



## DELIBERA N. 231

24 maggio 2023.

### Oggetto

Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 presentata dalla MA.CO.RI. S.r.l. - Procedura negoziata per l'affidamento dei lavori aventi ad oggetto " PNRR.M5C3 - CLUSTER I - Ampliamento impianto sportivo in Via L. da Vinci - Frazione San Nicolò a Tordino" - Importo a base di gara euro: 1.023.629,18 - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Comune di Teramo

**UPREC/PRE/524/2023/L/PREC**

### Riferimenti normativi

Art. 1, comma 4. d.l. 76/2020, conv. in L. 120/2020

### Parole chiave

Cauzione provvisoria – decreto semplificazioni

### Massima

**Appalto pubblico – Lavori - Scelta del contraente – Procedura negoziata – Lettera d’invito – Cauzione provvisoria – Richiesta - Avviso manifestazione interesse – Mancanza - Ammissibilità**

Nelle procedure negoziate, è conforme alla normativa di settore la clausola della lettera d’invito che preveda l’obbligo dei concorrenti di presentare la cauzione provvisoria, in misura dimezzata, anche quando un tale obbligo non sia stato previsto nell’avviso per la manifestazione di interesse, non rivestendo il suddetto avviso natura di atto di indizione della procedura di gara.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del 24 maggio 2023



## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 24869 del 28 marzo 2023, con cui la Soc. MA.Co.RI. a r.l. ha contestato la lettera d'invito alla procedura negoziata in oggetto, nella parte in cui prevede l'obbligo dei concorrenti di presentare una cauzione provvisoria pari all'1% dell'importo a base di gara, in ragione del fatto che l'avviso per la manifestazione d'interesse, che costituirebbe l'atto di indizione della procedura, non prevedeva un simile obbligo;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 27189 del 5 aprile 2023;

VISTE le memorie, acquisite al prot. n. 27521 del 6 aprile 2023, con cui la Stazione appaltante ha rappresentato che la richiesta della cauzione provvisoria non figura nelle Linee Guida ANAC n. 4 tra i contenuti minimi dell'avviso per la manifestazione di interesse, costituendo, al contrario, clausola necessaria della lettera d'invito; ha, inoltre, sottolineato che le motivazioni della richiesta di presentazione della cauzione provvisoria erano state esplicitate nella determinazione a contrarre n. 464 dell'8 marzo 2023, pubblicata sul sito istituzionale dell'Ente e sulla piattaforma telematica per lo svolgimento della gara, richiamata dall'avviso per la manifestazione d'interesse, con la conseguenza che l'operatore istante, usando l'ordinaria diligenza, ne avrebbe potuto avere facile conoscenza;

VISTA la memoria, acquisita al prot. n. 28107 dell'11 aprile 2023, con cui l'istante ha reiterato le iniziali censure ed ha, altresì, contestato l'assenza dei presupposti di legge per la legittima richiesta di presentazione della cauzione provvisoria;

VISTA la nota prot. n. 28497 del 12 aprile 2023, con cui sono state trasmesse al Comune di Teramo le memorie dell'istante ed è stato assegnato un nuovo termine per la produzione di repliche, con specifico riferimento alla nuova censura sollevata;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 29430 del 14 aprile 2023, con cui la Stazione appaltante ha rappresentato, in ordine alla nuova contestazione circa la legittimità della motivazione della cauzione provvisoria, che la "*tipologia e specificità della procedura*", richieste dall'art. 1 comma 4 del D.L. 76/2020 per giustificare la richiesta di cauzione provvisoria, opportunamente dimezzata secondo il dettame legislativo, sono da individuarsi, come già sinteticamente indicato nella determina a contrarre, nella inclusione dell'intervento in questione tra quelli finanziati con risorse del PNRR che, imponendo il rispetto rigoroso di scadenze e *milestones* predeterminati, pena la perdita dei finanziamenti, non permettono di assumere il rischio di ritardi nell'affidamento dell'appalto derivanti da una mancanza di serietà dell'offerta che potrebbe essere causata da diversi motivi (es. rinunce da parte dell'aggiudicatario alla commessa perché sopravvenuta, nelle more, l'aggiudicazione di altro appalto più conveniente, mancata presentazione documentazione per la stipula, ecc....);

VISTA l'integrazione del contraddittorio disposta con nota prot. n. 30472 del 19 aprile 2023 nei confronti dell'aggiudicatario, impresa edile Letizia Bartolomeo, nella qualità di controinteressato sopravvenuto;

CONSIDERATO, alla luce di quanto sinteticamente esposto, che le questioni su cui l'Autorità è chiamata a pronunciarsi concernono *i*) la legittimità della clausola della lettera d'invito che preveda l'obbligo dei concorrenti di presentare una cauzione provvisoria in mancanza di un'analoga previsione nell'avviso per la manifestazione di interesse e *ii*) la sussistenza, nel caso di specie, dei presupposti di legge per la richiesta di presentazione della cauzione provvisoria;



