

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 7 del 26 aprile 2022, si è pronunciata in materia di procedure ad evidenza pubblica, affrontando la questione relativa all'ambito di operatività della "garanzia provvisoria" che correda l'offerta dei partecipanti alla procedura di gara, al fine di stabilire se essa copra soltanto i "fatti" che si verificano nel periodo compreso tra l'aggiudicazione e il contratto ovvero se si estenda anche a quelli che si verificano nel periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione.

L'art. 93, comma 6, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50, sul piano dell'interpretazione letterale, è chiaro nello stabilire che *«la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario»*. Il riferimento sia all'aggiudicazione, quale provvedimento finale della procedura amministrativa, sia al «fatto riconducibile all'affidatario» e non anche al concorrente destinatario della "proposta di aggiudicazione" rende palese il significato delle parole utilizzate dal legislatore nel senso di delimitare l'operatività della garanzia al momento successivo all'aggiudicazione. Il comma 9 dello stesso art. 93 prevede, inoltre, che *«la stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente, nei loro confronti, allo svincolo della garanzia»* prestata a corredo dell'offerta. Sul piano dell'interpretazione teleologica, il legislatore ha inteso ridurre l'ambito di operatività del sistema delle garanzie nella fase procedimentale, come risulta dall'analisi della successione delle leggi nel tempo. In particolare, il Codice del 2016 non ha confermato il sistema previgente disciplinato dall'art. 48 del Codice del 2006 (D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163), che prevedeva la possibilità, ricorrendo i presupposti indicati, di escutere la garanzia, con funzione sanzionatoria, anche nei confronti dei partecipanti alla procedura. Ne consegue che l'estensione del perimetro della "garanzia provvisoria" si porrebbe in contrasto con la ratio legis. Sul piano dell'interpretazione sistematica, in primo luogo, dall'analisi del contesto in cui la norma è inserita e, in particolare, dalla lettura coordinata di alcune disposizioni del Codice risulta chiara la distinzione tra la fase procedimentale relativa alla "proposta di aggiudicazione" e la fase provvedimentale relativa all'"aggiudicazione". Con riguardo alla "proposta di aggiudicazione" formulata dalla commissione di gara, il Codice – che ha inteso attribuirle natura autonoma – disciplina il rapporto tra essa e l'aggiudicazione. Il destinatario della proposta è ancora un concorrente, ancorché individualizzato. Nella prospettiva della tutela, la "proposta di aggiudicazione", essendo atto endoprocedimentale, non è suscettibile di autonoma impugnazione. Con riguardo all'aggiudicazione, il Codice disciplina il rapporto tra essa e il contratto. L'art. 32, comma 6, stabilisce che *«l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta»*, in quanto occorre la stipula del contratto e l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile per sessanta giorni. Nella prospettiva della tutela, l'aggiudicazione è il provvedimento finale di conclusione del procedimento di scelta del contraente che, in quanto tale, ha rilevanza esterna e può essere oggetto sia di impugnazione in sede giurisdizionale sia di autotutela amministrativa. In secondo luogo, la valutazione sistematica anche delle regole civilistiche impone di evitare che il terzo – che ha stipulato un contratto autonomo di garanzia collegato al rapporto principale tra amministrazione e partecipante alla procedura di gara – debba eseguire prestazioni per violazioni non chiaramente definite dalle regole di diritto pubblico. Sul piano dell'interpretazione analogica, la diversità della disciplina e delle situazioni regolate relativa alle due fasi, risultante dall'applicazione degli esposti criteri interpretativi, impedisce di estendere alla fase procedimentale le "garanzie provvisorie" della fase provvedimentale per i motivi di seguito indicati. Nel caso di mancata stipulazione del contratto a seguito di una "aggiudicazione", le ragioni possono dipendere sia dalla successiva verifica della mancanza dei requisiti di partecipazione sia, soprattutto, dalla condotta dell'aggiudicatario che, per una sua scelta, decide di non stipulare il contratto. In queste ipotesi la stazione appaltante deve annullare d'ufficio il provvedimento di aggiudicazione e rinnovare il procedimento con regressione alla fase della "proposta di aggiudicazione". In tale contesto i possibili pregiudizi economici determinati dalla condotta dell'aggiudicatario sono coperti dalla "garanzia provvisoria" che consente all'amministrazione di azionare il rimedio di adempimento della prestazione dovuta con la finalità di compensare in via forfettaria i danni subiti dall'amministrazione per violazione delle regole procedurali nonché dell'obbligo di concludere il contratto. Nel caso di "mancata aggiudicazione" a seguito di una "proposta di aggiudicazione", i motivi di tale determinazione possono dipendere, oltre che da ragioni relative all'offerta, dalla verifica negativa preventiva del possesso dei requisiti di partecipazione del concorrente individuato. In queste ipotesi, contrariamente a quanto affermato nell'ordinanza di rimessione,

L'amministrazione non è costretta a procedere all'aggiudicazione e poi ad esercitare il potere di annullamento in autotutela, potendosi limitare a non adottare l'atto di aggiudicazione e ad individuare il secondo classificato nei cui confronti indirizzare la nuova "proposta di aggiudicazione". In tale contesto i pregiudizi economici, se esistenti, hanno portata differente rispetto a quelli che si possono verificare nella fase provvedimentale, con possibilità per l'amministrazione, ricorrendone i presupposti, di fare valere l'eventuale responsabilità precontrattuale del concorrente ai sensi degli artt. 1337-1338 c.c..

Alla luce di quanto sin qui esposto, l'Adunanza Plenaria chiarisce che l'art. 93, comma 6, D.L.vo n. 50/2016 – nel prevedere che la "garanzia provvisoria" a corredo dell'offerta «*copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario*» – delinea un sistema di garanzie che si riferisce al solo periodo compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto e non anche al periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione.

Riferimenti Normativi:

- art. 48, D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163
- art. 32, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici)
- art. 93, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici)