

20 MAGGIO 2025

---

### Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 4036 del 9 maggio 2025

*La “garanzia provvisoria” è parte integrante ed elemento essenziale dell’offerta, la cui carenza giustifica l’esclusione automatica in ossequio al principio di tassatività delle cause di esclusione.*

Con la sentenza in commento, **il Consiglio di Stato rende chiaro come la garanzia provvisoria (art. 106 d.lgs. 36/2023) costituisce elemento non meramente accessorio ma essenziale e indefettibile dell’offerta, diretto a responsabilizzare i singoli operatori economici nei confronti della pubblica amministrazione. In questa direzione, la presentazione di un’offerta senza la necessaria connessa garanzia provvisoria equivale a formulare un’offerta monca e quindi inidonea.**

La vicenda trae origine da una procedura di gara in cui la Stazione Appaltante aveva attivato una procedura aperta, con il sistema dell’inversione procedimentale, per la stipula di un accordo quadro finalizzato alla manutenzione stradale.

L’odierna appellante veniva esclusa dalla gara, pur dopo essere risultata idonea e seconda classificata in seguito all’apertura delle offerte, e ciò in quanto non aveva prodotto la garanzia provvisoria (la S.A. non aveva ritenuto sufficiente la presentazione della sola garanzia definitiva).

Nello specifico, a seguito di soccorso istruttorio - con cui la S.A. si è prontamente attivata nel chiedere all’offerente la su detta garanzia provvisoria - l’appellante dava riscontro allegando la sola garanzia definitiva, ritenendo superflua quella provvisoria.

L’impresa presentava ricorso al primo giudice e poi in grado d’appello.

Secondo il giudice di prime cure, **la presentazione della garanzia definitiva, in luogo di quella provvisoria, non potrebbe sortire effetti sostitutivi, data la ontologica differenza ed infungibilità tra i due meccanismi: la garanzia definitiva assicura l’esecuzione della commessa; quella provvisoria la eventuale mancata stipula del contratto.**

La sentenza di primo grado formava oggetto di appello in cui la ricorrente – insistendo sul superamento della mancata costituzione della garanzia provvisoria mediante produzione di quella definitiva - lamentava la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, contestando al giudice di prime cure una sorta di “appiattimento” su un orientamento risalente alle disposizioni del vecchio codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016).

Il giudice, a sostegno della non condivisione del gravame, pone una granitica giurisprudenza, formatasi sotto il previgente codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016), secondo cui la garanzia provvisoria – destinata a coprire la “mancata sottoscrizione del contratto dopo l’aggiudicazione” per fatto non imputabile alla stazione appaltante – non costituisce un elemento formale ma, in quanto posta a “corredo” dell’offerta, deve ritenersi “afferente” alla stessa e non alla documentazione relativa alla dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione. Pertanto **“la carenza di uno degli elementi dell’offerta ritenuti essenziali dalla lex specialis ben legittima l’esclusione dell’offerta difettosa, senza che ciò comporti una violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione”.**

**Il Consiglio di stato ha inoltre affermato che un simile indirizzo deve trovare conferma anche alla luce del nuovo codice dei contratti di cui al decreto legislativo n. 36 del 2023 dal momento che:**

**l'art. 106, comma 1** (secondo cui: *“L’offerta è corredata da una garanzia provvisoria pari al 2 per cento del valore complessivo della procedura indicato nel bando o nell’ invito) contiene una formulazione del tutto simile a quella di cui all’art. 93, comma 1, del vecchio codice dei contratti (secondo cui: *L’offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata “garanzia provvisoria” pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell’invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell’offerente*).*

Ne consegue che: **in entrambe le ipotesi normative la garanzia provvisoria è obbligatoriamente prevista a corredo dell’offerta.**

In questa direzione la disposizione di cui all’art. 106, comma 1, del nuovo codice dei contratti continua pertanto a configurare la costituzione della “garanzia provvisoria” alla stregua di **adempimento doveroso** la cui mancanza dà luogo a legittima esclusione dalla gara in ossequio al principio di tassatività delle cause di esclusione.

Si rinvia, per tutto il resto, alla lettura integrale della pronuncia, che respinge tutti i motivi formulati dall’appellante, fondandosi invero su consolidati principi già registrati nella vigente normativa.

\* \* \*

#### **Parere MIT del 13 maggio 2025, n. 3437**

*Se la SA sceglie di aggravare una “procedura negoziata” trasformandola in “procedura aperta”, si adottano i termini previsti per quest’ultima, a prescindere dalla soglia o dall’interesse transfrontaliero*

Acclarata la facoltà delle Stazioni Appaltanti di aggravare l’appalto, utilizzando le procedure ordinarie di selezione dei concorrenti per l’affidamento di appalti per importi inferiori alle soglie di rilevanza comunitaria, di cui all’ art. 50 del Codice appalti. D.lgs. 36/2023, come da chiarimenti resi **dal MIT con circolare del 20 novembre, n. 298** (si veda **nostra news del 1° dicembre 2023 - “Circolare MIT 20/11/2023, n. 298. Gare sotto soglia. Possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie”**) e dal **Parere in funzione consultiva del 13 marzo 2024, n. 13** (si veda **nostra news del 9 maggio 2024 - “Parere funzione consultiva n. 13/2024: “Procedure ordinarie anche per gli appalti sotto soglia”**).

Con il parere n. 3437 del 13 maggio 2025 il MIT ha fornito chiarimenti sull’applicazione dei termini previsti dall’allegato I.3 del Codice dei contratti pubblici nel caso in cui la Stazione appaltante decida di utilizzare la procedura più trasparente e partecipata come quella aperta, anche in assenza di un interesse transfrontaliero.

Il MIT evidenzia come, nel rispetto del principio del risultato di cui all’art. 1 del Codice dei contratti che impone, tra l’altro, **alle stazione appaltanti e agli enti concedenti di perseguire il risultato dell’affidamento del contratto con la massima tempestività, resta salva la facoltà delle Stazioni Appaltanti di effettuare opportune valutazioni in relazione alle caratteristiche del mercato di riferimento, alle peculiarità dell’affidamento e gli interessi pubblici ad esse sottesi per procedere ad aggravare l’appalto. In questi casi, però, se si sceglie di aggravare una procedura negoziata, trasformandola in una aperta, si adottano i termini previsti per quest’ultima, a prescindere dalla soglia a dall’interesse transfrontaliero.**