

Deliberazione n. 129 del 9.05.2007

PREC100/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla ASSIMPREDIL ANCE - progettazione esecutiva e realizzazione di lavori di ristrutturazione di diversi immobili comunali. S.A. Comune di Sesto San Giovanni.

IL CONSIGLIO

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

Considerato in fatto

In data 18.1.2007 il Comune di Sesto San Giovanni ha pubblicato il bando per l'affidamento indicato in oggetto da aggiudicarsi a procedura ristretta, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il bando è accompagnato da una "Nota esplicativa" tesa ad illustrare i contenuti del bando stesso e a fornire ulteriori informazioni sui requisiti di partecipazione.

Per quanto riguarda la normativa di riferimento, applicabile all'appalto, il bando contiene rinvii sia alla normativa di cui al d. Lgs. n. 163/2006 sia alla direttiva 2004/18/CE. In particolare, per quanto attiene alle condizioni di partecipazione, vengono richiesti requisiti relativi alla capacità economica-finanziaria (cifra d'affari) e tecnica (elenco lavori significativi e fatturato), mentre le categorie di attestazione SOA vengono richiamate ai soli fini dell'individuazione delle lavorazioni di pertinenza dell'appalto.

Inoltre, è previsto un limite al numero degli operatori che saranno invitati, con espressa disapplicazione dell'articolo 62 del d. Lgs. n. 163/2006 e rinvio all'articolo 44.3 della direttiva 2004/18/CE.

In data 15 marzo 2007 è pervenuta l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale l'ASSIMPREDIL ANCE contesta il bando di che trattasi, lamentando l'applicazione dell'istituto della forcilla e la mancata previsione dell'esclusività del possesso dell'attestazione SOA quale requisito di partecipazione.

A parere della S.A., secondo quanto riportato nelle considerazioni dedotte in sede di contraddittorio documentale, dopo aver preliminarmente eccepito l'applicabilità dell'istituto della risoluzione delle controversie alla fattispecie in esame, in quanto la medesima stazione appaltante non ha formulato all'Autorità alcuna istanza di parere, evidenzia che la Corte Costituzionale (sentenza n. 302/2003) ha ritenuto il d.P.R. 34/2000 inapplicabile alle opere di interesse regionale. Inoltre, la Nota esplicativa al bando contiene disposizioni di rinvio al sistema di qualificazione di cui al d.P.R. 34/2000.

Per quanto attiene all'applicazione dell'istituto della forcella, la S.A. osserva che l'articolo 62 del d. Lgs. n. 163/2006 si pone in contrasto con la direttiva 2004/18/CE e pertanto ha ritenuto di dover disapplicare la norma interna contrastante con quella comunitaria.

Ritenuto in diritto

1. In relazione all'eccezione di procedibilità dell'istituto per la soluzione delle controversie di cui all'articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 sollevata dalla stazione appaltante, si precisa che ai sensi dell'articolo 2, comma 1 del Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie, l'istanza di parere può essere rivolta all'Autorità dalla stazione appaltante, da una parte interessata ovvero da più parti interessate, singolarmente o congiuntamente.

Sussistono pertanto i presupposti per una pronuncia sulla questione da parte dell'Autorità.

2. Sul merito della questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità, ed in particolare per quanto attiene alla richiesta di ulteriori requisiti in aggiunta al possesso dell'attestazione SOA peraltro non previsto dal bando come requisito obbligatorio) ed a quanto rappresentato dalla S.A. in riferimento alla inapplicabilità del regolamento di qualificazione alle opere di interesse regionale, si fa presente quanto segue.

Le disposizioni sulla qualificazione attengono, come già rilevato dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 482/1995, nonché come si evince dalla recente pronuncia della Suprema Corte n. 65/2005, all'esclusiva competenza dello Stato, in quanto rientranti nella materia della regolamentazione della concorrenza..

La stretta connessione con quest'ultima viene evidenziata dall'articolo 4, comma 3 del d. Lgs. n. 163/2006, che individua, nel rispetto dell'articolo 117 della Costituzione, la qualificazione materia in relazione alla quale le regioni non possono statuire una disciplina diversa da quella dettata dal medesimo decreto, in quanto essa afferisce al nucleo principale del contenuto del Codice dei contratti, nel quale la concorrenza assume rilevanza strategica e preponderante.

La richiamata pronuncia della Corte Costituzionale n. 345/2004 ha chiarito che "le procedure ad evidenza pubblica hanno assunto un rilievo fondamentale per la tutela della concorrenza tra i vari operatori economici interessati alle commesse pubbliche. Viene in rilievo, a questo proposito, la disposizione di cui all' art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, secondo la quale spetta allo Stato legiferare in via esclusiva in tema di tutela della concorrenza. Al riguardo la giurisprudenza di questa Corte (sentenze nn. 14 e 272 del 2004) ha posto in evidenza che si tratta di una competenza trasversale, che coinvolge più ambiti materiali, si caratterizza per la natura funzionale (individuando, più che degli oggetti, delle finalità in vista delle quali la potestà legislativa statale deve essere esercitata) e vale a legittimare l'intervento del legislatore statale anche su materie, sotto altri profili, di competenza regionale. Peraltro la stessa giurisprudenza ha chiarito che l'intervento del legislatore statale è legittimo se contenuto entro i limiti dei canoni di adeguatezza e proporzionalità."

Sulla base di quanto sopra, ai sensi dell'articolo 253, comma 2, del d. Lgs. n. 163/2006 per i lavori pubblici continuano ad applicarsi le disposizioni di cui al d.P.R. 34/2000.

Come rilevato dall'Autorità, da ultimo, nella deliberazione n. 108/2007, l'attestazione di qualificazione rilasciata a norma del d.P.R. 34/2000 costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici e le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal medesimo decreto.

3. Per quanto attiene alla disapplicazione operata dalla S.A. dell'articolo 62 del d. Lgs. n. 163/2006 in quanto ritenuto in contrasto con l'articolo 44, comma 3 della direttiva 2004/18/CE, si rileva che la disposizione comunitaria consente alle amministrazioni aggiudicatrici ("possono") di limitare il numero di candidati idonei che inviteranno a presentare offerta. L'omologo articolo del Codice dei contratti, dispone che nelle procedure ristrette relative a lavori di importo pari o superiore a quaranta milioni di euro, le stazioni appaltanti, quando lo richieda la difficoltà o la complessità dell'opera, possono limitare il numero di candidati idonei che inviteranno a presentare un'offerta.

Nel caso in cui la norma comunitaria contenga delle disposizioni che attribuiscono determinate facoltà alle amministrazioni appaltanti, lo Stato membro, nella propria autonomia di recepimento, può prevedere delle modalità di attuazione della norma stessa anche più restrittive o comunque diversamente modulative della facoltà di che trattasi. Nel caso di specie, il recepimento operato dal legislatore nazionale ha posto un presupposto - la soglia di quaranta milioni di euro e la difficoltà o la complessità dell'opera - che mira a tutelare la concorrenza

Non si rinviene alcun contrasto con la disposizione comunitaria e quindi non si pone una questione di disapplicazione della norma nazionale rispetto a quella comunitaria.

In base a quanto sopra considerato

IL CONSIGLIO

ritiene che il bando di che trattasi risulta non conforme alla vigente normativa sugli appalti di lavori pubblici.

IL CONSIGLIERE RELATORE

Alessandro Botto

IL PRESIDENTE

Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 Maggio 2007