

Parere n.194 del 10/11/2011

PREC 52/11/S-F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla società "LG servizi S.a.s." di Gasbarri Mario - "Affidamento in concessione del servizio di rifacimento totale della numerazione civica esterna ed interna. Targhe di toponomastica, aggiornamento dello stradario e della cartografia comunale" - Importo a base d'asta € 231.783,00 (Iva esclusa) - S.A.: Comune di Vetralla (VT).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 10 febbraio 2011 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale la Società "LG Servizi S.a.s." di Gasbarri Mario ha chiesto l'annullamento dell'avviso esplorativo e della successiva gara per l'affidamento in concessione del servizio indicato in oggetto per i motivi di seguito indicati, già evidenziati dall'istante in precedenti note inviate agli uffici comunali e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato:

- La scelta del Comune di Vetralla di affidare in concessione il servizio in oggetto non può che penalizzare il cittadino in quanto la società concessionaria, cui è trasferito il rischio di tutta la gestione, si trova costretta a maggiorare l'importo del servizio in previsione del possibile mancato pagamento da parte dei cittadini beneficiari del servizio stesso;
- Il bando di gara richiede che il capitale sociale interamente versato non possa essere inferiore a €100.000,00; tale requisito di partecipazione preclude la partecipazione alla gara alle ditte individuali e/o alle società di persone.;
- La *lex specialis* è illegittima in quanto ha previsto, tra i requisiti di capacità tecnica, l'obbligo "*di possedere almeno un'esperienza svolta e conclusa negli ultimi tre anni, comprovata mediante la presentazione di attestati rilasciati dal Comune di competenza in almeno tre Comuni con popolazione pari o superiore a quella dell'Ente appaltante per servizi di rilevazione, fornitura e posa in opera della numerazione civica per un importo non inferiore a € 230.000,00*" (art. 4 lett. b dell'avviso integrale).

A riscontro dell'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 15 marzo 2011, il Comune di Vetralla ha rappresentato quanto segue.

In esecuzione della delibera del Commissario straordinario n. 33 del 28.10.2010, il responsabile del II Settore - Servizi demografici - del Comune di Vetralla ha pubblicato sul sito comunale, in forma integrale, e, per estratto, nella G.U. della Repubblica italiana, un avviso esplorativo per le società interessate all'affidamento della concessione del "*servizio di rifacimento totale della numerazione civica esterna ed interna; targhe di toponomastica, aggiornamento dello stradario e della cartografia comunale*"; a seguito di detta pubblicazione sono pervenute quattro manifestazioni di interesse; dall'esame della documentazione inviata è risultato che una di queste società, anche consorziandosi o compartecipando con altre imprese, non possedeva i requisiti richiesti; le restanti ditte, tra le quali la "LG Servizi S.a.s", venivano, quindi, invitate a partecipare alla procedura informale, ex art. 30 del D.Lgs. n. 163 del 2006, secondo quanto disposto nel disciplinare di gara, con l'avvertenza che si sarebbe proceduto all'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta; alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte è pervenuta una sola offerta da parte della ditta "Salimbanì Servizi S.r.l." cui è stato affidato il servizio in oggetto.

La stazione appaltante ha ribadito quindi la legittimità del proprio operato, considerato che la scelta di ricorrere all'affidamento in concessione del servizio in parola rispondeva alla necessità di trasferire il rischio della attività di gestione e dei pagamenti direttamente al concessionario; pertanto, la procedura seguita è stata attivata nel rispetto di quanto disposto al richiamato art. 30 del D.Lgs. n. 163 del 2006.

Il Comune di Vetralla conclude, poi, precisando che il requisito del capitale sociale interamente versato (di importo non inferiore a € 100.000,00) poteva essere assicurato anche mediante ricorso all'istituto dell'avvalimento.

In sede di istruttoria procedimentale ha presentato controdeduzioni anche la società "Salimbanì Servizi S.r.l.", aggiudicataria della gara in questione, eccependo in via preliminare l'inammissibilità della richiesta di parere presentata dalla "LG Servizi S.a.s.", la quale, sebbene invitata, non ha partecipato alla selezione né ha ritirato la documentazione di gara, ivi compreso l'attestato di sopralluogo, tenendo così una condotta del tutto disinteressata all'esito della procedura.

Nel merito, poi, la suddetta società ha voluto evidenziare che la scelta di affidare il servizio in concessione e non in appalto è scaturita da una mera impostazione gestionale dell'ente locale, a tutela della sua incolumità finanziaria e che il mancato possesso del requisito del capitale sociale interamente versato in misura non inferiore a € 100.000,00 non è stato assunto a motivo di esclusione della società istante.

