

## Illegittima la cd. clausola di territorialità

di Benedetta Scaglia

Data di pubblicazione: 21-6-2019

### **Contratti pubblici – requisiti di partecipazione – clausola della territorialità – illegittimità – violazione dei principi di parità di trattamento e di libera concorrenza**

È illegittima la cd. clausola di territorialità che impone al concorrente, ai fini della partecipazione alla gara, di disporre di una sede operativa in un determinato Comune e a una distanza minima dai confini del territorio comunale. È questa la conclusione a cui è giunto il Consiglio di Stato con la sentenza in commento all'esito del giudizio in appello promosso dal Comune avverso la sentenza di primo grado che aveva ritenuto illegittima la *lex specialis* di gara.

In particolare, la lettera di invito prevedeva che *“la partecipazione alla procedura dovrà essere limitata agli operatori economici localizzati”* in determinate zone del territorio comunale o comunque a una distanza di 0,5 km dal confine comunale. A fondamento di tale scelta, l'Amministrazione ha sostenuto che la clausola non avesse efficacia preclusiva della partecipazione, ben potendo essere compensata con il ricorso all'istituto dell'avvalimento o del raggruppamento temporaneo di imprese.

Il Collegio, in linea con il prevalente orientamento giurisprudenziale, ha dichiarato la clausola “irragionevole” perché contraria ai principi eurounitari di libera concorrenza e massima partecipazione che vietano la discriminazione *ratione loci*. I parametri di localizzazione territoriale fissati nella lettera di invito avrebbero quindi determinato uno squilibrio della *par condicio*, consentendo la partecipazione solo a quelle imprese con la sede in un ristrettissimo perimetro territoriale e sfavorendo tutte le altre, senza che tale limite trovasse alcuna giustificazione in un interesse prevalente.

Appare opportuno comunque evidenziare che, tutt'al più, come ritenuto dalla prevalente giurisprudenza, la richiesta di una sede operativa all'interno di un determinato territorio, ove giustificata dalla tipologia e natura delle prestazioni oggetto dell'appalto, potrebbe essere richiesta quale requisito di esecuzione, ma giammai di partecipazione.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 15/05/2019

N. 03147/2019REG.PROV.COLL.

N. 03707/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3707 del 2018, proposto da:

Comune di Calenzano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,



rappresentato e difeso dagli avvocati Leonardo Limberti ed Annalisa

Lauteri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Annalisa Lauteri

in Roma, via Panama, 58;

***contro***

Consorzio Parts & Services, in persona del legale rappresentante *pro*

*tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Annalisa Di Giovanni, con

domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di San Basilio, 61;

***per la riforma***

della sentenza breve del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE I n. 00356/2018, resa tra le parti, concernente l'impugnativa della lettera di invito dell'8 gennaio 2018 per l'affidamento del servizio di manutenzione degli automezzi di proprietà comunale e della Società "Calenzano Comune s.r.l." per il triennio 2018/2020 con particolare ma non esclusivo riferimento: - alla determina a contrarre n. 651 del 28.11.2017;-all'indagine di mercato esplorativa per la manifestazione di interesse;-ad ogni ulteriore atto presupposto, connesso e/o consequenziale a quelli sopra elencati, ancorché non cognito; nonché per la declaratoria di inefficacia

*ex tunc, ai*

sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., del contratto nelle more eventualmente

stipulato e/o stipulando tra la società aggiudicataria e l'Amministrazione

resistente e per la conseguente condanna della stazione appaltante al

risarcimento in forma specifica, mediante aggiudicazione dell'appalto alla

ricorrente e subentro nel contratto eventualmente stipulato, ovvero, in

subordine, al risarcimento per equivalente monetario del danni subiti dal

ricorrente in conseguenza dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio Parts & Services;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 ottobre 2018 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Annalisa Lauteri e Annalisa Di Giovanni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.- Il Comune di Calenzano ha interposto appello nei confronti della

sentenza 8 marzo 2018, n. 356 del Tribunale amministrativo regionale per

la Toscana, sez. I, che ha accolto il ricorso del Consorzio Parts & Services

avverso la lettera di invito in data 8 gennaio 2018 (e gli atti presupposti) per

l'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria degli

automezzi di proprietà comunale e della “Calenzano Comune s.r.l.” in

relazione al triennio 2018/2020.

La controversia concerne la procedura negoziata, preceduta da avviso esplorativo, indetta dal Comune di Calenzano sulla base del criterio del prezzo più basso, recante la previsione di una “clausola di territorialità” imponente, per la partecipazione, che il concorrente disponga di una sede operativa in un determinato Comune o ad una distanza minima dalle sedi dell’Amministrazione comunale.

Il Consorzio Parts & Services, dopo avere invano presentato istanza in autotutela, chiedendo la modifica del criterio di aggiudicazione e della “clausola di territorialità”, non ha presentato una propria offerta.

Con il ricorso in primo grado il Consorzio ha impugnato la lettera di invito e gli atti presupposti, deducendo la violazione del principio di tassatività delle clausole escludenti e del principio di non discriminazione in relazione alla prescrizione (a pena di esclusione) della partecipazione di operatori

economici dotati di sede operativa localizzata in Comuni limitrofi e comunque entro la distanza di 0,5 chilometri dal confine comunale delle zone abitate e/o industriali di Calenzano, nonché l'illegittima utilizzazione del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, trattandosi di servizio non "ad elevata ripetibilità".

2. - La sentenza in forma semplificata appellata ha accolto il ricorso ritenendo illegittima la clausola di territorialità a pena di esclusione, in

quanto in violazione del criterio della *par condicio* tra gli operatori, nonché

insussistenti i presupposti, previsti dall'art. 95, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 50

del 2016, per fare ricorso al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso,

trattandosi di servizio non standardizzato né ripetitivo.

3.- Con il presente gravame il Comune di Calenzano ha dedotto anzitutto la violazione del diritto di difesa, essendo stata adottata una sentenza in forma semplificata in assenza di un'istanza cautelare, e dunque in violazione dell'art. 60 Cod. proc. amm., e comunque l'erroneità della sentenza stessa per omessa pronuncia sull'eccezione di irricevibilità del ricorso, oltre che per travisamento dei fatti in relazione al requisito della territorialità ed al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.

4. - Si è costituito in resistenza il Consorzio Parts & Services eccependo la nullità della procura e comunque l'infondatezza nel merito del ricorso in appello, riproponendo, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., le domande svolte in primo grado ed assorbite dalla sentenza.

5. - All'udienza pubblica del 30 ottobre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.- Va anzitutto esaminata l'eccezione, svolta dal Consorzio Parts & Services, di inammissibilità dell'appello per nullità della procura speciale in calce, rilasciata in data 24 aprile 2018, a fronte del ricorso sottoscritto il successivo 26 aprile.

L'eccezione è infondata.

Dal combinato disposto degli artt. 39 Cod. proc. amm. e 83 Cod. proc. civ. si evince infatti che la procura speciale deve essere rilasciata prima o contestualmente all'atto sul quale è apposta, essendo rilevante la specialità della procura (assicurata dal riferimento ad una determinata lite) e non già la conoscenza, da parte del rappresentato, del contenuto degli atti difensivi predisposti dal procuratore legale (esattamente in termini Cons. Stato, V, 26 aprile 2018, n. 2522).

2. - Con il primo motivo di appello il Comune di Calenzano deduce la violazione del diritto di difesa, nella considerazione che la sentenza in forma semplificata sia stata assunta in assenza di una specifica domanda cautelare, e dunque anche in violazione dell'art. 60 Cod. proc. amm., essendole stata anche preclusa la produzione di documenti.

Il motivo è infondato.

Il giudice di prime cure ha correttamente fissato la camera di consiglio del 28 febbraio 2018, essendo dal ricorso di primo grado evincibile la proposizione della domanda cautelare, a prescindere dalla sua fondatezza nella prospettiva dell'assolvimento dell'onere probatorio e finanche dalla sua ammissibilità.

