Parere n.88 del 19/05/2011

PREC 23/10/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Co.Fa.M. S.r.l. - (formazione degli elenchi delle imprese da invitare alle procedure negoziate o in economia) - S.A.: Azienda territoriale per l'edilizia residenziale pubblica della provincia di Viterbo.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 21 gennaio 2010 è pervenuta l'istanza di parere in oggetto, con cui la società Co. Fa. M. S.r.l. ha contestato il punto b) pagina 1 dell'avviso di preinformazione relativo alla formazione dell'elenco in oggetto, laddove prevede che sono ammessi a presentare domanda, ai fini dell'inserimento nell'elenco delle imprese da invitare, i soggetti di cui all'art. 34 comma 1, lettere a), b), c), ed e) del D.Lgs. 163\2006 che abbiano la sede operativa nella Provincia di Viterbo.

Secondo l'istante, tale limitata partecipazione costituirebbe discriminazione illegittima.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale avviata formalmente da questa Autorità in data 2 febbraio 2010, la stazione appaltante ha contestato l'istanza evidenziando che la previsione in oggetto non costituiva un requisito di ammissione, ma una condizione che deve sussistere al momento della sottoscrizione del contratto, nel senso che all'atto della presentazione della domanda, l'impresa interessata dovrebbe dichiarare l'intenzione di aprire una sede operativa nel territorio della Provincia di Viterbo.

Ritenuto in diritto

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità della previsione contenuta al punto b) pagina 1 dell'avviso di preinformazione indicato in oggetto secondo cui "sono ammessi a presentare domanda ai fini dell'inserimento nell'elenco delle imprese da invitare per le procedure di affidamento lavori (negoziato senza previo bando, in economia e in cottimo fiduciario), i soggetti di cui all'art. 34 comma 1 lettere a), b), c), ed e) del D.lgs. 163\2006 che abbiano la sede operativa nella provincia di Viterbo".

La prospettazione posta a base dell'istanza è pienamente condivisibile in quanto la previsione sopra riportata appare prima facie contraria ai principi generali in materia di evidenza pubblica, in tema di tutela della concorrenza, del diritto di stabilimento e del libero mercato, tra le cui ricadute applicative è sufficiente richiamare il principio del favor participationis.

Conseguentemente, la previsione letterale in esame costituisce una irragionevole limitazione soggettiva della possibilità di partecipare alle procedure di affidamento in questione alle sole imprese aventi sede operativa in un territorio limitato.

In tal senso si richiama la Determinazione n.2 del 6 aprile 2011 con la quale questa Autorità, nell'individuare le regole generali imprescindibili che devono essere rispettate nel corso dell'affidamento di un contratto pubblico, sottolinea che dal principio di non discriminazione, riconducibile al principio di imparzialità sancito dall'art. 97 della Costituzione, scaturisce il divieto di effettuare la selezione dei concorrenti privilegiando coloro che esercitano prevalentemente la loro attività nello stesso ambito territoriale in cui devono essere svolte le prestazioni.

Alla medesima conclusione giunge la prevalente giurisprudenza che, in ordine ad analoghe previsioni dettate anche in sede di *lex specialis* della singola gara, statuisce che: "l'obbligo imposto dal bando di gara alle imprese di disporre di una sede operativa in ciascuna delle Province in cui esse intendono esercitare la loro attività costituisce un ostacolo ingiustificato alla libera prestazione dei servizi ed è quindi incompatibile con l'articolo 49 del trattato Ce, cosicché tale previsione va dichiarata illegittima dato che questa limitazione territoriale produce effetti restrittivi sulla libertà di stabilimento (cfr. ad es. Consiglio Stato, sez. V, 05 febbraio 2007, n. 447).

La stazione appaltante ha fornito, in sede di controdeduzioni, una interpretazione evolutiva della clausola, a tenore della quale la previsione in oggetto non costituirebbe in realtà un requisito di ammissione, ma una condizione che deve sussistere al momento della sottoscrizione del contratto, nel senso che all'atto della presentazione della domanda, l'impresa interessata dovrebbe dichiarare l'intenzione di aprire una sede operativa nel territorio della Provincia di Viterbo.

Invero, se per un verso tale interpretazione consentirebbe una concreta, seppur parziale limitazione degli effetti inammissibili della clausola, come emerge dai principi sopra richiamati per cui la stessa rigidamente intesa sarebbe comunque contraria alla libertà di stabilimento, per un altro verso la stessa opzione ermeneutica allo stato non è sostenibile in quanto comunque contrastante con la lettera della clausola stessa.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la previsione dell'avviso di preinformazione in contestazione sia contraria ai principi vigenti in tema di evidenza pubblica.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 1 giugno 2011

Il Segretario: Maria Esposito