

## **Parere n. 47 del 19 marzo 2014**

### **PREC 291/13/S**

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Virtus Buonconvento Società Sportiva Dilettantistica s.r.l. – “Avviso di selezione pubblica per l’affidamento in concessione del servizio relativo alla gestione dell’impianto natatorio “Cicci Rolla” in località Venere Azzurra” - Importo a base di gara € 1.300.000,00 – S.A. Comune di Lerici (SP).

#### **Esclusione per limitazione territoriale.**

#### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

#### **Considerato in fatto**

In data 22 novembre 2013 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale la Virtus Buonconvento Società Sportiva Dilettantistica s.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della nota del 13.11.2013 con la quale la stazione appaltante ha comunicato alla società qui istante di non accogliere la sua istanza di partecipazione in quanto “... ha scelto di invitare alla gara le società sportive iscritte alla federazione italiana nuoto della provincia di La Spezia...”.

Il Comune di Lerici ha indetto la gara in oggetto per la concessione del servizio ricreativo e sportivo di gestione dell’impianto natatorio ex art. 30 D.Lgs. 163/2006. A tal fine ha provveduto ad invitare gli operatori di cui all’art. 3 del bando, escludendo l’istante - che pure ne aveva fatto richiesta possedendo i requisiti di cui al medesimo articolo- adducendo di aver scelto di invitare alla gara solo le società iscritte alla federazione italiana nuoto della provincia di La Spezia.

Lamenta l’istante l’illegittimità di tale esclusione in quanto introduce una limitazione territoriale non consentita dai principi di massima concorrenzialità e non prevista nel bando di gara.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 13 dicembre 2013, la stazione appaltante ha specificato che trattandosi di servizio ricompreso nell’allegato IIB del Codice trovano applicazione solo alcune delle disposizioni in esso contenute e che, ai sensi dell’art. 30 del D.Lgs. n. 163/2006, le disposizioni del Codice non si applicano alle concessioni di servizi.

Pertanto, ribadisce il Comune di Lerici, l’amministrazione, invitando sette soggetti qualificati in relazione all’oggetto, e predeterminando i criteri selettivi, avrebbe puntualmente ottemperato alla previsione di cui al comma 3 del citato art. 30 che richiede che la scelta del concessionario debba avvenire previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, nel rispetto dei principi desumibili da Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici.

#### **Ritenuto in diritto**

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell’operato del Comune di Lerici che ha circoscritto la partecipazione alla selezione pubblica per l’affidamento in concessione del servizio relativo alla gestione dell’impianto natatorio indicata in oggetto, esclusivamente alle società sportive iscritte alla federazione italiana nuoto della provincia di La Spezia. Tale limitazione territoriale, nemmeno prevista nel bando di gara, secondo quanto rappresentato dalla Società sportiva dilettantistica a r.l. Virtus Buonconvento che non è stata ammessa a partecipare, sarebbe illegittima in quanto concreterebbe una palese violazione dei principi di cui all’art. 97 e 41 Cost. oltreché di quelli di imparzialità e *par condicio* di cui allo stesso art. 30 del D.Lgs. n. 163/2006 in materia di concessione di servizi.

La censura è fondata.

Si richiama al riguardo la deliberazione n. 31 del 21 marzo 2012 nella quale l’Autorità ribadisce, con riferimento all’affidamento mediante procedura negoziata di servizi sociali, che “pur trattandosi di servizi ai quali anche l’ordinamento comunitario riserva una particolare attenzione – oltre ad

