

## **Parere n.102 del 21/05/2014**

### **PREC 15/14/S**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla società cooperativa GENESI – “Gare: I^ Servizio di assistenza igienico personale e trasporto per gli studenti disabili frequentanti gli Istituti Superiori di pertinenza della Provincia Regionale di Messina (Caronia, Mistretta, S. Agata Militello, S. Stefano di Camastra, Tortorici) II^ Servizio di assistenza igienico personale e trasporto per gli studenti disabili frequentanti gli Istituti Superiori di pertinenza della Provincia Regionale di Messina (Milazzo, Pace del Mela, Spadafora, Lipari)”- Importi a base d’asta €84.688,33 – €122.300,02 S.A.: Provincia Regionale di Messina.

**Clausole limitazione territoriale. Nullità.**

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 14 gennaio 2014 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale la società cooperativa GENESI ha chiesto un parere in merito alla legittimità della riammissione alla gara della Cooperativa Progetto Vita originariamente esclusa in quanto, avendo sede legale in Caltagirone, non poteva partecipare alla procedura prevedendo la *lex specialis* di gara che potessero partecipare solo i concorrenti con sede legale nella provincia di Messina.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 10 febbraio 2014, non sono pervenute memorie.

La provincia Regionale di Messina ha bandito, con procedura negoziata, l'affidamento del:

1) "Servizio di assistenza igienico personale e trasporto per gli studenti disabili frequentanti gli Istituti Superiori di pertinenza della Provincia, e ricadenti nei Comuni di Milazzo, Pace del Mela, Spadafora, Lipari.";

2) "Servizio di assistenza igienico personale e trasporto per gli studenti disabili frequentanti gli Istituti Superiori di pertinenza della Provincia, e ricadenti nei Comuni di Caronia, Mistretta, S. Agata Militello, S. Stefano di Camastra, Tortorici”.

Il bando di gara al punto 9) stabilisce che “Oltre agli operatori espressamente invitati possono presentare offerta tutti quelli che hanno i medesimi requisiti previsti nella relativa lettera di invito a cui sono allegate queste condizioni di partecipazione che siano regolarmente iscritte nell’Albo Regionale delle Istituzioni socio assistenziali pubbliche e private previsto dall’art. 26 della L.R. 22/86, sezione inabili, e con sede legale nella Provincia di Messina”. Il Capitolato Speciale d’Oneri all’art. 3 punto 2) stabilisce che “I soggetti ... devono, a pena di esclusione: a) avere una sede operativa stabilmente funzionante nel territorio del Comune o della Provincia di Messina, da dimostrare con idonea documentazione o l’impegno a costituirla entro 15 giorni dall’aggiudicazione”.

La lettera di invito è stata espressamente inviata ai soggetti iscritti all’Albo Regionale delle Istituzioni socio assistenziali pubbliche e private con sede legale nella Provincia di Messina.

Alla competizione hanno partecipato cooperative sociali con sede nella Provincia di Messina, tra cui l’istante Coop Genesi risultata aggiudicataria, e la Cooperativa Progetto Vita con sede fuori provincia.

La commissione di gara all’apertura delle offerte pervenute disponeva l’esclusione dalla partecipazione alla gara della Cooperativa Progetto Vita avente sede legale in Caltagirone (per cui in altra provincia), in ossequio alle regole del bando di gara.

La coop. Progetto Vita, successivamente all’aggiudicazione provvisoria a favore dell’istante, ha presentato osservazioni che sono state positivamente valutate dalla commissione di gara che l’ha

riammessa. Inoltre, avendo la stessa presentato un ribasso percentuale uguale all'istante cooperativa Genesi aggiudicataria, con nota prot 047 del 13/01/2014, la stazione appaltante ha disposto il sorteggio per l'aggiudicazione della gara, ad esito del quale, la gara è stata assegnata alla coop Progetto Vita.

Ritiene l'istante che la Cooperativa Progetto Vita, avendo sede legale in Caltagirone, non poteva essere riammessa, in quanto avrebbe dovuto impugnare il bando nella parte in cui prevedeva che potessero partecipare alla gara solo le Cooperative con sede legale nella provincia di Messina.

