dell'essenziale funzione di garanzia della serietà ed affidabilità dell'offerta e del patto d'integrità, copre tutte le ipotesi i cui sono addebitati al concorrente la mancata sottoscrizione del contratto e il mancato perfezionamento dei suoi presupposti procedurali, quali l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva"*.

<sup>21</sup> Cons. St., Sez. IV, 4 gennaio 2021, n. 8410: *"L'attuale formulazione dell'articolo, infatti, si limita ad individuare, quale presupposto dell'esclusione, la sussistenza di un "fatto riconducibile all'affidatario", ovvero "l'adozione di informazione antimafia interdittiva". La prima locuzione esprime un collegamento meramente eziologico fra un "fatto" dell'aggiudicatario e la "mancata sottoscrizione del contratto", richiamando dunque una concezione meramente oggettiva dei*

Dal confronto tra le riferite disposizioni, emerge chiaramente come, nel precedente testo, l'elemento soggettivo risultasse molto più incisivo poiché il testo faceva espresso riferimento al dolo o la colpa dell'affidatario, mentre nel vigente testo ci si riferisce genericamente ad un qualsiasi "fatto" riconducibile all'affidatario.

Il Consiglio, allo stesso tempo, ha rilevato come non vi sia un'interpretazione univoca dell'art. 93 comma 6, d. lgs. n. 50 del 2016, ferme: una prima linea di pensiero - avallata anche dal TAR di primo grado<sup>22</sup> - secondo cui la garanzia provvisoria assolve ad una funzione essenziale di garanzia per la serietà

---

presupposti per l'applicazione dell'escussione, cui è estranea ogni valutazione circa la colpevolezza di tale "fatto". Peraltro, la scelta dell'espressione "fatto", anziché dell'espressione "atto", rafforza viepiù questa conclusione, posto che, nel linguaggio tecnico-giuridico, il "fatto" rimanda ad un mero accadimento materiale senza alcuna rilevanza circa il sotteso assetto volontaristico del soggetto, proprio, invece, dello "atto" in senso stretto. Tale esegesi trova ulteriore, indiretta conferma nell'individuazione, come ulteriore fattispecie che attiva l'escussione, dell'adozione di informativa antimafia interdittiva<sup>23</sup>, ed inoltre "In definitiva, ad avviso del Collegio la disposizione in parola prescinde da un addebito di colpevolezza in capo all'interessato e pertanto: - si applica automaticamente al verificarsi di qualunque "fatto" riconducibile alla sfera giuridica dell'affidatario che abbia reso impossibile la stipulazione del contratto, locuzione volutamente ampia al cui interno ben può sussumersi il difetto, originario o sopravvenuto in corso di procedura, dei necessari requisiti di partecipazione stabiliti dalla legge; - è priva di carattere sanzionatorio, con ogni relativa conseguenza in ordine all'irilevanza dei principi di diritto di provenienza sovra-statale circa i caratteri del "diritto punitivo", locuzione che, come noto, in sede sovra-nazionale si protende oltre i confini ascritti in sede nazionale al diritto penale."

<sup>22</sup> T.A.R. Lombardia, sezione IV, 28 giugno 2021, n. 1581 e T.A.R. Marche, sezione I, 2 marzo 2021, n. 117: "il d. lgs. n. 50/2016 contiene una norma - specificamente dettata per l'avvalimento, ma che obbedisce alla stessa ratio su cui fonda l'orientamento giurisprudenziale compendiato nella sentenza n. 34 del 2014 dell'Adunanza Plenaria - la quale prevede l'escussione della cauzione provvisoria a danno anche dei concorrenti non risultati aggiudicatari: si tratta, come è noto, dell'art. 89, comma 1, terzultimo periodo".

