

Quesito del Servizio Supporto Giuridico

Codice
identificativo: 1632
Data ricezione: 16/11/2022

Argomento: **Garanzie**

Oggetto: **Escussione cauzione provvisoria ex art 93 comma 6 Dlgs 50/2016 a seguito di rifiuto di stipula del contratto d'appalto**

Quesito: L'art. 93 comma 6 del D.lgs. 50/2016 prevede 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 emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto". La ditta aggiudicataria di un appalto di fornitura di una gara protrattasi a causa di un lungo contenzioso giudiziario, all'esito del contenzioso definito nel 2022, ha comunicato alla stazione appaltante il venir meno dell'interesse alla stipula del contratto essendo decorsi 4 anni dalla presentazione dell'offerta risalente all'anno 2018 ed adducendo una serie di eventi imprevedibili sopravvenuti rispetto all'aggiudicazione quali la pandemia da covid 19, la guerra russo-ucraina e l'aumento dei costi delle materie prime. L'offerta e la cauzione provvisoria di gara erano già scadute al momento dell'aggiudicazione e la validità non è stata prorogata a causa della pendenza del contenzioso. La stazione appaltante ha dato corso alla revoca dell'aggiudicazione e allo scorrimento della graduatoria nei confronti della seconda classificata, riservando di procedere all'escussione della cauzione provvisoria e alla segnalazione ad Anac. Si chiede pertanto il Vs autorevole parere se vi sia un automatismo tra il rifiuto di sottoscrivere il contratto da parte dell'aggiudicataria e l'escussione della cauzione con segnalazione ad Anac, oppure se non debba ritenersi sussistente alcun automatismo potendosi procedere all'escussione della cauzione e alla segnalazione solo quando il rifiuto della stipula sia ingiustificabile e imputabile all'offerente. Si rappresenta che un recente arresto giurisprudenziale (TAR Bolzano, n. 271/2022), ha statuito che "Se dunque un evento imprevedibile ed eccezionale causa un aumento straordinario dei prezzi durante la gara, l'operatore economico può legittimamente ritirarsi", e ancora che "le mutate condizioni del mercato che rendano non remunerativa l'offerta possono legittimare un ritiro dell'operatore dalla gara (TAR Milano n.1343/2022).

Risposta: Con riferimento al quesito posto, si rappresenta che ai sensi dell'art. 93, comma 4, del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii. l'escussione della garanzia provvisoria che copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159, opera automaticamente a semplice richiesta della stazione appaltante nei limiti temporali della garanzia richiesta, e con conseguente segnalazione ad ANAC. Tuttavia, l'automatismo non opera nei casi in cui il fatto non sia concretamente riconducibile all'affidatario, ma richiede una valutazione svolta nel merito dalla SA. Tanto premesso, si rileva che, secondo quanto prospettato nel quesito, la garanzia provvisoria risulta scaduta. Infatti, alla stregua dell'art. 93, comma 5, del Codice, la garanzia provvisoria ha un termine di validità pari ad almeno a 180 giorni, salva diversa volontà della Stazione Appaltante indicata nella documentazione di gara. Orbene, nel caso di specie, il termine di validità della garanzia provvisoria risulta decorso, con conseguente venir meno del diritto della Stazione Appaltante alla richiesta di escussione della medesima: invero, come sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa in materia, quando la SA non si avvalga del diritto di escutere la garanzia, ovvero se ne avvalga dopo la scadenza del termine di durata, perde la

posizione di vantaggio assicurata dallo strumento normativo e tornano ad operare, nei rapporti con l'impresa aggiudicataria, le norme generali in tema di responsabilità e risarcimento del danno.