D'altro canto l'Amministrazione doveva dare puntuale e rigorosa esecuzione a quanto previsto dal bando di gara, dalla stessa predeterminato quale causa di esclusione qualora l'impresa partecipante non avesse avuto sede legale nel comune o nella provincia di Messina.

### **Ritenuto in diritto**

La disposizione del bando di gara (punto 9)) e della lettera d'invito devono ritenersi nulle in quanto in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione, introdotto con l'art. 46 D.Lgs. 163/2006, nonché per violazione del principio di carattere generale di non discriminazione.

L'art. 46 co. 1 bis D.Lgs. 163/2006 stabilisce che: "1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

Il Consiglio di Stato, sez. III, 01 febbraio 2012, n. 493 ha ritenuto che: "l'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti, ha previsto la tassatività delle cause di esclusione, disponendo che la stazione appaltante può escludere i candidati o i concorrenti solo in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; ma i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione". Anche il T.A.R. Aosta, Valle d'Aosta, sez. I, 23 gennaio 2012, n. 6 ha affermato che: "Il nuovo disposto dell'art. 46 comma 1 bis, d.lg. n. 163 del 2006 ha introdotto il principio della tassatività della clausole di esclusione, limitando la discrezionalità delle stazioni appaltanti in tal senso, sicché laddove l'ipotesi di esclusione non rientri tra quelle tassativamente previste, non è possibile comminare l'esclusione della concorrente".

Pertanto il requisito territoriale previsto dalla lex specialis di gara, a pena di esclusione, è nullo in quanto in contrasto con il principio di tassatività.

Inoltre, il requisito di territorialità è nullo per violazione del principio di non discriminazione sancito dall'art. 2 co. 1 D.Lgs. 163/2006 secondo cui: "L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice". A questi principi si può eccezionalmente derogare ai sensi del co. 2 secondo cui: "Il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile".

Giova ricordare che l'Autorità, con Comunicato del Presidente del 20 ottobre 2010, in tema di bandi di gara e limitazioni di carattere territoriale ha precisato che: "I bandi di gara non possono stabilire limitazioni di carattere territoriale ai fini della partecipazioni a gare pubbliche e dell'esecuzione dei relativi contratti, quali disposizioni in grado di favorire gli operatori economici locali e di determinare effetti discriminatori nei confronti dei concorrenti non localizzati nel territorio (è evidentemente, infatti, che anche imprese aventi sede e organizzazione al di fuori del territorio interessato ben possono avere i requisiti tecnico-organizzativi necessari per assicurare un'efficiente esecuzione degli appalti)".

A tale riguardo, inoltre, si segnalano precedenti pareri di precontenzioso con cui l'Autorità ha affermato che: "*I criteri di valutazione dell'offerta, così come i requisiti di partecipazione alla gara, che privilegiano direttamente o indirettamente le imprese locali, si pongono in violazione dei principi comunitari in tema di concorrenza e parità di trattamento, nonché di libera circolazione, salvo il limite della logicità e della ragionevolezza, ossia della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito*" (cfr. AVCP parere n. 116 del 22.10.2009, n. 251 del 10.12.2008).

Orbene, nel caso di specie, non si rinvencono ragioni per derogare ai principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità in ragione dell'ammissione alla gara di concorrenti locali, posto che questo criterio selettivo non risponde ad una particolare esigenza né sociale, né economica, né funzionale.

Per contro, l'art. 3 punto 2) "soggetti ammessi e condizione di partecipazione" del Capitolato Speciale d'Oneri, non inerisce alle condizioni di partecipazione alla gara, ma richiede che il concorrente ammesso (ossia colui che ha sede legale nella Provincia di Messina) debba avere una sede operativa stabilmente funzionante nel territorio del comune o della provincia, o si impegni a costituirla entro 15 giorni dall'aggiudicazione. La disposizione non pone alcuno sbarramento alla partecipazione alla gara e può ragionevolmente ritenersi utile per la stazione appaltante e pertanto appare legittima.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disposizione del bando di gara (punto 9)) e della lettera d'invito sono nulle sia per contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione introdotto con l'art. 46 D.Lgs. 163/2006, sia per violazione del principio di carattere generale di non discriminazione e, quindi, la Cooperativa Progetto Vita è stata legittimamente riammessa alla gara.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 giugno 2014

Il Segretario Maria Esposito