Ritenuto in diritto

La questione controverta oggetto del presente esame concerne la legittimità della procedura indetta dal Comune di Vetralla per l'affidamento in concessione del servizio in oggetto.

Al riguardo, corre innanzitutto l'obbligo di evidenziare che, come più volte precisato da questa Autorità, il requisito della partecipazione alla procedura concorsuale è generalmente ritenuto necessario per poter rivolgere l'istanza di parere, anche alla luce della causa di inammissibilità introdotta dall'art. 3 del nuovo Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie, ai sensi dell'articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (in G.U. 28 gennaio 2008, n. 23), attinente alla *"assenza di una controversia insorta fra le parti"*. Infatti, chi non abbia partecipato alla procedura concorsuale, resta un soggetto terzo rispetto ad eventuali controversie. Ciò non toglie che in casi eccezionali, quando la richiesta di parere investe questioni relative ad aspetti cruciali delle regole della concorrenza, possa sussistere un interesse strumentale di un soggetto non partecipante alla gara all'enunciazione di principi atti ad orientare, anche in futuro, le stazioni appaltanti nella stesura dei documenti di gara, in linea con le regole del mercato.

Nel caso di specie, la "LG Servizi S.a.s.", ancorché invitata, ha preferito non partecipare alla selezione per l'affidamento in concessione del servizio, e deciso di non presentare offerta. A stretto rigore, quindi, essa non avrebbe titolo a presentare un'istanza di parere in sede di precontenzioso. Il principio secondo cui l'affidamento di un servizio in concessione non possa essere sottratto ai principi espressi dal Trattato in tema di tutela della concorrenza anche in base alla regola codificata nell'art. 30 del Codice dei contratti, induce, tuttavia, questa Autorità a ritenere che la vicenda riguardi, ai fini dell'ammissibilità della richiesta di parere, aspetti fondamentali delle regole della concorrenza, sui quali la stessa è istituzionalmente chiamata a pronunciarsi nell'ambito della propria attività di vigilanza.

Tuttavia, passando al merito, la questione proposta dalla società istante non presenta apprezzabili elementi di novità rispetto alle determinazioni assunte dalla stazione appaltante.

La scelta operata dal Comune di Vetralla, di procedere all'affidamento del servizio in concessione, piuttosto che in appalto, rientra nella discrezionalità dell'ente locale e risponde alla necessità che l'affidatario assuma il rischio legato alla gestione del servizio e ad eventuali contenziosi con l'utenza, considerato che i proprietari delle abitazioni da censire sono tenuti a corrispondere direttamente al concessionario il corrispettivo del servizio prestato.

Ora, mentre l'appalto di servizi è soggetto alle disposizioni del Codice, la concessione di servizi pubblici soggiace esclusivamente ai principi desumibili dal Trattato e ai principi generali relativi ai contratti pubblici, quali la non discriminazione, la trasparenza, l'adeguata pubblicità, la parità di trattamento, la proporzionalità. Segnatamente, il principio di trasparenza è strettamente legato al principio di non discriminazione, in quanto garantisce condizioni di concorrenza non falsate ed esige che le amministrazioni concedenti rendano pubblica, con mezzi idonei ed appropriati, la loro intenzione di ricorrere ad una concessione.

Nel caso di specie, il Comune di Vetralla ha provveduto a pubblicare l'avviso esplorativo contenente tutte le informazioni necessarie affinché ogni eventuale potenziale concessionario fosse in grado di valutare il proprio interesse a partecipare alla procedura, indicando, nello specifico, i criteri di selezione e di valutazione in base a criteri obiettivi.

Quanto al prescritto requisito del capitale sociale interamente versato in misura non inferiore a € 100.000,00, è appena il caso di evidenziare che il mancato possesso di detto requisito non è stato assunto a motivo di esclusione (disposta, peraltro, nei confronti di altra società ritenuta non sufficientemente solida) nei confronti della società istante (che, anzi è stata invitata a presentare la propria offerta), così come vale precisare che lo stesso avviso esplorativo prevedeva all'art. 4 lett. a) che il possesso di detto requisito potesse essere comprovato mediante ricorso all'istituto dell'avvalimento.

L'aver poi previsto, tra i requisiti di capacità tecnica, un *"Fatturato realizzato negli ultimi tre esercizi finanziari non inferiore a € 230.000,00 per servizi di numerazione civica direttamente presso comuni"*, a fronte di un importo posto a base di gara di € 231.783,00, non appare sproporzionato o irrazionale, avuto riguardo anche all'indagine effettuata dalla stessa stazione appaltante in relazione agli affidamenti posti in essere da altri Comuni.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato dell'amministrazione sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 novembre 2011

Il segretario: Maria Esposito