



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 91 DEL 8 febbraio 2017

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata dal Comune di Baranzate (MI)– Procedura aperta per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica e nido del Comune di Baranzate – Importo a base di gara: euro 2.696.322,50 - S.A. Comune di Baranzate (MI)

PREC 132/16/S

Elementi economici all'interno dell'offerta tecnica – esclusione - escussione della cauzione

La cauzione provvisoria ha la finalità di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese, e di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta. L'escussione della cauzione provvisoria è la conseguenza della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente.

Art. 75 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163

Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. n. 175392 del 25 novembre 2016 presentata dal Comune di Baranzate, con la quale la S.A. istante rappresenta che nella Busta riferita all'offerta tecnica del concorrente Cir Food S.C. era presente una tabella con indicazioni economiche e pertanto il concorrente veniva escluso e veniva richiesta l'escussione della cauzione provvisoria; tuttavia l'operatore economico riteneva illegittima la richiesta di escussione della cauzione e pertanto la S.A. chiede parere all'Autorità;

VISTA la giurisprudenza (Cons. Stato, Ad. Plenaria 10 dicembre 2014, n. 34) secondo la quale «La cauzione provvisoria assolve la funzione di garanzia del mantenimento dell'offerta in un duplice senso, giacché, per un verso, essa presidia la serietà dell'offerta e il mantenimento di questa da parte di tutti i partecipanti alla gara fino al momento dell'aggiudicazione; per altro verso, essa garantisce la stipula del contratto da parte della offerente che risulti, all'esito della procedura, aggiudicataria. [...] L'escussione della cauzione provvisoria si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica. La sua finalità è quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese, di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, nonché di escludere da subito i soggetti privi delle richieste qualità volute dal bando.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

L'escussione costituisce conseguenza della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, tenuto conto che gli operatori economici, con la domanda di partecipazione, sottoscrivono e si impegnano ad osservare le regole della relativa procedura delle quali hanno piena contezza.

Sotto il profilo della natura giuridica, si ritiene (tra varie, Cons. Stato, VI, 3 marzo 2004, n. 1058 e Cons. Stato, V, 15 aprile 2013, n.2016) che ferma restando la generale distinzione fra l'istituto della clausola penale (1383 c.c.) avente funzione di liquidazione anticipata del danno da inadempimento e della caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.) avente la funzione di dimostrare la serietà dell'intento di stipulare il contratto sin dal momento delle trattative o del perfezionamento dello stesso, l'istituto della cauzione provvisoria debba ricondursi alla caparra confirmatoria [...] In definitiva e in sostanza, si tratta di una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio, che costituisce l'automatica conseguenza della violazione di regole e doveri contrattuali espressamente accettati»;

RITENUTO che, nel caso di specie, l'impresa veniva esclusa in quanto l'offerta tecnica conteneva elementi economici e pertanto l'esclusione dalla gara non è dovuta alla mancanza, falsità o incompletezza delle dichiarazioni rese, o alla mancanza di serietà dell'offerta;

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- nel caso di specie l'escussione della cauzione appare illegittima in quanto l'esclusione dalla gara non è dovuta alla mancanza, falsità o incompletezza delle dichiarazioni rese, o alla mancanza di serietà dell'offerta.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 16 febbraio 2017

Il Segretario Maria Esposito