<sup>23</sup> Cons. St., Sez. V, 27 luglio 2017, n. 3701: "Per consolidata giurisprudenza, nelle gare pubbliche di appalto l'incameramento della cauzione è una misura a carattere latamente sanzionatorio, che costituisce conseguenza ex lege dell'esclusione per riscontrato difetto dei requisiti da dichiarare ai sensi dell'art. 38 D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, senza che sia necessaria la prova di colpa nella formazione delle dichiarazioni presentate. L'escussione costituisce dunque conseguenza automatica della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, considerato anche che gli operatori economici, con la domanda di partecipazione, impegnano ad osservare le regole della procedura delle quali hanno piena contezza. Si tratta di una misura autonoma e ulteriore rispetto all'esclusione dalla gara ed alla segnalazione all'Autorità di vigilanza, che si

e l'attendibilità dell'offerta, nella misura in cui copre ogni ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per qualunque circostanza addebitabile all'offerente, anche nel caso in cui l'aggiudicatario non superi le verifiche conseguenti alla stipula della graduatoria finale<sup>23</sup>; ed una seconda linea interpretativa - sostenuta invece dall'appellante - secondo cui l'escussione della garanzia provvisoria non si applica alle ipotesi in cui non è ancora intervenuta l'aggiudicazione, ovvero in quelle ipotesi in cui la stazione appaltante procede discrezionalmente, nel corso della gara, alla verifica dei requisiti di uno o più concorrenti<sup>24</sup>.

riferisce, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dall'Amministrazione, a un distinto per quanto connesso rapporto giuridico fra quest'ultima e l'imprenditore. In definitiva, l'incameramento della cauzione provvisoria è una misura di carattere strettamente patrimoniale, senza un carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio: non ha infatti né carattere reintegrativo o ripristinatorio di un ordine violato, né di punizione per un illecito amministrativo previsto a tutela di un interesse generale). Essa ha il suo titolo e la sua causa nella violazione di regole e doveri contrattuali già espressamente accettati negli stretti confronti dell'amministrazione appaltante. La lata funzione sanzionatoria che sopra si è detta, dunque, inerte al solo rapporto che si è costituito inter partes con l'amministrazione appaltante per effetto della domanda di partecipazione alla gara."; della stessa idea: Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 dicembre 2016, n. 5501; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 febbraio 2016, n. 5

<sup>24</sup> Apperti O., *La cauzione provvisoria. Un'indagine sulla (negata) questione del rispetto del principio di proporzionalità*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, III, 2013, pp. 543 e ss.: "A tenore dell'art. 75, comma 6, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, "La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario". Il Codice dei contratti pubblici, dunque, conferma l'ampliamento dell'ambito di operatività della cauzione provvisoria già operato dalla l. 11 febbraio 1994, n. 109 ricollegando l'escussione al "fatto" dell'affidatario. L'orientamento giurisprudenziale dominante ritiene che la locuzione "mancata sottoscrizione del contratto" valga a comprendere tutti i casi in cui il concorrente sia escluso dalla gara, ad esempio per mancanza dei requisiti generali. Tale interpretazione, tuttavia, non sembra corretta alla luce dell'art. 12 delle preleggi, che non consente di adottare un'opzione ermeneutica totalmente sganciata dal tenore letterale della disposizione. L'art. 75, infatti, fa espresso riferimento ai soli casi in cui non vengano assunte obbligazioni contrattuali per fatto dell'affidatario" e pertanto si riferisce espressamente al soggetto che sia individuato come il futuro contraente per effetto di un provvedimento di aggiudicazione definitivo ed efficace.

Diverso e più ampio è invece il novero dei possibili destinatari del provvedimento di escussione nei casi previsti dall'art. 48, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Si ricorda che al fine di garantire il regolare svolgimento della gara, l'art. 48 impone alle stazioni appaltanti di procedere ad una verifica a campione, richiedono "ad un numero di offerenti non inferiore al 10% delle offerte presentate" scelti con sorteggio pubblico, di comprovare - entro il termine perentorio di dieci giorni dalla data della richiesta medesima - il "possesso dei requisiti di capacità economico-



Per tale ragione, la sezione IV del Consiglio di stato, con sentenza non definitiva, ha deferito all'Adunanza Plenaria la seguente questione: *“l'art. 93, comma 6, D.lgs. n. 50 del 2016 possa (recte, debba) trovare applicazione non solo nei confronti del soggetto cui sia già stata definitivamente aggiudicata la gara, ma anche nei confronti del soggetto che la commissione giudicatrice, dopo le valutazioni di spettanza, abbia proposto per l'aggiudicazione”*.

#### **4. LA GARANZIA PROVVISORIA COME CLAUSOLA A SOSTEGNO DELL’AFFIDABILITÀ DELL’OFFERTA: LA POSIZIONE DELL’ADUNANZA PLENARIA**

L'Adunanza Plenaria risponde al quesito con la già richiamata sentenza del 26 aprile 2022 n. 7, soffermandosi, in un primo momento, sull'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 siano verificati nel periodo compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto ovvero se si possa estendere anche ai fatti che si siano verificati nel periodo compreso tra la “proposta di

finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito”. Come è possibile evincere dal tenore della disposizione, la verifica è ammessa su percentuali maggiori al 10% e, pertanto, nulla osta ad un controllo che coinvolga tutti i partecipanti alla gara. Tuttavia, è necessario che tale eventualità sia indicata nel bando o nella lettera di invito. La verifica a campione deve essere effettuata soltanto nei confronti dei soggetti ammessi al prosieguo della procedura, nella fase immediatamente precedente all'esame delle buste contenenti le offerte. Un'ulteriore attività di verifica del possesso dei requisiti speciali si colloca a valle della conclusione del procedimento di gara. L'art. 48, infatti, impone alla stazione appaltante *“entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara”* di richiedere la documentazione comprovante il possesso dei requisiti speciali *“anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati”*. L'ambito di applicazione oggettivo dell'attività di verifica prevista dall'art. 48 è espressamente circoscritto ai soli requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa. Dunque, il mancato possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa disciplinata dovrebbe costituire una situazione ontologicamente diversa dalla carenza dei requisiti di carattere generale, che del resto trova una compiuta regolamentazione nell'art. 38, D.lgs. n. 163 del 2006. Sia nel caso della verifica a campione, sia nel

aggiudicazione” e l'aggiudicazione. In questa prospettiva, l'Adunanza Plenaria muove dal distinguere le fasi che portano alla stipula di un contratto di appalto: a) la fase procedimentale, finalizzata alla selezione del miglior offerente (all'esito della quale si adotta il provvedimento di aggiudicazione e nella quale viene dunque formulata la proposta di aggiudicazione); b) la fase provvedimentale, che comprende il momento immediatamente successivo all'aggiudicazione e che si protrae fino alla stipula del contratto; c) la fase costitutiva tra la pubblica amministrazione e il soggetto aggiudicatario, ossia il momento concreto dove nascono le reciproche obbligazioni (il momento della sottoscrizione del contratto); d) l'ultima fase, che prevede l'adempimento degli obblighi contrattuali<sup>25</sup>.

Successivamente, l'Adunanza Plenaria, entrando nel merito dell'istituto, analizza la natura e la funzione della “garanzia provvisoria”, evidenziando come l'istituto rilevi nella prospettiva di valutare la serietà e l'affidabilità dell'offerta, al di fuori di ogni funzione sanzionatoria.

Ai fini della individuazione della fase in cui sarebbe praticabile l'escussione della “garanzia provvisoria”, l'Adunanza Plenaria<sup>26</sup> si distacca da quanto sostenuto dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato<sup>27</sup>, in sede di rimessione, facendo leva, in

caso della verifica successiva all'aggiudicazione, se l'operatore interessato non dimostri il possesso dei requisiti o, comunque, non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, *“le stazioni appaltanti procedono alla [sua] esclusione dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'art. 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento”*. Alle medesime conseguenze il concorrente va incontro nell'ipotesi in cui violi il termine perentorio di dieci giorni per ottemperare alle richieste della stazione appaltante.

<sup>25</sup> L. Ieva, *La garanzia provvisoria (nella gara) assicura la stipulazione del contratto (dopo la gara), non altre vicende (intranee alla gara)*, in *Urb. e appalti*, IV, 2022, pp. 473 e ss.

<sup>26</sup> Cons. St., A. P., 26 aprile 2022, n. 7.