essere riconducibili all'allegato II B e quindi esclusi dall'applicazione del codice dei contratti – devono in ogni caso richiamarsi le considerazioni che questa Autorità ha già formulato in diversi precedenti provvedimenti nei quali è stato trattato il tema delle clausole di territorialità. Al riguardo, è stato, infatti, evidenziato che dette condizioni contenute nei bandi di gara contrastano “con il principio costituzionale di parità di trattamento di cui all'articolo 3 della Costituzione ed è preclusa dalla normativa comunitaria in materia di appalti di servizi laddove si impone alle amministrazioni aggiudicatrici parità di trattamento tra i relativi prestatori. Anche nel Comunicato del Presidente dell'Autorità del 20 ottobre 2010, è stata richiamata l'attenzione delle stazioni appaltanti sulla illegittimità di clausole che pongano limitazioni territoriali ai fini della partecipazione alle gare pubbliche ed alla esecuzione dei relativi contratti; nel comunicato si è specificato pure che la medesima conclusione vale se dette clausole sono adottate in applicazione di leggi regionali, in quanto queste ultime non possono ritenersi conformi ai principi di uguaglianza e di libera circolazione delle persone e dei servizi.

Nel caso di specie, a differenza della fattispecie appena richiamata, la stazione appaltante, senza prevedere nulla nel bando di gara circa il requisito dell'iscrizione alla federazione italiana nuoto della provincia di La Spezia, ha arbitrariamente ritenuto di circoscrivere la partecipazione alla procedura *de qua* alle sole società in possesso di quel determinato requisito ponendo così il proprio operato in contrasto con le basilari regole di *par condicio* e tutela della concorrenza; ne consegue che l'esclusione disposta nei confronti della Società sportiva Virtus Buonconvento viola non solo i principi comunitari, ma anche gli artt. 41 e 97 Cost. oltretutto gli artt. 2 e 30 D.Lgs. 163/2006. A nulla rileva, poi, la opposta applicazione dell'art. 30 D.Lgs. 163/2006 il quale, al contrario di quanto affermato dalla stazione appaltante, impone, anche nelle procedure semplificate di assegnazione delle concessioni di servizi, il “... rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità...” (art. 30 co. 3).

Nel caso oggetto di esame, poi, l'esclusione disposta nei confronti della Società sportiva Virtus Buonconvento appare viepiù illegittima in considerazione del possesso da parte di quest'ultima dei requisiti di partecipazione richiesti nel bando di gara. Né tale esclusione può giustificarsi in ragione di quanto previsto all'art. 20 della legge regionale n. 40 del 7 ottobre 2009 “ Testo Unico della normativa in materia di sport” secondo cui la gestione degli impianti sportivi è affidata dagli enti territoriali proprietari, in via preferenziale, a società e associazioni sportive dilettantistiche, Enti di Promozione Sportiva, Discipline Sportive Associate e federazioni Sportive nazionali, senza che sia prevista alcuna limitazione territoriale.

Ancora, con la comunicazione della Commissione europea del 12 aprile 2000, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. C 121 del 29/04/2000, richiamata e sviluppata da una circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche Comunitarie n. 945 del 01.03.2002, è stato confermato che i principi di evidenza pubblica, da attuare in modo proporzionato e congruo all'importanza della fattispecie in rilievo, vanno applicati, in quanto dettati in via diretta e *self-executing* dal Trattato, anche alle fattispecie non interessate (nella specie concessione di servizi) da specifiche disposizioni comunitarie volte a dare la stura ad una procedura competitiva puntualmente regolata.

Con la comunicazione della Commissione si è rimarcato che “benché il Trattato non contenga alcuna esplicita menzione degli appalti pubblici né delle concessioni, molte delle sue disposizioni sono rilevanti in materia. Si tratta delle norme del Trattato che presiedono e garantiscono il buon funzionamento del mercato unico, tra cui quelle che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (art. 12, paragrafo 1, ex articolo , paragrafo 1)...”.

Da quanto sopra, emerge con chiarezza che l'operato della stazione appaltante che, in forza di una limitazione territoriale non prevista nel bando, e conseguentemente nemmeno nota ai soggetti interessati a partecipare alla procedura, ha ritenuto di ammettere alla gara solo ed esclusivamente le società sportive iscritte alla federazione italiana nuoto della provincia di La Spezia, sia illegittimo

per violazione dei principi di non discriminazione, imparzialità, parità di trattamento e massima partecipazione e per violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato.  
In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della Virtus Buonconvento Società Sportiva Dilettantistica s.r.l. sia illegittima.

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 marzo 2014

Il Segretario Maria Esposito