

Le garanzie nel codice degli appalti 2023

ESTRATTO DA MEDIACONSULT

Garanzia provvisoria e definitiva (artt. 53; 106 e 117) e loro riduzioni.
Due distinte discipline per procedure sotto e sopra la soglia di rilevanza comunitaria.
Entrambe le garanzie possono essere rilasciate mediante cauzione o fideiussione.

Le forme delle garanzie

La cauzione (art. 106 comma 2) è la messa a disposizione per la Stazione Appaltante, a titolo di pegno, di danaro contante “mediante bonifico o altri strumenti e canali di pagamento elettronici previsti dall’Ordinamento Vigente”.

Relativamente alla fideiussione, cioè l’impegno rilasciato da un’impresa bancaria o assicurativa come garante, dal 1° gennaio 2024, la garanzia deve:

- a) essere sempre emessa e firmata digitalmente
- b) essere verificabile telematicamente presso l’emittente
- c) essere gestita mediante ricorso a specifiche piattaforme digitali conformi alle caratteristiche stabilite dall’AGID.

L’utilizzo della fideiussione digitale gestita mediante ricorso a piattaforme digitali è incentivato dall’art. 106 comma 8 che consente, in tal caso, una riduzione del 10% dell’importo della garanzia stessa.

Si evidenzia, in proposito, che i requisiti tecnici delle piattaforme di gestione delle garanzie fideiussorie utilizzate dalle stazioni appaltanti, sono già stati individuati con provvedimento AGID n. 137/2023 del 1° giugno 2023.

Garanzia provvisoria e Garanzia definitiva (soprasoglia)

In ogni caso, per calcolare la garanzia provvisoria (nei sopra soglia di regola del 2%), **si deve fare riferimento al valore complessivo della procedura indicato nel bando o nell’invito.**

Si ricorda che ai sensi dell’art. 14 il calcolo dell’importo stimato di un appalto è basato sull’importo totale pagabile, al netto dell’IVA. **Si deve quindi tener conto dell’importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto, compreso il quinto d’obbligo, nonché dei premi o pagamenti previsti per i candidati o gli offerenti.**

È stato **eliminato** l’obbligo di corredare l’offerta con l’impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva.

La novità della ritenuta a valere sugli stati di avanzamento nel nuovo codice, in sostituzione della garanzia definitiva

Una novità rilevante è prevista per la garanzia definitiva, sempre nei sopra soglia (garanzia di regola pari al 10% dell’importo del contratto): negli appalti di lavori, essa, su richiesta dell’appaltatore, può essere sostituita con l’applicazione di una ritenuta a valere sugli stati di avanzamento pari al 10% degli stessi. Ferma restando la possibilità della stazione appaltante di opporsi alla sostituzione della garanzia per “ragioni di rischio dovute a particolari caratteristiche dell’appalto o a specifiche situazioni soggettive dell’esecutore dei lavori”, che devono quindi essere motivate compiutamente. La scelta del legislatore di accordare all’appaltatore questa forma di garanzia alternativa desta qualche perplessità. Essa, infatti, espone la Stazione Appaltante ad un maggior rischio nella fase iniziale di avvio del contratto, quando cioè non ancora operano ritenute in assenza di un SAL. In ogni caso tali ritenute, essendo calcolate sullo stato di avanzamento e non sul totale del contratto come la garanzia definitiva, fornirebbero una tutela inferiore per il committente. Da osservare inoltre l’illogicità intrinseca al meccanismo di calcolo che porterebbe a massimizzare la garanzia, in termini di ritenute operate dalla stazione appaltante, solo a lavori ultimati, quando ormai l’interesse pubblico da salvaguardare, alla conclusione del contratto nei termini, è ormai sostanzialmente soddisfatto.

Le riduzioni delle garanzie (soprasoglia)

Il codice ha introdotto delle novità per poter conseguire la riduzione delle garanzie.

La garanzia provvisoria, ma anche la garanzia definitiva, possono essere ridotte:

- A) del 30% per gli O.E. cui sia stata rilasciata la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000;
- B) del 50% per micro, piccole e medie imprese (riduzione non cumulabile con quella di cui al punto precedente);
- C) del 10% per fideiussione gestita mediante ricorso a piattaforme digitali;
- D) del 20% quando l’operatore economico possieda uno o più certificazioni o marchi individuati, tra quelli previsti nell’allegato II.13, nei documenti iniziali che fissano anche l’importo della riduzione. E’ dunque la Stazione Appaltante, nell’esercizio del suo potere discrezionale, a dover individuare tra i marchi e le

certificazioni che danno diritto alla riduzione (identificati in apposito allegato II.13) quelli più pertinenti all'affidamento concreto di cui trattasi.

Le garanzie nel sottosoglia

Le garanzie nelle procedure sotto soglia sono disciplinate dall'art. 53, il quale prevede che:

- A) "la garanzia provvisoria non è di regola richiesta, a meno che sussistano esigenze particolari da indicarsi nella determina a contrarre; in tal caso l'ammontare della garanzia non può superare l'1% dell'importo dell'appalto";
- B) la garanzia definitiva normalmente viene richiesta ed è **pari al 5% dell'importo contrattuale**, ma la stazione appaltante può decidere di non richiederla "in casi debitamente motivati".

Con riguardo alle forme delle garanzie sottosoglia, mentre l'art. 53 richiama espressamente, per la garanzia provvisoria, l'art. 106; per la garanzia definitiva nessun rinvio viene fatto alla disciplina per gli affidamenti ordinari sopra soglia. Si è quindi posto il dubbio se alla garanzia definitiva negli appalti sottosoglia si possano applicare le riduzioni di cui all'art. 106. NO! Resta il 5% dell'importo contrattuale fisso.

Riassumendo:

Negli appalti sopra soglia la garanzia definitiva è di regola del 10% dell'importo del contratto (fatti salvi gli aumenti di punti percentuale previsti dal comma 2 dell'art. 117 per ribassi superiori al 10%, 20%...), mentre la garanzia provvisoria è di regola del 2% del valore complessivo della procedura (ivi compresi qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto, compreso il quinto d'obbligo, nonché dei premi o pagamenti previsti per i candidati o gli offerenti) e sono ammesse le già indicate riduzioni.

Nei sottosoglia la garanzia definitiva è di regola del 5% dell'importo contrattuale e non sono ammesse le riduzioni (essa va normalmente richiesta tranne in casi debitamente motivati) mentre la garanzia provvisoria normalmente non è richiesta, salvo casi in cui sussistano particolari esigenze da indicarsi nella determina a contrarre ed è dell'1% dell'importo dell'appalto.