<sup>27</sup> Cons. St., Sez. IV, 25 novembre 2021, n. 8410: difatti il Consiglio di Stato riteneva che “l'attuale formulazione dell'art. 93 comma 6 del D.lgs. 50 del 2016, si limita ad individuare, quale presupposto dell'escussione, la sussistenza di un fatto riconducibile all'affidatario, ovvero all'adozione di informazione antimafia” e soprattutto “in conclusione sul punto, ad avviso del Collegio l'escussione della garanzia è legittimamente disposta dalla stazione appaltante in ogni caso in cui la stipulazione del contratto non sia possibile a motivo di un fatto afferente alla sfera giuridica dell'aggiudicatario, quale ben



chiave ermeneutica, sulla previsione normativa contenuta nell'art. 12 delle preleggi al codice civile, a tenore del quale: "nell'applicare la legge non si può attribuire ad essa altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore". Per questa via e guardando al contenuto letterale del comma 6 dell'art. 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016 - secondo cui "la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (...)” - l'Adunanza plenaria supera l'interpretazione della Sezione IV del Consiglio di Stato, giungendo a chiarire che l'operatività della norma va limitata al solo momento successivo all'aggiudicazione, giacché estendere l'ambito di applicazione anche al momento della "proposta di aggiudicazione" allontanerebbe l'interprete dal dato letterale, in distonia rispetto al criterio ermeneutico di cui al riferito art. 12 delle preleggi.

Nella sentenza in questione emergono tre aspetti d'interesse, strettamente connessi l'uno all'altro: la natura della "garanzia provvisoria" (in particolare se essa abbia carattere sanzionatorio o meno); l'ambito di applicazione (ossia se la garanzia possa essere escussa in tutte le fasi preventive rispetto alla stipula di un contratto di appalto o solo in alcune di esse e - in questa seconda ipotesi - in quale fase si possa escutere); l'individuazione dei soggetti nei confronti dei quali possa essere escussa detta "garanzia provvisoria".

Sul primo punto, si ribadisce quanto già chiarito: per quanto in un primo momento la giurisprudenza fosse concorde nel concepire la garanzia provvisoria come una clausola avente natura sanzionatoria, ad oggi pare ferma sull'idea che si tratti di una clausola di mera garanzia per valutare l'affidabilità dell'offerta e dell'offerente.

Un cambio di rotta che dispiega la sua efficacia in relazione al secondo aspetto cui dobbiamo rivolgere la nostra attenzione. Infatti, quella giurisprudenza che considerava la garanzia provvisoria come un istituto avente carattere sanzionatorio, allo stesso modo ne immaginava l'escussione già dal momento della presentazione dell'offerta. Ad oggi, invece, ritenendo la giurisprudenza la garanzia provvisoria un istituto privo di natura sanzionatoria, la stessa ha potuto riconsiderare anche il momento in cui essa possa essere escussa, concludendo nel senso che l'escussione possa avvenire solo dal momento in cui nasca un rapporto giuridico vincolante tra le parti, ossia dalla fase provvedimentale in poi, seguendo la scansione in fase dell'evidenza pubblica che la stessa Adunanza Plenaria ha riportato in via di premessa al suo ragionamento. Ciò però non deve indurre all'erronea conclusione che la garanzia provvisoria non abbia un effetto, seppur astratto, anche prima della fase provvedimentale. Difatti, già nel momento della presentazione della domanda di partecipazione da parte dell'operatore economico, la Pubblica Amministrazione svolge comunque una valutazione riguardo l'affidabilità sia dell'offerta, sia dell'offerente, proprio in ragione della prestazione della garanzia provvisoria.

Venendo poi alla terza questione giuridica che affronta l'Adunanza Plenaria, bisogna interrogarsi su quali siano i soggetti nei confronti dei quali si possa escutere la "garanzia provvisoria": sono esclusivamente i soggetti "aggiudicatari" o anche i destinatari di una "proposta di aggiudicazione"? Sul punto, è dato peraltro di rilevare un contrasto tra la posizione assunta dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e l'orientamento espresso dal giudice rimettente. Infatti, la IV sezione del Consiglio di Stato, era partita da una prospettiva funzionale<sup>28</sup>, parificando la situazione

---

può essere la mancanza o la perdita sopravvenuta dei requisiti cui la legge subordina la partecipazione ad una gara, senza che sia necessaria alcuna ulteriore indagine. Resta, a questo punto, il distinto profilo della possibilità di equiparare, ai fini *de quibus*, l'aggiudicatario propriamente detto ed il soggetto a cui favore è stata semplicemente proposta l'aggiudicazione".