L'art. 60 Cod. proc. amm. prevede che il giudice, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite le parti sul punto, può definire in camera di consiglio il giudizio con sentenza in forma semplificata, salvo che una delle parti dichiari che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione.

In assenza di tali dichiarazioni difensive, la conversione del rito è a chiara caratterizzazione ufficiosa (Cons. Stato, III, 7 luglio 2014, n. 3453).

A stretto rigore, il motivo oggetto di scrutinio è anche inammissibile, atteso che la mancata opposizione delle parti costituite in giudizio circa la possibilità di definire immediatamente il ricorso con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 Cod. proc. amm. inibisce alle stesse parti di censurare in appello tale scelta del Collegio giudicante (Cons. Stato, V, 17 luglio 2013, n. 3892).

In ogni caso, è inferibile dal verbale dell'udienza camerale come il Presidente del Collegio abbia informato i difensori delle parti del fatto che il ricorso poteva essere definito con una decisione in forma semplificata, senza che il difensore dell'Amministrazione comunale abbia espresso la propria opposizione, limitandosi a concludere nel senso dell'inammissibilità e tardività del ricorso. Quanto al fatto che lo stesso difensore si sia limitato a svolgere difese orali senza neppure effettuare una tempestiva produzione documentale, si tratta di una scelta di strategia difensiva che non rileva ai fini del contraddittorio processuale, così come non rileva neppure la mancata comparizione alla camera di consiglio delle parti costituite.

3. - Il secondo motivo lamenta poi la mancata pronuncia sull'eccezione di irricevibilità del ricorso di primo grado, argomentata nella considerazione che il ricorso, consegnato per la notificazione in data 7 febbraio 2008, concerneva l'impugnativa non solo della lettera di invito in data 8 gennaio 2018, ma anche della determina a contrarre n. 651 del 28 novembre 2017, nonché dell'indagine di mercato esplorativa pubblicata nell'albo pretorio a decorrere dal 28 novembre 2017, già contemplanti la clausola di "territorialità" ed il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, e rispetto alle quali non risulta, ad avviso dell'appellante, rispettato il termine dimidiato dei trenta giorni.

Va premesso, al riguardo, che l'omessa pronuncia su una o più censure e/o eccezioni non configura un

*error in procedendo, tale da comportare*

l'annullamento della decisione con rinvio della controversia al giudice di

primo grado, ma solo un vizio dell'impugnata sentenza che il giudice di

appello è legittimato ad eliminare, integrando la motivazione carente o

comunque decidendo sul merito (in termini Cons. Stato, V, 4 luglio 2018, n.

4095; IV, 3 dicembre 2018, n. 6824).

Si tratta peraltro di un motivo infondato, atteso che l'interesse al ricorso

non può che definirsi con la lettera di invito, costituente *lex specialis* della

gara. La determina a contrarre e l'indagine di mercato sono atti

chiaramente endoprocedimentali e preparatori, inidonei a costituire in capo

a terzi posizioni di interesse qualificato.

In particolare, la determina a contrarre adempie alla funzione della corretta assunzione dell'impegno di spesa da parte dell'Amministrazione, esauendo gli effetti all'interno dell'Amministrazione; del pari, l'indagine di mercato serve a selezionare gli operatori da invitare, esauendo la sua funzione in tale dimensione prodromica all'indizione della procedura di affidamento.

4. - Con il terzo motivo viene poi criticata, nel merito, la sentenza nella parte in cui ha ritenuto illegittima l'apposizione della clausola della territorialità per violazione dei principi di libera concorrenza e parità di trattamento, laddove la prescrizione stessa rinviene il proprio fondamento di razionalità nelle ragioni di economicità e di risparmio del tempo connesse al più agevole raggiungimento della sede dell'appaltatore (autofficina) in un ambito geografico prossimo alla sede dell'Amministrazione, come bene evincibile dalla determinazione n. 1/AGI del 2 gennaio 2018. Del resto, i

requisiti di partecipazione alla gara sono espressione dell'ampia discrezionalità di cui gode la stazione appaltante, riveniente il proprio limite solamente nelle previsioni illogiche o sproporzionate. La ragionevolezza della clausola di territorialità non ha comunque un'efficacia preclusiva della partecipazione, bene potendo essere compensata mediante ricorso all'istituto dell'avvalimento, ovvero all'associazione temporanea di imprese.

Il motivo è infondato.

La clausola in questione dispone dunque che *«i soggetti affidatari dei*

*servizi in questione devono essere localizzati, per ovvie ragioni di*

*economicità, in prossimità delle sedi dell'Amministrazione Comunale, e che*

*quindi la partecipazione alla procedura dovrà essere limitata agli operatori*

*economici che operano in tali zone, identificabili nella zona abitata e/o*

*industriale di Calenzano e della frazione di Settimello, con esclusione delle*

*altre frazioni (Legri, Carraia, Le Croci, La Chiusa, ecc.) situate nella parte*

*alta del territorio comunale; saranno inoltre ammesse a partecipare le ditte*

*che hanno la sede operativa localizzata in comuni limitrofi (Prato, Campi*

*Bisenzio e Sesto Fiorentino) entro la distanza indicativa di 0,5 km dal*

*confine comunale delle zone abitate e/o industriali di Calenzano».*

Si tratta di una clausola irragionevole, al di là del corredo motivazionale sotteso, in quanto preclusiva della partecipazione di operatori che, seppure ubicati nel territorio di Calenzano, non si trovino nelle sole frazioni indicate

dalla *lex specialis*, ovvero collocati al di fuori del Comune, ad una distanza

di soli 0,5 chilometri dal confine comunale con le frazioni abitate e/o

industriali. L'irragionevolezza è ravvisabile nella ristrettezza degli

eterogenei parametri fissati dalla lettera di invito, che, per quanto finalizzati

all'economicità, violano in modo non proporzionato i principi di libera

concorrenza e di massima partecipazione, di matrice anche eurounitaria, i

quali vietano ogni discriminazione dei concorrenti *ratione loci*. La

comparazione degli interessi ha condivisibilmente indotto il primo giudice ad

affermare che i limiti prima indicati di localizzazione territoriale incidono

sulla *par condicio* della procedura «*consentendo la partecipazione solo a*

*imprese che risultino avere una sede entro un ristrettissimo perimetro, con*

*l'effetto di favorire determinati operatori a discapito di altri, senza che detto*

*discrimine appaia giustificato o proporzionato in relazione ad un qualche*

*interesse ritenuto prevalente».*

5. - Sebbene la reiezione del motivo ora esaminato sulla clausola di territorialità abbia portata assorbente ai fini del decidere, si procede brevemente, solo per completezza di esposizione, ad esaminare il quarto ed ultimo motivo, il quale critica la statuizione di primo grado che ha ritenuto illegittima e non motivata la scelta del criterio del prezzo più basso in relazione ad un servizio (di manutenzione del parco automezzi) non riconducibile tra quelli “standardizzati” ovvero caratterizzati da “elevata ripetitività”, secondo i paradigmi fissati dall’art. 95, comma 4, lett. b) e c), del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il mezzo, ammissibile in quanto sufficientemente specifico, è anche fondato.

Ed infatti, pur trattandosi di una tematica controversa specie in relazione al progressivo diffondersi della mecatronica, ritiene il Collegio, anche tenuto conto dei motivi riproposti dall’appellato Consorzio con la memoria di

costituzione, che nel caso di specie non sia censurabile l'adozione del criterio del prezzo più basso, in quanto le prestazioni oggetto dell'appalto hanno natura standardizzata e ripetitiva, ed anche perché non ricorre l'affidamento di un servizio ad alta intensità di manodopera, tale da imporre l'obbligatorio ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (esattamente in termini Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 605).

6. - In conclusione, alla stregua di quanto disposto, l'appello va respinto, nei sensi di cui in motivazione.

La peculiarità della controversia giustifica la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente FF

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore