



OICE  
c.a. Presidente  
Via G.B. Martini, 13  
00198 – Roma  
Pec.: oice.associazione@pec.it

p.c. Ufficio Speciale Ricostruzione Lazio  
Via Flavio Sabino, 27  
02100 – Rieti  
Pec.: pec.ricostruzionelazio@pec.regione.lazio.it

### Oggetto

OICE – Chiarimenti in merito al calcolo della garanzia definitiva – procedura negoziata per l'affidamento, tramite accordo quadro quadriennale con due operatori per lotto dei servizi tecnici di architettura e ingegneria finalizzati alla redazione del PFTE, Progetto esecutivo, relazione geologica, CSP e CSE, direzione lavori, pianificazione programmatica urbanistica ed altre prestazioni tecniche complementari relativi agli interventi di ripristino degli immobili del centro storico di Accumoli (RI) e di quelli ricompresi nei territori del cratere sisma 2016. CUP AQ: C62C24000110005- richiesta di parere.

UPREC-CONS-009-2026-FC

### **FUNZ CONS 11/2026**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 29 dicembre 2025 acquisita al prot. Aut. n. 157548, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 15 aprile 2026, ha approvato le seguenti considerazioni.

Si rappresenta preliminarmente 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 relativo Regolamento. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra citata, riferita alla procedura indicata in oggetto, l'Associazione richiedente sottopone all'attenzione dell'Autorità un quesito relativo alle modalità di calcolo della garanzia definitiva richiesta ai fini della stipula dei singoli contratti attuativi che, nel caso di specie, viene indicata nella misura del 180,00% dell'importo contrattuale, in applicazione degli aumenti previsti dall'art. 117, comma 2, del d.lgs. 36/2023, in considerazione del ribasso offerto, pari al 100% della quota ribassabile. Secondo la richiedente quindi, ai fini sopra indicati, si è preso in considerazione il solo ribasso offerto sulla quota ribassabile, senza tenere conto dell'importo contrattuale costituito ai sensi dell'art. 41, comma 15-bis, del Codice, da due quote: una ribassabile (pari al 35%) e una non soggetta a ribasso (pari al 65%). Tale modalità di calcolo, a parere dell'Associazione, non sarebbe conforme alle disposizioni dell'art. 117 citato che individua, come base per la determinazione della garanzia definitiva, l'importo contrattuale complessivo e non esclusivamente l'importo assoggettabile a ribasso.

La disciplina introdotta dall'art. 41, comma 15-bis, del d.lgs. 36/2023, infatti, non inciderebbe sulle modalità di calcolo della garanzia definitiva, non modificando la nozione di "importo a base di gara" ma piuttosto scomponendo quest'ultimo in due quote, al solo fine di porre un limite al ribasso che i concorrenti possono offrire in gara, garantendo il principio dell'equo compenso. Pertanto, l'applicazione degli aumenti previsti dal citato art. 117, comma 2, tenendo conto del solo ribasso offerto sulla quota del 35%, senza riparametrare tale ribasso in relazione all'importo a base di gara, conduce a richieste di maggiorazioni della garanzia definitiva che appaiono sproporzionate e non coerenti con la ratio della disciplina.

Ciò appare confermato dalle disposizioni dello stesso art. 117, comma 2, che nel disciplinare le maggiorazioni applicabili in proporzione del ribasso offerto, non fa distinzione tra le due quote in cui si suddivide l'importo a base di gara. Sotto altro profilo, calcolare le maggiorazioni della garanzia definitiva sulla base di un ribasso pari al 100% della quota ribassabile, significherebbe di fatto ammettere ribassi del 100% sull'importo a base di gara, in contrasto con il divieto di gratuità delle prestazioni sancito dall'art. 8 del Codice.

A parere della richiedente, quindi, per determinare correttamente la garanzia definitiva è necessario confrontare l'importo a base di gara con l'importo contrattuale risultante dal ribasso offerto e, successivamente, a seconda del valore di tale ribasso complessivo, applicare le maggiorazioni previste dall'art. 117, comma 2, se esso risulti superiore al 10% o al 20%.

Per quanto sopra, l'OICE chiede all'Autorità di esprimere avviso in ordine alla corretta applicazione dell'art. 117, comma 2, del d.lgs. 36/2023, al fine di dirimere il dubbio interpretativo sopra illustrato e fornire indicazioni di carattere generale agli operatori del settore.

Il riscontro sul quesito posto richiede il preliminare esame della disciplina dettata dall'art. 117, del Codice (limitatamente alle previsioni utili al caso di specie) ai sensi del quale «1. Per la sottoscrizione del contratto l'appaltatore costituisce una garanzia, denominata "garanzia definitiva", a sua scelta sotto forma di cauzione o fideiussione con le modalità previste dall'articolo 106, pari al 10 per cento dell'importo contrattuale; tale obbligo è indicato negli atti e documenti di gara. Nel caso di procedure realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, l'importo della garanzia è indicato nella misura massima del 10 per cento dell'importo contrattuale. Nel caso di procedure aventi ad oggetto accordi quadro di cui all'articolo 59, l'importo della garanzia per tutti gli operatori economici aggiudicatari è indicato nella misura massima del 2 per cento dell'importo dell'accordo quadro; l'importo della garanzia per i contratti attuativi può essere fissato nella documentazione di gara dell'accordo quadro in misura anche inferiore al 10 per cento del valore dei contratti stessi con l'indicazione delle modalità di calcolo della maggiorazione prevista dal comma 2». Il comma 2 aggiunge che «Per salvaguardare l'interesse pubblico alla conclusione del contratto nei termini e nei modi programmati in caso di aggiudicazione con ribassi superiori al 10 per cento, la garanzia è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10 per cento. Se il ribasso è superiore al 20 per cento, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20 per cento. Nel caso di accordi quadro con più operatori che prevedono una riapertura del rilancio, la maggiorazione di cui al presente periodo è stabilita dalla stazione appaltante nella documentazione di gara dell'accordo quadro». Il comma 3 stabilisce inoltre che «La garanzia è prestata per l'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e per il risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché per il 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 e secondo le modalità previste dal comma 8».

Dunque, secondo una interpretazione letterale dello stesso art. 117, la garanzia definitiva, presentata con le modalità stabilite all'articolo 106 è, di norma, pari al 10 per cento dell'importo contrattuale (fatte salve le specifiche disposizioni dettate per l'accordo quadro e per i contratti attuativi dello stesso come sopra indicate), con le maggiorazioni previste dal richiamato comma 2 della stessa disposizione, in base al ribasso offerto.

Come osservato dall'Autorità, l'art. 117 del Codice (che, in relazione ai profili in esame, conferma le previgenti disposizioni dettate dagli artt. 103 del d.lgs. 50/2016 e 113 del d.lgs. n. 163/2006) collega la determinazione dell'ammontare della garanzia all'esito della procedura di gara, con la conseguenza che, al fine di definire l'esatto importo della garanzia stessa, occorre tener conto del ribasso offerto dall'operatore economico aggiudicatario. La cauzione definitiva, quindi, nell'importo può essere definita solo dopo l'aggiudicazione (parere Anac AG36/2011) e, in via generale, il suo ammontare deve essere calcolato sull'importo contrattuale, dunque sul valore dell'appalto al netto del ribasso offerto.

Nel caso descritto nell'istanza di parere, riferito all'affidamento, mediante accordo quadro, di servizi di ingegneria e architettura, la cauzione definitiva ex art. 117 del Codice, è stata determinata – secondo la richiedente – considerando il solo ribasso offerto sulla quota ribassabile, senza tenere conto dell'importo contrattuale complessivo costituito, ai sensi dell'art. 41, comma 15-bis, del Codice, da due quote: una ribassabile (pari al 35%) e una non soggetta a ribasso (pari al 65%).

Tale ultima disposizione, infatti, con riguardo agli affidamenti degli incarichi tecnici sopra indicati, dispone che «In attuazione degli articoli 1, comma 2, primo periodo, e 8, comma 2, secondo periodo, i corrispettivi determinati secondo le modalità dell'allegato I.13 sono utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara per gli affidamenti di cui all'articolo 108, comma 2, lettera b), comprensivo dei compensi, nonché delle spese e degli oneri accessori, fissi e variabili. Le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei predetti contratti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo nel rispetto dei seguenti criteri: a) per il 65 per cento dell'importo determinato ai sensi del primo periodo, l'elemento relativo al prezzo assume la forma di un prezzo fisso, secondo quanto previsto dall'articolo 108, comma 5; b) il restante 35 per cento dell'importo da porre a base di gara può essere assoggettato a ribasso in sede di presentazione delle offerte. La stazione appaltante definisce il punteggio relativo all'offerta economica secondo i metodi di calcolo di cui all'articolo 2-bis dell'allegato I.13 e stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico, entro il limite del 30 per cento».

Sull'introduzione di tale disposizione nel Codice per effetto del d.lgs. 209/2024 e sulle finalità perseguite dalla norma, questa Autorità ha adottato diverse pronunce, nelle quale è stato osservato (tra l'altro) che «l'art. 8, comma 2, del Codice (come modificato dal D.lgs. n. 209/2024) prevede che "Le prestazioni d'opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione. Salvo i predetti casi eccezionali, la pubblica amministrazione garantisce comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso secondo le modalità previste dall'articolo 41, commi 15-bis, 15-ter e 15- quater". Tale disposizione – attuativa del criterio direttivo della lett. l), del comma 2, art. 1, della L. n. 78/2022 – introduce un limite all'autonomia decisionale delle SA, facendo divieto di concludere contratti di prestazioni d'opera intellettuale, di cui agli artt. 2229 ss. c.c., a titolo gratuito, se non in casi eccezionali e previa adeguata motivazione, al di fuori dei quali deve essere garantita la corresponsione di un equo compenso, secondo le modalità stabilite dal legislatore con il D.lgs. n. 209/2024 (cfr. relazione illustrativa del Consiglio di Stato allo schema di Codice, nonché, sulle modifiche post Decreto

Correttivo, Delibere Anac nn. 167 del 30 aprile 2025; 222 del 28 maggio 2025; Parere funzione consultiva n. 16 del 16 aprile 2025)» (delibera n. 18/2026- UPREC- PREC 397-2025-S).

Ciò che occorre sottolineare ai fini del parere, è che la disposizione dell'art. 41, comma 15-bis del Codice, non sembra incidere sulle modalità di calcolo della garanzia definitiva, posto che, come sopra indicato, l'art. 117 è riferito all'importo contrattuale, senza distinguere, per gli affidamenti in esame, tra i due valori indicati nello stesso art. 41 (importo soggetto a ribasso e importo fisso non soggetto a ribasso), con la conseguenza che anche per i servizi tecnici la garanzia definitiva deve essere calcolata sulla base dell'importo contrattuale complessivo.

E' in tal senso, peraltro, l'avviso espresso sull'argomento dal MIT in un recente parere, a tenore del quale «(...) richiamando le osservazioni del Consiglio di Stato svolte nel parere 2 dicembre 2024, n. 1463 (par. 9.9) in relazione alle previsioni di cui all'art. 41, comma 15-bis, in particolare il riferimento letterale all'importo da porre a base di gara, se ne ricava che nei SIA in oggetto l'importo a base di gara è costituito da due sotto importi, di cui soltanto uno è individuato come ribassabile in sede di presentazione delle offerte nella misura del 35 per cento del totale. Nella fattispecie prospettata, pertanto, la garanzia definitiva ammonta al 10 per cento dell'importo contrattuale risultante dall'aggiudicazione del contratto, incrementato di tanti punti percentuali secondo le previsioni dell'art. 117, comma 2, citato, calcolati sull'importo contrattuale, tenendo come riferimento l'intero importo a base di gara e proporzionando l'incidenza del ribasso percentuale offerto dall'operatore economico all'intero valore posto a base di gara e non soltanto sul valore percentuale indicato quale ribassabile in termini assoluti. La lettura svolta appare coerente, in primo luogo, con i criteri direttivi di cui all'art. 1, comma 2, lett. e), m), cc), della legge n. 78/2022 (sulla cui attuazione v. Relazione illustrativa p. 168 e ss). In secondo luogo, fa applicazione del principio dell'accesso al mercato (ossia all'esigenza di garantire la conservazione e l'implementazione di un mercato concorrenziale, idoneo ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di partecipazione). Il principio in discorso dialoga con il principio di proporzionalità secondo cui, in generale, va imposto il minor sacrificio possibile di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti e, in particolare, "obbliga le stazioni appaltanti e gli enti concedenti a predisporre la documentazione di gara in modo tale da permettere la maggiore partecipazione possibile tra gli operatori economici" (v. Relazione illustrativa, p. 16) (...)» (parere MIT n. 3850/2026).

Per quanto sopra, alla luce delle previsioni dell'art. 117 del Codice, riferite, ai fini in esame, all'importo contrattuale complessivamente inteso (nei termini indicati) e considerato che sulla questione sollevata dall'OICE è recentemente intervenuto il MIT, con avviso che si ritiene di condividere, si rimette all'Associazione istante, ogni valutazione in ordine all'indirizzo generale sopra illustrato.

*Avv. Giuseppe Busia*