<sup>28</sup> T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II, n. 10413 del 13/10/2020; T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II, n. 13120 del 7/12/2020; T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II, n. 2565 del 3/3/2021: "Sussiste, in linea generale, un automatismo tra esclusione per carenza dei

requisiti di partecipazione ed escussione della cauzione provvisoria prestata a garanzia della serietà dell'offerta, quale conseguenza diretta della violazione del patto di integrità e delle regole di gara cui è soggetto il partecipante. L'escussione della cauzione costituisce, infatti, conseguenza diretta ed automatica del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara per carenza dei requisiti di partecipazione ed è una misura autonoma ed ulteriore rispetto all'esclusione alla gara, che si riferisce, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dall'Amministrazione, ad un disnto per quanto connesso





dell'aggiudicatario a quella del destinatario della proposta di aggiudicazione, interpretando la mancanza dei requisiti previsti dalla legge come una violazione del patto di integrità e delle regole di gara e ritenendo, quindi, l'amministrazione legittimata, già nella fase procedimentale, ad escutere la "garanzia provvisoria".

L'Adunanza Plenaria si è espressa in maniera diametralmente opposta, cercando, come già detto, di interpretare l'istituto in termini più aderenti al dato normativo letterale e sottolineando come l'art. 93, comma 6, D. lgs. n. 50 del 2016 parli di "mancata sottoscrizione del contratto", come condizione riferibile esclusivamente al soggetto che, a seguito della proposta di aggiudicazione, risulti vittorioso nella gara d'appalto. Ne consegue, nel ragionamento della Plenaria, che l'unico soggetto nei confronti del quale possa essere escussa la "garanzia provvisoria", una volta constatato essere in possesso di tutti i requisiti previsti dalla legge, è quello che si trova nella possibilità materiale di firmare il contratto definitivo.

La soluzione dell'Adunanza Plenaria, del resto, appare in linea con gli approdi raggiunti dalla giurisprudenza più recente<sup>29</sup>, laddove chiarisce che escutere la "garanzia provvisoria" nei confronti di tutti i soggetti destinatari della "proposta di aggiudicazione" significherebbe assegnare all'istituto quella funzione sanzionatoria che, come più volte ribadito, l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario non ritiene adeguata per un istituto che assolve piuttosto una finalità di garanzia.

## **5. LA GARANZIA PROVVISORIA NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI**

---

rapporto giuridico tra quest'ultima e l'imprenditore (dal che si inferisce pure che il relativo provvedimento ha una funzione *lato sensu* sanzionatoria, pur non costituendo una « sanzione amministrativa » in senso proprio)".

<sup>29</sup> T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, n. 5328 del 2021; Cons. di Stato, Sez. V, n. 5445 del 30/06/22: "In materia di contratti pubblici l'incameramento delle somme a titolo di garanzia provvisoria, ex art. 93 del D. Lgs. n. 50 del 2016 rappresenta una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, essendo insensibile ad eventuali valutazioni finalizzate ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che abbia dato causa all'esclusione. Ciò in quanto la finalità di tale

La posizione assunta dall'Adunanza Plenaria in merito all'ambito di operatività della "garanzia provvisoria" è chiara, così come la posizione assunta in merito alla distinzione netta tra le due fasi della procedura di aggiudicazione dei lavori.

Infatti, la *ratio* dell'istituto della "garanzia provvisoria" è quella di coprire gli eventuali pregiudizi economici determinati dalla condotta dell'aggiudicatario, nel caso in cui non sottoscrive il contratto finale, sia per mancanza di un requisito soggettivo sia per una condotta scorretta dell'aggiudicatario che, per sua scelta, decida di non sottoscrivere più il contratto. In entrambe le ipotesi, l'ente appaltante è obbligato ad annullare il provvedimento di aggiudicazione e rinnovare il procedimento *ex novo*. Dunque, risulterebbe contraddittorio, in relazione alla *ratio* dell'istituto, consentire l'escussione di questo tipo di garanzia anche nei confronti di un soggetto al quale è riferibile esclusivamente la mera "proposta di aggiudicazione". Infatti, se da un lato la mancata aggiudicazione può dipendere anche da ragioni riferibili all'offerta, dall'altro, nel caso di mancanza di requisiti soggettivi previsti per legge in capo al soggetto partecipante alla gara, l'amministrazione non è obbligata a procedere con l'aggiudicazione, potendosi limitare ad escludere il soggetto dalla gara. In tal caso, i pregiudizi economici (che dovrebbero fondare la decisione di escutere la "garanzia provvisoria") avrebbero un'entità radicalmente minore<sup>30</sup>.

Alla luce di quanto detto, l'Adunanza Plenaria, interpretando dunque in maniera letterale la norma dell'art. 93, comma 6, D.lgs. n. 50 del 2016, ha affermato il seguente principio: la "garanzia provvisoria" si riferisce solo al momento compreso tra la fase procedimentale e la stipula del contratto, non può quindi essere estesa ai soggetti avverso i

garanzia è quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese in sede di gara e di garantire la serietà e affidabilità dell'offerta, nonché di precostituire una forma di tutela, a favore della stazione appaltante, per l'eventualità che, per fatto comunque riferibile alla concorrente risultata aggiudicataria, non si addivenga alla stipula del contratto".

<sup>30</sup> Rimane però fermo il diritto dell'Autorità nazionale anticorruzione di poter irrogare sanzioni pecuniarie qualora ritenga che le condotte contrarie alle regole della gara da parte degli operatori economici siano di particolare rilievo



quali è riferita la “proposta di aggiudicazione”, poiché l’escussione di tale garanzia copre il danno economico derivante dalla mancata sottoscrizione del contratto (per ogni fatto riferibile al soggetto partecipante).

Questa impostazione in punto di natura ed operatività della garanzia provvisoria – ossia come istituto utile a valutare l’affidabilità e la serietà dell’offerta e ammettendosi, di conseguenza, la sua escussione solo dalla fase provvedimentale – trova peraltro conferma nel nuovo Codice dei contratti pubblici, introdotto con il d.lgs. n. 36 del 31 marzo 2023 (in attuazione della legge di delega n. 78 del 21 giugno 2022). Infatti, il sesto comma dell’articolo 106 del Codice, rubricato “garanzie per la partecipazione alla procedura”, ribadisce che: “la garanzia copre la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili ad ogni fatto riconducibile all’affidatario o conseguenti all’adozione di informativa antimafia”.

Si tratta di una formula, non diversa nella sostanza rispetto a quella contenuta nel previgente art. 93, comma 6, del D.lgs. n. 50 del 2016, che riprende esplicitamente il principio di diritto affermato dalla riferita sentenza dell’Adunanza Plenaria e che dalla stessa appare evidentemente condizionato.

Inoltre lo stesso art. 106 conferma quanto già diceva il vecchio Codice, ovvero che l’offerta dell’operatore economico “è corredata da una garanzia provvisoria pari al 2 per cento del valore complessivo della procedura indicato nel bando o nell’invito”, al contempo ribadisce la deroga a questa regola generale nella misura in cui prevede l’aumento o la diminuzione della consistenza della garanzia provvisoria da allegare alla domanda di gara, da un minimo dell’1 per cento ad un massimo del 4 per cento, in base alla natura e al grado di

rischio del lavoro da compiere. La percentuale di aliquota da allegare alla domanda di gara è individuata in maniera discrezionale dall’Ente appaltante e si tratta di una discrezionalità rispetto alla quale la norma non esplicita criteri cui la pubblica amministrazione si debba attenere, ferma in ogni caso la considerazione delle caratteristiche della specifica commessa, in relazione alla qualità e alla difficoltà che l’esecuzione comporti, nonché un tendenziale rilievo per il *favor* alla partecipazione delle piccole e medie imprese nell’ambito di una traccia che il nuovo diritto dell’evidenza pubblica sviluppa con crescente attenzione<sup>31</sup>. Si tratta di una tendenza che trova traccia consapevole nelle direttive Europee del 2014 (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25 UE), le quali stabilivano espressamente che: “*le direttive 17 e 18 del 2004 dovrebbero essere riviste e aggiornate in modo da accrescere l’efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici*”, e che trova riscontro nel nuovo Codice. A sollecitare l’attenzione del diritto europeo il dato per cui le PMI, pur rappresentando la quota assolutamente più consistente delle imprese che operano in ambito UE, non riuscissero a partecipare con profitto alle gare, posti gli ostacoli di una normativa e di una prassi amministrativa use nella predisposizione di adempimenti e requisiti di partecipazione fuori dalla loro portata. In questo quadro, proprio la facoltà discrezionale di riduzione della consistenza della garanzia può rappresentare una leva di incentivo per le PMI nella prospettiva della partecipazione alle gare pubbliche.

La prassi della riduzione dell’importo della garanzia sembra giustificarsi, peraltro, anche alla luce dell’impianto generale del nuovo codice nel cui ambito la disciplina dell’evidenza pubblica poggia adesso sull’enunciazione di dodici principi generali.

<sup>31</sup> Saitta F., in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008, pp. 672 e ss: la possibilità di variare l’aliquota della garanzia provvisoria era prevista già nei codici precedenti, difatti nel Codice dei Contratti pubblici del 2006 era previsto che “*il comma 7 prevede che le imprese certificate ISO 9000 hanno diritto di ottenere il dimezzamento delle garanzie (e del loro eventuale rinnovo); dal che discende che le imprese in possesso del suddetto requisito possono presentare una garanzia pari all’uno per cento del valore indicato nel bando o nell’invito. Per la riduzione della garanzia,*

*il concorrente interessato deve segnalare in sede di offerta il possesso del suddetto requisito e documentarlo nei modi prescritti dalle norme vigenti. Conseguentemente, l’impresa beneficiaria avrebbe il diritto di avvalersi della riduzione, senza particolari oneri probatori in gara se non quelli di segnalazione. Pertanto, salvo che ciò non sia chiaramente richiesto dagli atti di gara, gli operatori economici non sarebbero in obbligo di produrre la copia del relativo certificato, a pena di esclusione, e sarebbe al più l’ente appaltante, qualora lo ritenesse opportuno, a poter richiedere un’integrazione documentale*”.



Tra questi, s'inquadra l'innovativo "principio di fiducia", previsto in apertura del nuovo *corpus*, all'art. 2, quasi a rappresentare un segnale, da parte del Legislatore, nel senso di intenderlo come una linea guida che debba permeare il procedimento ad evidenza pubblica in tutta la sua durata.

L'art. 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici, al comma 1, prevede espressamente che: "l'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici", nell'ambito di una previsione evidenza come il concetto di fiducia debba essere riferito tanto alle pubbliche amministrazioni come apparati quanto ai singoli funzionari e agli operatori economici coinvolti nelle vicende di gara. La norma rappresenta dunque un evidente salto di qualità nella costruzione della relazione di gara e che trova ulteriore specificazione nel secondo comma del medesimo articolo, laddove si chiarisce che "il principio di fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato". La traccia è dunque sicuramente nel senso di riconoscere ai funzionari pubblici una maggiore autonomia decisionale e l'esercizio di una discrezionalità che non sia paralizzata dalla cd. "burocrazia difensiva", conseguente al timore dei funzionari per le possibili conseguenze del loro agire amministrativo, eppure la "fiducia" non può essere intesa come un atteggiamento unilaterale ed incondizionato. Se è vero che una delle finalità di questo nuovo codice è lo snellimento e la velocizzazione delle gare d'appalto, di certo i principi fondanti lo stesso devono essere riferibili a tutti i soggetti che ne fanno parte, a partire dagli operatori economici che devono poter sfruttare le opportunità che il meccanismo della fiducia può loro riconoscere. Opportunità che posso declinarsi lungo molteplici ambiti di incidenza e che, in relazione al nostro tema di indagine, ben possono favorire la prassi amministrativa della riduzione dell'importo dovuto dalle imprese a titolo di prestazione di una garanzia che abbiamo visto essere

costruita dall'ordinamento a presidio della serietà ed affidabilità di un'offerta che, oggi, può e deve essere evidentemente osservata dall'amministrazione con maggiore fiducia.