CONSIDERATO, in merito alla questione sub *ii*), che l'art. 1, comma 4, del d.l.76/2020, conv. in L. 120/2020, stabilisce che " *Per le modalità di affidamento di cui al presente articolo la stazione appaltante non richiede le garanzie provvisorie di cui all'articolo 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016, salvo che, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta, che la stazione appaltante indica nell'avviso di indizione della gara o in altro atto equivalente. Nel caso in cui sia richiesta la garanzia provvisoria, il relativo ammontare è dimezzato rispetto a quello previsto dal medesimo articolo 93.*" Dalla piana lettura della citata disposizione emerge che la volontà dell'Ente di richiedere la presentazione della cauzione provvisoria e l'indicazione delle motivazioni che ne giustificano la richiesta devono essere rappresentate nell'avviso di indizione della gara ovvero in altro atto equivalente. L'avviso per la manifestazione di interesse, secondo pacifica giurisprudenza, non costituisce atto di indizione di una procedura di gara concorsuale, ma un'indagine conoscitiva di mercato non vincolante tesa ad individuare gli operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata (Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2019, n. 3831; Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2021, n. 2292). In altri termini, il suddetto avviso svolge una funzione meramente strumentale e servente rispetto alla successiva procedura negoziata ma non formalizza l'impegno dell'Ente ad addivenire alla conclusione di un contratto, impegno viceversa esigibile a seguito della trasmissione delle lettere d'invito, alle quali sole può essere riconosciuta la natura di atto di indizione della gara;

CONSIDERATO che tale ricostruzione risulta avvalorata dall'avviso per la manifestazione d'interesse pubblicato dal Comune di Teramo per la procedura di gara in oggetto, ove è espressamente previsto che " *L'Ente si riserva di sospendere, modificare o annullare la procedura relativa al presente Avviso esplorativo e di non dare seguito all'indizione della successiva gara per l'affidamento dei lavori. Il Comune si riserva di invitare i soggetti idonei ai quali sarà richiesto, con Lettera di invito, di presentare un'offerta. La manifestazione di interesse ha l'unico scopo di comunicare la disponibilità ad essere invitati a presentare offerta*"; d'altro canto, come evidenziato dalla Stazione appaltante, anche nelle Linee Guida n. 4, disciplinanti le Procedure negoziate di importo inferiore alla soglia di rilevanza eurounitaria, la richiesta di presentazione della cauzione provvisoria non figura tra i contenuti minimi dell'avviso per la manifestazione di interesse mentre costituisce elemento necessario della lettera d'invito;

RILEVATO, peraltro, che, come correttamente rappresentato dalla Stazione appaltante, la richiesta della cauzione provvisoria era stata prevista già nella determina a contrarre, pubblicata sia sul sito istituzionale sia sulla piattaforma telematica per lo svolgimento della procedura di gara, ed espressamente richiamata nell'avviso per la manifestazione di interesse, con la conseguenza che l'operatore economico, usando l'ordinaria diligenza, ne avrebbe potuto prendere conoscenza già prima della ricezione dell'invito alla procedura negoziata;

RITENUTO, pertanto, che deve ritenersi legittima la clausola della lettera d'invito che preveda l'obbligo degli operatori economici di presentare la cauzione provvisoria anche in mancanza di un'analoga previsione nell'avviso per la manifestazione di interesse, non costituendo quest'ultimo atto di indizione della procedura di gara;

CONSIDERATO, in merito alla questione sub *iii*), che il citato art. 1, comma 4, del d.l. 76/2020, conv. in L. 120/2020, stabilisce che i presupposti per la legittima richiesta di presentazione della cauzione provvisoria risiedono nella sussistenza di particolari esigenze dovute alla "tipologia e specificità della singola procedura". Deve venire in rilievo, in altri termini, una necessità qualificata, un'esigenza che, non presentando carattere di ordinarietà, giustifichi l'imposizione dell'onere della presentazione della cauzione provvisoria in capo alle imprese partecipanti alla gara. Le predette condizioni devono essere verificate dalla Stazione appaltante e la decisione finale, in quanto espressione di discrezionalità



amministrativa, può essere sindacata solo in caso di mancanza o insufficiente motivazione ovvero quando si appalesi manifestamente illogica o irrazionale;

RITENUTO che, nel caso di specie, l'apprezzamento compiuto dall'Amministrazione sulla sussistenza dei presupposti di legge per la richiesta della cauzione provvisoria può ritenersi nel complesso sufficientemente motivato attraverso il richiamo, nella determina a contrarre n. 464 dell'8 marzo 2023, alla natura urgente dei lavori – finanziati con fondi PNRR e PNC Pari opportunità e inclusione lavorativa – ed alla necessità di assicurare la serietà dell'offerta, evitando che vi possano essere ritardi nell'assegnazione dell'appalto discendenti da eventuali scorrimenti di graduatoria a causa di rinunce dell'aggiudicazione. Peraltro, nelle memorie procedurali, l'Amministrazione ha ulteriormente chiarito che l'inclusione dei lavori in oggetto tra quelli oggetto di finanziamento con fondi PNRR impone il rispetto rigoroso di scadenze e *milestones* predeterminati, pena la perdita dei finanziamenti e che, pertanto, la funzione della cauzione provvisoria era proprio diretta a garantire la serietà delle offerte, evitando tutte quelle potenziali situazioni che avrebbero impedito il rispetto dei suddetti termini;

#### Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che è conforme alla normativa di settore la clausola della lettera di invito che preveda l'obbligo dei concorrenti di presentare la cauzione provvisoria anche in mancanza di una analoga previsione nell'avviso di manifestazione di interesse. Inoltre, nei limiti del sindacato sulle scelte discrezionali dell'Amministrazione, appare adeguatamente motivata e rispettosa del dettato normativo la richiesta della presentazione della cauzione provvisoria.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 maggio 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Originale firmato digitalmente