

Una Stazione appaltante non può precludere a qualsiasi operatore avente sede legale fuori dal suo territorio di competere per l'affidamento di un appalto, indipendentemente dalla qualità dell'offerta che si intende proporre, con evidente violazione del principio della non discriminazione territoriale, nell'ambito dei procedimenti volti alla scelta dei contraenti della P.A., al quale è informato l'Ordinamento comunitario, nonchè quello nazionale: discriminare le imprese sulla base di un elemento di localizzazione territoriale contrasta con il principio di eguaglianza, nonché con il principio in base al quale non si possono adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose fra le regioni e non si può limitare il diritto dei cittadini di esercitare in qualunque parte del territorio nazionale la loro professione, impiego

Il Tar Sicilia, Palermo con la sentenza numero del 1683 del 21 giugno 2007, in tema di Violazione dei principi comunitari in tema di libera concorrenza e di libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali sanciti dagli artt. 48, 49, 52 e 59 del Trattato CEE, ci insegna che

La seguente disposizione di legge:

< il Comune potrà preferire l'istituzione socio-assistenziale avente sede legale in ambito comunale ovvero, in assenza, in ambito provinciale e, quindi in ambito regionale".>

deve essere interpretata.....

< anche al fine di renderla compatibile con le disposizioni di rango costituzionale e comunitario esistenti in materia, quest'ultima disposizione di legge deve essere interpretata nel senso di consentire, all'amministrazione locale interessata, in caso di parità sostanziale delle offerte pervenute, di preferire quella proveniente dall'istituzione avente maggiore vicinanza rispetto ai luoghi ove il servizio deve essere svolto (e che quindi, si può presumere, sia in condizione di poter più velocemente intervenire per la soluzione dei problemi che dovessero insorgere); circostanza che è comunque riconducibile ad un elemento che, seppur indirettamente, è idoneo a connotare l'offerta presentata. Ma non consente di escludere, a priori, le imprese che non posseggano il requisito ivi indicato; e comunque l'esercizio della preferenza normativamente prefigurato deve essere congruamente motivato.>

nella particolare fattispecie sottoposta ai giudici palermitani quindi:

**< Alla luce degli esposti principi, gli impugnati provvedimenti sono illegittimi, per il profilo denunciato da parte ricorrente, in quanto non consentono a soggetti avente sede legale al di fuori del territorio del Distretto Sanitario intimato di concorrere per l'aggiudicazione del servizio per cui è causa, e quindi determinano un'ingiustificata restrizione della concorrenza, nonchè una limitazione al diritto dei cittadini di esercitare in qualunque parte del territorio nazionale la loro attività.>**

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Terza, ha pronunciato la seguente SENTENZA

sul ricorso R.G. n. 192/07 proposto dalla Società cooperativa a r.l. DITTA ALFA, in persona del legale rappresentante pro tempore, sig. Michelangelo M. elettivamente dom.to in Palermo, via Nicolò Turrisi 59, presso l'avv.to Daniela Salerno - studio legale Favata - , rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Buscaglia, per mandato a margine del ricorso;

contro

il distretto Socio-Sanitario D2 del Comune di Bivona, in persona del legale rappresentante pro tempore;

il Comune di Bivona, in persona del legale rappresentante pro tempore;

entrambi elett.te dom.ti in Palermo, Corso Alberto Amedeo 74, presso l'avv. Renato Re – studio legale Napoli - , rappresentati e difesi dall'avv. Sergio Spallino, per mandato in calce all'atto di costituzione;

per l'annullamento

- della determinazione n.2 del 20.12.2006 del Dirigente responsabile del Distretto Socio Sanitario D2 del Comune di Bivona;

- della determinazione n.3 del 20.12.2006 del Dirigente responsabile del Distretto socio Sanitario D" del Comune di Bivona;

- della determinazione n.4 del 20.12.2006 del Dirigente responsabile del Distretto Socio Sanitario D2 del Comune di Bivona;

- ed occorrendo, della deliberazione n.3 del 12.7.2006 del Comitato dei Sindaci del Distretto Socio-Sanitario D2 del Comune di Bivona, nonché di ogni altro atto e provvedimento, costituitosi anche per silenzio, agli stessi presupposto, consequenziale o comunque connesso di cui la ricorrente non abbia avuto piena ed effettiva conoscenza di legge;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'avv.to Sergio Spallino;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 220/2007, riformata dal C.G.A. con ordinanza n. 285/07;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Designato relatore alla pubblica udienza del 5 giugno 2007 il Primo Referendario avv.to Nicola Maisano;

Udito l'avv.to Daniela Salerno, in sostituzione dell'avv. F. Buscaglia, per la ricorrente e l'avv. Sergio Spallino, per l'Amm.ne intimata;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 22.1.2007, e depositato il successivo 31.1, la società ricorrente ha impugnato:

- la determinazione n.2 del 20.12.2006 del Dirigente responsabile del Distretto Socio Sanitario D2 del Comune di Bivona;

- la determinazione n.3 del 20.12.2006 del Dirigente responsabile del Distretto socio Sanitario D' del Comune di Bivona;

- la determinazione n.4 del 20.12.2006 del Dirigente responsabile del Distretto Socio Sanitario D2 del Comune di Bivona;

- ed occorrendo, la deliberazione n.3 del 12.7.2006 del Comitato dei Sindaci del Distretto Socio-Sanitario D2 del Comune di Bivona, nonché di ogni altro atto e provvedimento, costituitosi anche per silenzio, agli stessi presupposto, consequenziale o comunque connesso di cui la ricorrente non abbia avuto piena ed effettiva conoscenza di legge.

In tale gravame vengono articolate le censure di: I) 1. Violazione dei principi comunitari in tema di libera concorrenza e di libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali sanciti dagli artt. 48, 49, 52 e 59 del Trattato CEE; 2. Violazione dell'art. 41 della Costituzione e delle libertà di iniziativa economica privata; 3. Eccesso di potere sotto il profilo di violazione dei principi di proporzionalità, di utilità dei criteri di selezione rispetto al fine della scelta del miglior contraente e di giustificabilità dei criteri di valutazione rispetto alla prestazione; 4. Violazione dei principi del giusto procedimento di selezione del privato contraente; 5. Violazione del principio della più ampia partecipazione ai pubblici incanti e della massima convenienza; 6. Eccesso di potere sotto il profilo dell'illogicità ed irrazionalità manifesta; 7. Eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà con precedenti manifestazioni di volontà; 8. Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento dalla causa tipica; 9. Eccesso di potere sotto il profilo della disparità di trattamento. II) 1. Violazione degli artt. 1 e 5 della legge 8 novembre 2003 n. 328 (legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di servizi ed interventi sociali); 2. Violazione degli artt. 1 e 4 del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 marzo 2001 (atto d'indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 2003 n. 328); 3. Violazione della circolare 18 marzo 2003 n. 85 dell'Assessorato degli Enti Locali della Regione Siciliana; 4. Violazione delle prescrizioni di cui all'indice ragionato per la stesura del piano di zona; 5. Violazione del cap. 8.2, lett. E) del decreto del Presidente della Regione Siciliana del 4 novembre 2002 – linee guida per l'attuazione del piano socio-sanitario della Regione Siciliana; 6. Violazione della circolare 27 giugno 1996 n.8, dell'Assessorato degli Enti Locali della Regione Siciliana;

7. Eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà con precedenti manifestazioni di volontà; 8. Eccesso di potere sotto il profilo dell'illogicità ed irrazionalità manifesta; 9. Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento dalla causa tipica; 10. Eccesso di potere sotto il profilo della disparità di trattamento. III) 1. Illegittimità derivata dalla violazione della circolare 6 aprile 2005 dell'Assessorato della Famiglia, delle Politiche Sociali e delle Autonomie Locali della Regione Siciliana; 2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 51 della legge 8 giugno 1990 n. 142, come modificato dall'art. 107 del D. Lgs. 18 ago. 2000 n. 267; 3. Incompetenza della Giunta municipale ad adottare atti di gestione; 4. Violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990 n. 142, difetto di motivazione; 5. Violazione dell'art. 2 della legge 7 agosto 1990 n. 241, obbligo di provvedere. IV) 1 Violazione dell'art. 45 della Costituzione e del rilievo della funzione sociale della cooperazione; 2. Violazione dell'art. 11 comma primo, lett. G) della legge 22 febbraio 1994 n. 146 (disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – legge delega); 3. Violazione degli artt. 6, 12 e 13 del D. Lgs. 17 marzo 1995 n. 157 (attuazione della

direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi); 4. Violazione dell'art. 113 del T. U. degli enti locali; 5. Violazione dei principi del giusto procedimento di selezione del privato contraente; 6. Violazione del principio della più ampia partecipazione ai pubblici incanti e della massima convenienza.

Lamenta parte ricorrente che, al fine di individuare il soggetto concessionario del servizio per cui è causa, il Distretto intimato ha deciso di aggiudicarlo a trattativa privata, previa gara informale, alla quale sono stati invitati esclusivamente le istituzioni socio assistenziali aventi sede legale nel territorio dello stesso Distretto Sanitario; limitazione che sarebbe illegittima, in quanto in contrasto con norme e principi desumibile dall'Ordinamento comunitario oltre che da quello nazionale.

Si sono costituite le amministrazioni intime, che con memoria hanno replicato alle argomentazioni contenute nel ricorso e chiesto che venga dichiarato inammissibile, per la mancata notifica ad alcuno dei controinteressati, o, comunque, infondato, atteso che gli atti adottati sarebbero coerenti con la previsione normativa dettata dall'art. 15 della L. R. n. 4/1996.

Con ordinanza di questa Sezione n. 220/2007 è stata respinta la domanda cautelare proposta in seno al ricorso, provvedimento riformato dal C.G.A. con ordinanza n. 285/07, su appello di parte ricorrente.

Alla pubblica udienza di discussione i procuratori delle parti hanno insistito nelle rispettive tesi difensive ed il ricorso è stato posto in decisione.

## DIRITTO

In primo luogo deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità del gravame sollevata dalle amministrazioni resistenti.

Tale eccezione è priva di pregio, non soltanto in considerazione del fatto che i provvedimenti impugnati non contengono l'indicazione di alcun specifico soggetto che possa assumere il ruolo di controinteressato, ma anche in quanto è pacifico nella giurisprudenza amministrativa che rispetto all'impugnazione degli atti prodromici alla effettuazione di una procedura concorsuale, prima che la stessa venga effettuata, non sono configurabili soggetti controinteressati, in senso tecnico.

Il ricorso è fondato in ragione della fondatezza del primo motivo di ricorso con il quale viene denunciata la violazione del principio della libera prestazione dei servizi sancito dall'art. 59 del Trattato CEE, avente diretta applicabilità nel territorio nazionale (cfr. in merito Cons. di Stato, sez. V, 19 aprile 2005, n. 1800 e la giurisprudenza ivi citata).

Le impuginate determinazioni del Distretto Sanitario intimato precludono a qualsiasi operatore avente sede legale fuori dal suo territorio di competere per l'affidamento del servizio per cui è causa, indipendentemente dalla qualità dell'offerta che si intende proporre, con evidente violazione del principio della non discriminazione territoriale, nell'ambito dei procedimenti volti alla scelta dei contraenti della P.A., al quale è informato l'Ordinamento comunitario, nonché quello nazionale.

Sulla questione sembra necessario precisare che non sarebbe idonea a giustificare la disposizione impugnata in esame la previsione dell'art. 15, comma 3°, della legge reg. n. 4/1996, secondo la quale, per la concessione dei servizi socio-assistenziali, "il Comune potrà preferire l'istituzione socio-assistenziale avente sede legale in ambito comunale ovvero, in assenza, in ambito provinciale e, quindi in ambito regionale".

Invero non soltanto, come è noto, ove si riscontrasse un insanabile contrasto tra tale disposizione di legge ed una disposizione comunitaria, la legge nazionale dovrebbe essere disapplicata dal Giudice, ma, ove correttamente interpretato, il richiamato comma 3° non determina elementi di contrasto con disposizioni costituzionali e comunitarie che rilevano in materia.

Ritiene infatti il Collegio che la possibilità delle amministrazioni locali di preferire le istituzioni avente sede nel territorio in cui il servizio deve essere espletato, o comunque nella sua vicinanza, non esclude la possibilità di aggiudicare il servizio anche ad istituzioni che non rispondono alle condizioni indicate dal richiamato comma 3° dell'art. 15.

Invero, anche al fine di renderla compatibile con le disposizioni di rango costituzionale e comunitario esistenti in materia, quest'ultima disposizione di legge deve essere interpretata nel senso di consentire, all'amministrazione locale interessata, in caso di parità sostanziale delle offerte pervenute, di preferire quella proveniente dall'istituzione avente maggiore vicinanza rispetto ai luoghi ove il servizio deve essere svolto (e che quindi, si può presumere, sia in condizione di poter più velocemente intervenire per la soluzione dei problemi che dovessero insorgere); circostanza che è comunque riconducibile ad un elemento che, seppur indirettamente, è idoneo a connotare l'offerta presentata. Ma non consente di escludere, a priori, le imprese che non posseggano il requisito ivi indicato; e comunque l'esercizio della preferenza normativamente prefigurato deve essere congruamente motivato.

Il Collegio è consapevole che in passato la giurisprudenza che è intervenuta in materia, anche di questo Tribunale, ha diversamente ricostruito l'interpretazione del 3° comma dell'art. 15 della legge reg. n. 4/1996 (T.A.R. Sicilia, Palermo, n. 939/2005), ma appare opportuno procedere alla rivisitazione dell'interpretazione della norma in questione, preferendone una lettura che la renda compatibile con gli inderogabili principi costituzionali e comunitari esistenti in materia.

In proposito non sembra superfluo evidenziare che la Corte Costituzionale in diverse occasioni ha avuto modo di precisare che «discriminare le imprese sulla base di un elemento di localizzazione territoriale contrasta con il principio di eguaglianza, nonché con il principio in base al quale la regione non può adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose fra le regioni e non può limitare il diritto dei cittadini di esercitare in qualunque parte del territorio nazionale la loro professione, impiego» (C. Costituzionale n. 440/2006; cfr. anche C. Cost. n. 207 del 2001).

Alla luce degli esposti principi, gli impugnati provvedimenti sono illegittimi, per il profilo denunciato da parte ricorrente, in quanto non consentono a soggetti avente sede legale al di fuori del territorio del Distretto Sanitario intimato di concorrere per l'aggiudicazione del servizio per cui è causa, e quindi determinano un'ingiustificata restrizione della concorrenza, nonché una limitazione al diritto dei cittadini di esercitare in qualunque parte del territorio nazionale la loro attività.

Dichiarate assorbite le ulteriori censure il ricorso deve pertanto essere accolto e, per l'effetto, annullati, in parte qua, i provvedimenti impugnati.

Anche in considerazione delle oscillazioni giurisprudenziali intervenute in materia, sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P. Q. M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione terza, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla, in parte qua, i provvedimenti impugnati.

Dispone la compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Palermo, nella Camera di Consiglio del 5 giugno 2007, con l'intervento dei Sigg.ri Magistrati:

Calogero Adamo - Presidente

Calogero Ferlisi - Consigliere

Nicola Maisano - Primo Referendario-estensore

\_\_\_\_\_Presidente

\_\_\_\_\_Estensore

\_\_\_\_\_Segretario

Depositata in Segreteria il\_\_21 giugno 2007\_\_

Il Direttore della Sezione