Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 103

del 9.04.2008

PREC105/08/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla L & M Engineering – lavori di sistemazione della strada Trattamonte – Serraventosa. S.A. Comune di Buccino.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 1 febbraio 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in oggetto con la quale l'impresa L&M Engineering di Falascina Fabio ha richiesto l'avviso dell'Autorità in relazione all'esclusione dalla gara per l'affidamento dei lavori indicati in oggetto, per aver utilizzato l'istituto dell'avvalimento, vietato dall'articolo 20 della legge regionale n. 3/2007, con riferimento agli appalti inferiori alla soglia comunitaria.

A parere dell'impresa istante detta esclusione è illegittima, in quanto il punto 6) del disciplinare di gara, richiede copia del certificato del casellario giudiziale e dei carichi pendenti “per ciascuno de soggetti indicati dall'articolo 75, comma 1, lettere b) e c) del d.P.R. 554/1999” nonché “dell'eventuale impresa ausiliaria”.

In sede di istruttoria procedimentale, la Stazione appaltante, ha rappresentato che il bando in esame, pur non prevedendo espressa clausola di esclusione del ricorso all'avvalimento, viene integrato dalle disposizioni legislative vigenti che trovano applicazione indipendentemente dal loro richiamo espresso nella disciplina di gara.

Ritenuto in diritto

L'articolo 20, comma 2, della legge Regione Campania n. 3 del 27 febbraio 2007, recante "Disciplina dei lavori pubblici dei servizi e delle forniture in Campania", dispone che negli atti di gara relativi a contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, le stazioni appaltanti escludono la possibilità del ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui agli articoli 49 e 50 del d. Lgs. n. 163/2006.

In relazione a detta previsione normativa, con parere n. 68/2008 l'Autorità ha espresso le seguenti considerazioni.

Come rilevato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 401/2007, il sistema di qualificazione delle imprese appartiene alla competenza esclusiva statale, in quanto afferente alla materia della tutela della concorrenza.

La disciplina regionale va ad incidere, quindi, sul sistema di qualificazione delle imprese, strettamente connesso, come sopra rilevato, ad una materia di esclusiva competenza legislativa dello Stato ed in particolare sulla materia di tutela della concorrenza e di accesso al mercato: in conseguenza di tale norma una stessa situazione trova disciplina diversa a seconda del territorio regionale sul quale si espleta la procedura di gara.

Ne deriva che, applicando la legge in questione, nel territorio della Regione Campania le stazioni appaltanti, per gli appalti sotto soglia, nelle proprie gare dovrebbero escludere le imprese che pretendono di qualificarsi avvalendosi dei requisiti di altre imprese, diversamente da quanto avverrebbe altrove.

Anche in riferimento agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, in relazione ai quali si impone comunque l'applicazione dei principi di parità di trattamento e tutela della concorrenza sanciti dal Trattato CE, il pubblico funzionario e le stazioni appaltanti disapplicano le disposizioni di diritto interno in contrasto con i principi comunitari, in virtù del primato del diritto e dei principi comunitari che esigono che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione interna in contrasto con questi ultimi.

Sulla base di quanto sopra, si ritiene, pertanto, non conforme, per violazione della concorrenza, l'esclusione dell'impresa istante che ha inteso partecipare alla procedura in esame utilizzando l'istituto dell'avvalimento.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dell'impresa L & M Engineering di Falascina Fabio non è conforme all'articolo 49 del d. Lgs. n. 163/2006.

I Consiglieri Relatori

Il Presidente

Alessandro Botto

Luigi Giampaolino

Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 11.04.2008