

Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza n. 3147 del 15 maggio 2019

Partecipazione alla gara – Clausola di territorialità- Preclusione della partecipazione – Violazione della par condicio

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:
....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato in Roma, via

contro

....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di

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 "....." 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 dei 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

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il 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 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 “.....” in relazione al triennio 2018/2020.

La controversia concerne la procedura negoziata, preceduta da avviso esplorativo, indetta dal 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, 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, 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 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 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, 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 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

dichiarati 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, 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 meccatronica, 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

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO