

# *Autorità per la vigilanza*

*sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*

**Parere n. 62**

**del 20.05.2009**

**PREC 266/08/S**

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dall'impresa GIARDINI E PAESAGGI s.a.s. - Manutenzione del patrimonio comunale a verde pubblico nel triennio 2008-2010 - Importo a base d'asta euro 927.000,00 - S.A.: Comune di Garbagnate Milanese (MI).

## **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

*Considerato in fatto*

In data 29 aprile 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa GIARDINI E PAESAGGI s.a.s. ha contestato la conformità alle regole comunitarie di libero mercato e concorrenza dell'art. 12 del Capitolato Speciale di Appalto, laddove si richiedeva agli offerenti la disponibilità di un'adeguata sede operativa nel Comune di Garbagnate Milanese o al più entro il raggio di trenta chilometri, prevedendo la dimostrazione di detto requisito già in sede di gara.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la stazione appaltante ha rappresentato che la Commissione di gara, riunitasi in prima seduta nella giornata del 7 maggio 2008, al fine di favorire la più ampia partecipazione, stabiliva, in merito alla distanza chilometrica della sede operativa della ditta, di ritenere sufficiente per l'ammissione alla gara un formale impegno da parte dei partecipanti ad acquisire una sede operativa prima della sottoscrizione del contratto di appalto e, conseguentemente, ammetteva alla gara in oggetto la ditta istante.

Tuttavia, in sede di contraddittorio documentale, l'impresa GIARDINI E PAESAGGI s.a.s. ha ribadito la richiesta all'Autorità di pronunciarsi in ordine all'opportunità e legittimità del predetto requisito, asserendo che il medesimo comunque *“avrebbe e in effetti ha avuto il suo peso nella valutazione dell'offerta tecnica”*, costituendo, pertanto, un elemento discriminante, che ha trasformato un appalto bandito mediante procedura aperta *“in una gara di fatto possibile solo per le imprese del comune stesso o dei comuni limitrofi, dunque sovvertendo ogni principio di libero mercato”*.

### *Ritenuto in diritto*

Occorre, preliminarmente, rilevare che, come già evidenziato da questa Autorità in precedenti pareri (si veda, per tutti, deliberazione n. 235 del 12 luglio 2007), la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è più volte pronunciata sulla presenza nella documentazione di gara di previsioni che determinino un criterio preferenziale che avvantaggia imprese operanti nel territorio della stazione appaltante, sia in sede di fissazione dei requisiti di partecipazione sia in sede di valutazione dell'offerta, ritenendo dette previsioni direttamente in contrasto con le disposizioni del Trattato UE di cui agli artt. 58 e 59 che prescrivono il divieto alle restrizioni di importazione, il divieto alla restrizione di stabilimento ed alla libera prestazione di servizi.

La normativa comunitaria, infatti, consente la deroga ai suddetti principi, in via eccezionale, solo in costanza di determinate situazioni elencate nell'art. 56 del Trattato, tra cui motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica posto che, come affermato dal Giudice comunitario, la libera prestazione dei servizi sancita dall'art. 59 del Trattato può essere limitata solo qualora sia provato che le restrizioni sono giustificate da esigenze imperative connesse alla tutela dell'interesse generale.

Nel caso di specie, l'art. 12 del Capitolato Speciale di Appalto, al comma 1, prevede che *“Durante tutta la durata dell'Appalto, l'Appaltatore dovrà dimostrare di poter costantemente disporre di un'adeguata sede operativa nel Comune di Garbagnate Milanese o nei Comuni distanti non più di 30 chilometri dal confine comunale di Garbagnate Milanese. In detta sede l'Appaltatore dovrà dimostrare di ricoverare e depositare sia i mezzi operativi e le attrezzature che i materiali utilizzati per il corretto svolgimento. Detta sede operativa dovrà altresì disporre di proprio recapito telefonico nonché di telefax sempre attivo al quale inviare le comunicazioni di servizio ordinarie, i solleciti per mancata effettuazione delle prestazioni contrattuali nonché le chiamate urgenti. In sede di gara l'Appaltatore dovrà dimostrare con idoneo documento (contratto di affitto, atto di proprietà, locazione finanziaria ecc.) la disponibilità di una adeguata sede, nelle modalità di cui al comma precedente, per tutta la durata dell'appalto ed eventuali rinnovi contrattuali.”*

Ebbene, non risultando chiaro il nesso tra disponibilità di un'adeguata sede operativa nel Comune di Garbagnate Milanese o al più entro il raggio di trenta chilometri e affidabilità del futuro contraente in termini di capacità di svolgimento delle attività che compongono il servizio, la richiesta agli offerenti del suddetto requisito, da dimostrare peraltro già in sede di gara e, quindi, come requisito di partecipazione, appare idonea a determinare un criterio preferenziale che avvantaggia imprese operanti nel territorio della stazione appaltante (v. anche parere n. 2 del 15 gennaio 2009), ponendosi in contrasto con i principi di par condicio e libera concorrenza, nonché con i richiamati artt. 58 e 59 del Trattato UE.

Si evidenzia, altresì, che, alla luce del richiamato orientamento comunitario, la circostanza che l'impresa istante GIARDINI E PAESAGGI s.a.s. sia stata comunque ammessa a partecipare alla gara in presenza di un formale impegno ad acquisire una sede operativa prima della sottoscrizione del contratto di appalto, non elimina il denunciato effetto discriminatorio se il requisito incriminato può avere comunque un peso nella valutazione dell'offerta tecnica.

Tuttavia, su tale ulteriore profilo lamentato dall'istante, questa Autorità è impossibilitata ad esprimere il proprio parere, stante la carenza nella documentazione prodotta in atti di tutti gli elementi di valutazione necessari, mancando, in particolare, elementi conoscitivi in ordine alle modalità concretamente seguite dalla stazione appaltante nell'attribuzione dei punteggi previsti dal bando di gara.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la richiesta agli offerenti nella documentazione di gara, quale requisito di partecipazione, della disponibilità di un'adeguata sede operativa nel territorio comunale o al più entro il raggio di trenta chilometri è in contrasto con i principi di par condicio e libera concorrenza, in quanto favorisce le imprese locali.

I Consiglieri Relatori

Il Presidente

Andrea Camanzi

Luigi Giampaolino

Guido Moutier

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3.06.2009