

ARTICOLI 106, 117 E 53

# Le garanzie provvisorie e definitive

Giulia Fabrizi  
Rita Pescatore

*Incentivato il ricorso alle polizze fideiussorie da emettere esclusivamente in formato digitale. L'escussione della garanzia provvisoria potrà avvenire anche tra la proposta di aggiudicazione e l'aggiudicazione*

## Garanzie per la partecipazione alle procedure

L'art. 106 disciplina le garanzie per la partecipazione o c.d. garanzie provvisorie. Ai sensi dell'art. 101, la mancata presentazione della garanzia è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte (si rinvia al commento dedicato).

La disposizione prevede al comma 1 che l'importo è fissato al 2 per cento del valore complessivo della procedura indicato nel bando o nell'invito. Tale importo può essere ridotto sino all'1 per cento e incrementato sino al 4 per cento, eccetto che per le procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza per le quali resta il limite massimo non modulabile del 2 per cento del valore complessivo.

La base di calcolo dell'ammontare della garanzia provvisoria nella nuova disposizione è rappresentata dal "valore complessivo della procedura indicato nel bando o nell'invito" piuttosto che dal "prezzo base" come invece previsto all'art. 93, comma 1, Dlgs 50/2016. Secondo la Relazione allo Schema del Codice 2023, la modifica è volta a comprendere anche eventuali rinnovi contrattuali e opzioni di

proroga, invece che il solo importo a base d'asta, ossia il "prezzo base" rendendo inutilmente ed illogicamente più gravose le condizioni di partecipazione.

In relazione all'offerta presentata da un RTI, la garanzia deve coprire "le obbligazioni di ciascuna impresa del raggruppamento".

Il comma 3 introduce delle novità in relazione alle forme con cui deve essere prestata la garanzia fideiussoria. Vi si prescrive come condizione di ammissibilità che la polizza fideiussoria sia:

- > **emessa e firmata digitalmente;**
- > **verificabile telematicamente presso l'emittente ovvero gestita mediante ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti** (ex art. 8 *ter*, comma 1, Dl 135/2018, conv. con legge 11 febbraio 2019, n. 12, conformi alle caratteristiche stabilite dall'AgID).

Si segnala la possibilità di complicazioni di ordine pratico dato che la messa a regime della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici è prevista solo per il 1° gennaio 2024 mentre già a partire dal 1° luglio 2023 saranno efficaci le previsioni in materia di garanzie.

Il comma 6 prevede che la garanzia provvisoria copre:

- a) la mancata aggiudicazione a **seguito della proposta di aggiudicazione;**
- b) **la mancata sottoscrizione del contratto** quando imputabili a ogni fatto riconducibile all'affidatario o conseguenti all'adozione di informazione interdittiva antimafia.

La nuova disposizione dunque amplia l'ambito di operatività della garanzia provvisoria rispetto a quanto previsto dall'art. 93 secondo cui invece "la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto **dopo l'aggiudicazione** dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario [...]" come anche confermato dall'Adunanza Plenaria con sentenza n. 7 del 2022. La previsione riproduce parzialmente l'art. 48 del Dlgs 163/2006 che ricordiamo prevedeva l'escussione della garanzia anche nei confronti dei concorrenti non aggiudicatari in relazione ai quali fosse riscontrata la non sussistenza dei requisiti dichiarati in fase di gara.

In altre parole, ai sensi dell'art. 106, comma 6 del Codice 2023, l'escussione della garanzia provvisoria sarà ora possibile in relazione a circostanze verificatesi anche nel periodo