

- **La tutela delle MPMI e il principio di territorialità nel decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50**
- **Le clausole di territorialità nella legislazione regionale: alcuni esempi**
- **L'inserimento delle clausole di territorialità nella *lex specialis* di gara**
- **Gli interventi della Giurisprudenza amministrativa**
- **La tutela delle MPMI e il principio di prossimità nel decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36**



### Distinzione fondamentale tra

- **criteri di selezione**, attinenti alla idoneità degli operatori economici, cioè la verifica della loro ammissibilità avviene sulla base della loro capacità economica, tecnico-professionale e finanziaria;
- **e**
- **criteri di aggiudicazione: riguardanti gli elementi per la selezione dell'offerta**, sulla base dell'offerta più vantaggiosa dal punto di vista economico e sulla base del prezzo più basso.
- **Con riguardo ai criteri di selezione dell'offerta, si discute della possibilità di poter introdurre fra i principi tenuti in considerazione, anche quello di prossimità.**
- L'inserimento di tale clausola nella *lex specialis* di gara, benché finalizzata a favorire l'effettiva partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, limitrofe al luogo di esecuzione dell'appalto, **può comportare la lesione di fondamentali principi dell'evidenza pubblica: in primis, quello della libera concorrenza ma, anche, quello di non discriminazione e parità di trattamento.**



- Preliminarmente, è necessario precisare che all'interno del Codice dei contratti pubblici di cui al D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 manca una definizione del principio di territorialità.
- Dottrina e giurisprudenza hanno fatto ricostruire il principio di territorialità, come attinente a quelle clausole volte a **valorizzare un elemento di localizzazione territoriale degli operatori economici**.
- Tipicamente, le clausole di territorialità vengono inserite nei documenti di gara per soddisfare tre diversi obiettivi:
  - 1) **come requisito di partecipazione alla procedura: in tal caso**, la stazione appaltante richiede la presenza di una sede operativa che sia contigua al luogo in cui debba essere eseguito l'appalto e, la carenza del requisito, comporta l'esclusione dalla gara.
  - 2) **quale criterio per l'attribuzione di punteggi premiali: in questa ipotesi** l'attribuzione di punteggi premiali è possibile soltanto nelle procedure da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nelle quali la presenza di una sede all'interno di un dato perimetro territoriale comporta l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo nella valutazione dell'offerta tecnica.



- 3) in **quanto requisito di esecuzione del contratto**: in tale ultima tipologia la disponibilità della sede operativa, prossima al luogo di esecuzione dell'appalto, non viene richiesta già al momento di presentazione dell'offerta, bensì quale impegno a dotarsene, in caso di aggiudicazione, entro un periodo di tempo predefinito, decorrente di solito dalla data di stipula del contratto stesso.

➤ **Cosa si intende, pertanto, per clausola di territorialità?**



**Generalmente si tratta di una clausola che imponga agli operatori economici, che vogliano partecipare alla procedura di gara, di disporre di una sede operativa localizzata in una determinata area geografica o ad una distanza minima dalle sedi dell'Amministrazione che indice la gara.**



Osservatorio  
Legislativo  
Interregionale

## La tutela delle micro, piccole e medie imprese: cenni



La Commissione europea, consapevole dell'importanza delle PMI per l'economia e lo sviluppo del mercato, ha adottato una serie di politiche che le istituzioni europee e gli Stati membri sono chiamati a implementare.



- Tra le altre si possono menzionare la **raccomandazione 2003/361/CE**, relativa alla definizione di microimprese, piccole e medie imprese (MPMI); il Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle MPMI agli appalti pubblici (SEC(2008) 2193); lo **Small Business Act per l'Europa (COM(2008) 394)**, entrambi pubblicati dalla Commissione europea il 25 giugno 2008. L'Italia ha dato attuazione a tale comunicazione con la **direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 4 maggio 2010**. La Commissione ha, poi, pubblicato la relazione *“Ridurre al minimo indispensabile gli oneri normativi che gravano sulle PMI – adeguare la normativa dell'UE alle esigenze delle microimprese”* (COM(2011) 0803), anticipando l'approvazione delle direttive del 2014 con la comunicazione *“Legiferare con intelligenza – rispondere alle esigenze delle piccole e medie imprese”* (COM(2013) 0122) del 7 marzo 2013.

Relatore: Avv. Giuseppina Agata Di Guardo - Presidenza Regione Siciliana  
Ufficio Legislativo e Legale

Riunione OLI 27 settembre 2024



Osservatorio  
Legislativo  
Interregionale

## La tutela delle micro, piccole e medie imprese: cenni



- Secondo la Risoluzione del Parlamento europeo *«Una nuova strategia per le PMI europee»* del 16 dicembre 2020 (2020/2131(INI)), i 24 milioni di PMI nell'UE a 27 sono la spina dorsale dell'economia e, prima della pandemia, generavano più della metà del PIL dell'Unione europea, dando lavoro a più di 100 milioni di persone;
- Nell'Unione europea il 98,9 % delle imprese del settore non finanziario è costituito da piccole imprese con meno di 49 dipendenti.
- Le stesse dovrebbero essere al centro del *Green Deal* europeo e della strategia digitale e dovrebbero essere adeguatamente sostenute da strumenti finanziari mirati e da un quadro legislativo favorevole alle PMI, affinché possano svolgere un ruolo importante nella crescita dell'economia europea e negli obiettivi strategici più ampi dell'Unione, compresi gli obiettivi ambientali entro il 2050.

Relatore: Avv. Giuseppina Agata Di Guardo - Presidenza Regione Siciliana  
Ufficio Legislativo e Legale

Riunione OLI 27 settembre 2024



- Il principio di territorialità è stato declinato in differenti previsioni contenute nelle normative regionali in materia di contrattualistica pubblica, clausole tese essenzialmente a favorire la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese locali.
- A titolo esemplificativo, si può citare la previsione che era contenuta nella **legge regionale Toscana 16 aprile 2019, n. 18 (art. 10, c. 4)**, riguardante le procedure negoziate per l'affidamento di lavori di valore inferiore alla soglia europea (articoli 30 e 36 d.lgs. 50/2016, del Codice), giudicata dalla **Corte costituzionale, con sentenza 5 maggio 2020, n. 98**, invasiva della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, nonché difforme dalla disciplina contenuta nel Codice.
- La legge regionale Toscana sembrava in tal modo aver voluto introdurre uno strumento di *positive action* a favore di micro, piccole e medie imprese locali sulla falsariga dei c.d. *set-asides*, o più precisamente meccanismi di preferenza in base a specifiche caratteristiche dell'impresa (in questo caso dimensione e sede).
- In particolare, costituendosi in giudizio, la Regione ha, dal canto suo, sostenuto che la norma impugnata mirava a contemperare il principio di concorrenza ed il *favor participationis* per le micro, piccole e medie imprese.



- In particolare, la disciplina regionale oggetto di contestazione prevedeva che «*In considerazione dell'interesse meramente locale degli interventi, le stazioni appaltanti possono prevedere di riservare la partecipazione alle micro, piccole e medie imprese con sede legale e operativa nel territorio regionale per una quota non superiore al 50 per cento e in tal caso la procedura informatizzata assicura la presenza delle suddette imprese fra gli operatori economici da consultare*».
- Nella proposizione del ricorso, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha impugnato l'art. 10, comma 4, della L.R. Toscana, 16 aprile 2019, n.18, in quanto la riserva, così come formulata, sarebbe stata illegittima per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e) della Costituzione.
- In particolare, la previsione normativa, ad avviso della ricorrente Presidenza del Consiglio, si porrebbe in contrasto anche con l'art. 30, comma 1, e 36 del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che impone il rispetto dei principi di libera concorrenza e non discriminazione.
- La previsione della riserva comporterebbe una «*limitazione della concorrenza che non è giustificata da alcuna ragione se non quella – vietata – di attribuire una posizione di privilegio alle imprese del territorio per favorire l'economia regionale*».



- Nel punto 4 in diritto della sentenza la Corte ha affermato che *«le disposizioni del codice dei contratti pubblici [...] regolanti le procedure di gara sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza, e [...] le Regioni, anche ad autonomia speciale, non possono dettare una disciplina da esse difforme. Ciò vale anche per le disposizioni relative ai contratti sotto soglia, [...] senza che rilevi che la procedura sia aperta o negoziata»*.
- Pertanto, la norma impugnata avrebbe “invaso” una materia, la tutela della concorrenza, riservata alla competenza esclusiva del Legislatore statale.



- Altro esempio di previsione contenente una clausola di territorialità è costituito dalla **legge della Regione Piemonte 9 luglio 2020, n. 15**, emanata durante il periodo emergenziale Covid, **il cui art. 75 consentiva, in via transitoria**, *“in considerazione dei motivi imperativi di interesse generale attinenti al raggiungimento di obiettivi di politica sociale e delle relative esigenze, di tutela dei lavoratori, di sostegno al reddito e alle imprese”*, di introdurre, da parte dei soggetti aggiudicatori della Regione, *“criteri premiali di valutazione delle offerte e relativa attribuzione di punteggi, nei confronti degli operatori economici che, in caso di aggiudicazione, per l'esecuzione dell'appalto o della concessione, si impegnano a utilizzare, in misura prevalente, manodopera o personale a livello regionale*, attribuendo un peso specifico alle ricadute occupazionali sottese alle procedure di accesso al mercato degli appalti e delle concessioni, in ottemperanza alle esigenze inderogabili di promozione della continuità dei livelli occupazionali e nel rispetto delle disposizioni dell'Unione europea”.
- Anche questa norma è stata sottoposta al vaglio della giurisprudenza costituzionale (sentenza 14 gennaio 2022, n. 4).



## Le clausole di territorialità nella legislazione regionale: alcuni esempi



- La Regione Piemonte, costituitasi in giudizio, ha evidenziato che si trattava di una norma temporanea, dettata in una situazione di estrema urgenza e straordinarietà, nel corso della quale – peraltro – lo stesso Governo nazionale aveva disposto la chiusura dei confini dello Stato e forti restrizioni allo spostamento tra regioni.
- La Corte al punto 1 in fatto afferma che «*l'attribuzione di punteggi premiali a coloro che, nel presentare offerte nelle pubbliche gare, si impegnino a utilizzare in misura prevalente la manodopera di un dato territorio (quello regionale) a scapito della manodopera di un altro (nazionale o europeo), privilegerebbe uno o più concorrenti in base alla territorialità della manodopera impiegata, introducendo in tal modo un criterio protezionistico*», in contrasto con quanto previsto dagli artt. 3, 49 e seguenti, 101, 102 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).
- Inoltre, viene in rilievo sempre una violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. poiché «*la possibilità di introdurre, anche in via transitoria, criteri premiali di valutazione delle offerte per far fronte alle ineludibili esigenze sorte dall'emergenza sanitaria è dunque riservata allo Stato, cui spetta in generale, nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia di tutela della concorrenza, definire il punto di equilibrio tra essa e la tutela di altri interessi pubblici con esso interferenti*».



## Le clausole di territorialità nella legislazione regionale: alcuni esempi



- Terzo esempio di norma introduttiva di una clausola di territorialità è quello della legge della Provincia Autonoma di Trento 21 ottobre 2020, n. 9, il cui art. 8, comma 9, modificando la precedente legislazione sul punto prevede sostanzialmente che *il concessionario di una grande derivazione a scopo idroelettrico, entro 180 giorni dalla aggiudicazione della procedura, si debba dotare di una sede operativa nel territorio provinciale.*
- Anche questa norma è stata oggetto di una pronuncia di costituzionalità (Corte Costituzionale, sentenza 10 maggio 2022, n. 117).
- Anche in questo ricorso, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha eccepito che le norme impugnate eccederebbero le competenze attribuite alla Provincia autonoma di Trento, nonché contrasterebbero con l'art. 117, c. 1, c. 2 e), c.3, Cost.
- Nell'atto di costituzione, la Provincia autonoma di Trento ha sostenuto la propria competenza legislativa in materia e, nel merito, la legittimità costituzionale della norma impugnata, dal momento che questa richiede la disponibilità di una sede operativa, non come condizione di partecipazione alla gara, ma quale condizione di esecuzione della concessione. Alla luce di ciò, non vi sarebbe stata alcuna violazione della normativa europea.



## Le clausole di territorialità nella legislazione regionale: alcuni esempi



- In questo caso, la Corte ha ritenuto la questione di legittimità costituzionale infondata.
- La pronuncia è significativa poiché la Corte si sofferma sulla distinzione tra:
  - l'inserimento di clausole territoriali quali condizioni di partecipazione alla gara o attributive di punteggi premiali, tendenzialmente illegittime o, diversamente, come condizioni dell'esecuzione, che, se proporzionate, sono da ritenersi legittime.
  - In particolare, la Consulta ha affermato che «la previsione per cui entro 180 giorni dall'aggiudicazione il concessionario deve dotarsi di una sede operativa nel territorio provinciale non è una condizione imposta per la partecipazione alla gara e non si presenta nemmeno come fattore di attribuzione di punteggi aggiuntivi per la formazione della graduatoria, né quale requisito per l'accesso a condizioni di favore per la prestazione delle garanzie necessarie in vista della gara medesima. Inoltre, «non riguarda tutti gli aspiranti alla concessione, ma è riferita unicamente all'aggiudicatario della concessione (...)».
  - Non può quindi esercitare, almeno non in via diretta, in capo agli aspiranti concessionari, un effetto di dissuasione, conseguente a valutazioni negative quanto al rapporto tra costi da sostenere per partecipare alla gara e probabilità di conseguire l'utilità attesa.
  - Da questo punto di vista, la disciplina impugnata appare coerente con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea».



## L'inserimento delle clausole di territorialità nella *lex specialis* di gara e gli interventi della giurisprudenza amministrativa



- Sul rapporto tra il principio di concorrenza e prossimità si segnalano alcune pronunce in tema di trasporto, smaltimento e recupero dei rifiuti
- TAR Piemonte, sez. II, 17 ottobre 2022, n. 863: il ricorrente, operatore economico, aveva impugnato gli atti di gara per l'affidamento del servizio di recupero dei rifiuti organici in quanto, a suo giudizio, contenevano nella *lex specialis* delle clausole escludenti e restrittive della concorrenza. Nello specifico, l'impresa censurava le previsioni secondo cui i concorrenti dovevano essere dotati di un impianto per il recupero dei rifiuti o, quantomeno, di un sito di stoccaggio, entro un raggio di sessanta chilometri dalla sede della stazione appaltante.
- Il TAR, respingendo il ricorso, ha ritenuto che la disciplina di gara, come strutturata, non contenesse clausole escludenti, né fosse restrittiva della concorrenza.
- Il TAR afferma, al punto 20.2 della sentenza, che «quand'anche la stazione appaltante avesse inteso favorire il recupero dei rifiuti attraverso impianti collocati a limitata distanza dalla propria sede, ciò non rappresenterebbe ex se motivo di illegittimità di detta scelta, né espressione di un atteggiamento anticoncorrenziale nelle valutazioni dell'amministrazione, non risultando irragionevole porre a carico degli appaltatori con impianti posti a maggiore distanza un onere economico avente la duplice finalità di contenere i costi in capo all'amministrazione svolgente il servizio di trasporto e di limitare la circolazione dei rifiuti».



- Al punto 14.1 viene espresso come «*Le clausole della lex specialis oggetto di gravame, infatti, non prevedono che alla gara possano partecipare esclusivamente gli operatori economici che siano titolari di un impianto di smaltimento nel raggio di 60 km dalla sede legale, né richiedono tale condizione tra i requisiti di ammissione.*
- *Al contrario, le disposizioni richiamate consentono a tutte le imprese operanti sul mercato di riferimento di prendere parte alla procedura, ottenendo previamente "la disponibilità" di un "impianto" o un "luogo" – ai sensi dell'art. 193 del D.Lgs. n. 152/2006 (cfr. infra) – in cui possa essere effettuato lo stoccaggio dei rifiuti o il trasferimento degli stessi dal gestore del servizio di raccolta R.S.U. ai mezzi di trasporto dell'operatore incaricato del recupero della Forsu, che li condurrà al sito di destinazione.*
- *Disponibilità che, ai fini dell'ammissione alla procedura, non deve essere garantita in concreto e con il preventivo approntamento materiale del luogo e/o dell'impianto, dovendo inizialmente solo essere dimostrata, a garanzia della serietà dell'impegno del concorrente, con le modalità di cui all'art. 2 a), punto 4 del Disciplinare, che il Collegio non ritiene esorbitanti, sproporzionate o irragionevoli».*



- Il Consiglio di Stato (sez. IV, 31 luglio 2023, n. 7412) chiamato a pronunciarsi su una procedura di affidamento del servizio di trattamento della frazione di rifiuto umido, assegnata con procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, in ottemperanza ad una precedente delibera di giunta regionale che aveva individuato gli impianti cd. "minimi", ovvero aveva stabilito che i rifiuti organici prodotti nel territorio regionale dovevano essere recuperati presso questi impianti.
- A fronte di una tale previsione, il Collegio, accogliendo il ricorso dell'operatore economico che aveva impugnato gli esiti di gara, ha evidenziato che:  
«*l'art. 181, comma 5, d.lgs. n. 152/2006 non pone né implica la deroga dei procedimenti concorrenziali di selezione dei contraenti affidatari del servizio, ma, più semplicemente, prevede la possibilità di incentivare ("privilegiando") quelle modalità di recupero e riciclaggio che sono "attuative" del principio di prossimità degli impianti di recupero».*
- *In questi casi analizzati la giurisprudenza ha ritenuto compatibili il principio di prossimità e concorrenza, qualificando il principio posto a tutela dell'ambiente come legittimo mitigatore della massima concorrenza, consentendo di premiare le offerte che garantiscono la prossimità degli impianti, così da valorizzare la tutela ambientale.*



- Altre sentenze dei tribunali amministrativi in materie diverse hanno mostrato un orientamento nel senso che, qualora il criterio di territorialità rilevi come parametro per l'attribuzione di un punteggio premiale, la valutazione della compatibilità della clausola deve essere condotta caso per caso.
- A tal fine, è necessario che la stazione appaltante fornisca un'adeguata motivazione sulla necessità di introdurre una delimitazione territoriale, la quale deve essere indispensabile per il corretto svolgimento dell'appalto.
- In tal senso, si vedano, *ex multis*, le pronunce di:
  - TAR Lazio (Latina), sez. I, 9 dicembre 2022, n. 935;
  - TAR Calabria (Catanzaro), sez. I, 5 marzo 2021, n. 472.

Relatore: Avv. Giuseppina Agata Di Guardo - Presidenza Regione Siciliana  
Ufficio Legislativo e Legale

Riunione OLI 27 settembre 2024



- **TAR Lazio (Latina), sez. I, 9 dicembre 2022, n. 935**
- (...) *"la giurisprudenza ha chiarito che il criterio della "territorialità" deve ritenersi illegittimo solo laddove posto come requisito di partecipazione alla gara, impattando frontalmente una previsione di tal tipo con i principi del "favor participationis" e della "par condicio" tra i concorrenti, in ogni possibile loro declinazione (Cons. Stato, Sez. V, 15.5.19, n. 3147);*
- **invece, ove detto criterio venga posto quale requisito di esecuzione del contratto o rilevi come parametro per l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo, come nel caso di specie, la valutazione della compatibilità della clausola con i principi che informano la materia della contrattualistica pubblica dev'essere condotta caso per caso (TAR Calabria, Rc, Sez. I, 30.11.21, n. 901),**
- **nel caso di specie la richiesta dell'indicazione della dislocazione del centro di assistenza il più vicino possibile al luogo in cui è installata la tecnologia non può essere letta a vantaggio di particolari imprese con sede sul territorio pontino ma nell'ottica della migliore efficienza del servizio, anche alla luce delle indicazioni precise sui tempi d'intervento proprie del Capitolato speciale d'appalto".**

Relatore: Avv. Giuseppina Agata Di Guardo - Presidenza Regione Siciliana  
Ufficio Legislativo e Legale

Riunione OLI 27 settembre 2024



➤ **TAR Calabria (Catanzaro), sez. I, 5 marzo 2021, n. 472**

➤ 12 - Con il ricorso principale la ricorrente ha contestato la legittimità del controverso bando con riferimento alla previsione del punto 4.1 del disciplinare di gara che, nell'ambito dei "Criteri di valutazione dell'offerta tecnica", ha riservato un punteggio, pari a un massimo di 10 punti (rispetto al complessivo di 100 punti attribuibili all'offerta tecnica), agli operatori economici aventi un radicamento territoriale nella Provincia di Catanzaro per aver svolto già in passato il servizio oggetto di appalto all'interno del territorio provinciale. In applicazione di tale criterio, infatti, alla controinteressata CIR sono stati attribuiti 10 punti, determinanti ai fini dell'aggiudicazione.

➤ 12.1- Osserva la ricorrente che la giurisprudenza ha ripetutamente censurato le clausole di gara che risultino limitative della concorrenza atteso che esse introducono discriminazioni verso determinati operatori economici o comunque, all'opposto, condizioni di favore verso altri, a seconda se tali operatori economici abbiano o non abbiano già eseguito in passato appalti analoghi a quelli messi in gara in un dato territorio di riferimento e pronunce di analogo tenore ineriscono si rinvengono anche con riguardo ai criteri di valutazione delle offerte i quali abbiano accordato mera preferenza all'elemento del "radicamento territoriale", prevedendo un punteggio premiale in relazione ad esso.



➤ **TAR Calabria (Catanzaro), sez. I, 5 marzo 2021, n. 472**

➤ 16- Venendo al merito della questione, la clausola controversa introduce, nel novero degli elementi tramite i quali valutare l'offerta tecnica (e non, si puntualizza, nell'ambito dei requisiti per l'ammissione alla gara), un profilo non rientrante direttamente nel capitolo prestazionale in sé e per sé considerato, quanto piuttosto – in quanto riconducibile al "fatto storico" (come qualificato dal ricorrente) dell'esperienza soggettiva pregressa dei concorrenti nel territorio provinciale ove il controverso servizio dovrà essere espletato – inquadabile nell'ambito dei requisiti soggettivi in possesso dei concorrenti.

➤ 17.2- Per completezza, si precisa che, sulla stessa lunghezza d'onda, è stato altresì affermato che: "Non è irragionevole attribuire un determinato punteggio, in sede di gara d'appalto, peraltro non determinante, ad operatori che hanno già svolto attività sociali nella Regione, con ciò maturando una significativa esperienza delle necessità locali, ovvero che hanno una loro sede nell'ambito della Regione, il che esprime un apprezzabile radicamento nel territorio e semplifica i rapporti con la ditta che si aggiudica la commessa" (T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 8.4.2011, n.190).

➤ 18- Trasposte al caso controverso le succitate coordinate interpretative (ritenute, peraltro, pienamente rispettose del diritto euronitario), ne consegue che la contestata clausola della legge di gara, in sé considerata, non appaia irragionevole e la relativa previsione non risulti censurabile in sede giurisdizionale.



- **TAR Calabria (Catanzaro), sez. I, 5 marzo 2021, n. 472**
- 18.1- Sotto un primo aspetto, infatti, si osserva che, dalla documentazione versata in atti dalla controinteressata, è agevole evincere il rilievo assolutamente non secondario che la maturazione di un'integrazione territoriale assume nel servizio di accoglienza integrata in favore di richiedenti e titolari di protezione internazionale e umanitaria.
- 18.1.3- Conseguenze da quanto esposto che, quantunque, in astratto, anche soggetti privi di una rete di relazioni sul territorio (non avendo precedentemente gestito servizi di accoglienza in tale ambito territoriale) possano costruire, nel corso dell'espletamento del servizio, una rete idonea a radicarsi sul territorio, è anche vero che la previsione di un punteggio aggiuntivo per chi già possiede tale integrazione per aver espletato il medesimo servizio in precedenza, può consentire di valorizzare l'idoneità della rete già formata nel tempo quale "quid pluris" astrattamente idoneo a migliorare il servizio da espletare.
- 18.3- Per completezza si osserva, infine, che le conclusioni ora rassegnate non risultano scalfibili dall'assunto per cui numerosi bandi di altre amministrazioni comunali non prevedano una clausola analoga a quella contestata, attesa l'autonomia attribuita ad ogni ente locale sul punto (...).



### Le norme del nuovo Codice che menzionano le MPMI sono:

➤ **L'art. 10** (sui principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione) al comma 3, il quale dispone che: «*Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese*».

➤ **L'art. 58** (Suddivisione in lotti), il quale stabilisce: «*1. Per garantire la effettiva partecipazione delle micro, delle piccole e delle medie imprese, anche di prossimità, gli appalti sono suddivisi in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. 2. Nel bando o nell'avviso di indizione della gara le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti tenendo conto dei principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese*».



- **L'art. 63** (Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza), il cui comma 2 bis dispone: «*Nell'ambito del Tavolo tecnico dei soggetti aggregatori opera un Comitato guida, disciplinato dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 2, il quale, oltre ai compiti previsti dal medesimo decreto, fornisce attraverso linee guida indicazioni utili per favorire lo sviluppo delle migliori pratiche con riferimento alle procedure di cui al comma 3 da parte dei soggetti aggregatori di cui ai commi 1 e 2, ivi inclusa la determinazione delle fasce di valori da porre a base d'asta e delle modalità per non discriminare o escludere le micro e le piccole imprese.*».
- **L'art. 108** (Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture), il cui comma 7 al terzo alinea recita: «*Ai fini della tutela della libera concorrenza e della promozione del pluralismo degli operatori nel mercato, le procedure relative agli affidamenti di cui al Libro II, parte IV, possono prevedere, nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, criteri premiali atti a favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese nella valutazione dell'offerta e a promuovere, per le prestazioni dipendenti dal principio di prossimità per la loro efficiente gestione, l'affidamento ad operatori economici con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento. Le disposizioni di cui al terzo periodo si applicano compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.*».



- **L'art. 58 pone la suddivisione in lotti funzionali** È pacifico il fatto che la divisione in lotti consente alle micro, piccole e medie imprese, proprio per mezzo del singolo lotto, una partecipazione meno onerosa sia dal punto di vista dei requisiti di partecipazione, che dal punto di vista della prestazione richiesta.
- **L'innovazione**, rispetto al previgente art. 51, c.1, del D. Lgs. 50/2016, il quale si limitava a prevedere che «*nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti*» sta nel valorizzare non le MPMI *tout court*, ma le MPMI di prossimità, con l'obiettivo di corroborare il tessuto socio-economico del territorio.
- Il nuovo art. 108 prevede la facoltà per le stazioni appaltanti di poter introdurre nei documenti di gara criteri premiali a vantaggio delle MPMI, e per la prossimità delle stesse, con lo scopo di salvaguardare la libera concorrenza e ottenere una quanto più possibile maggiore partecipazione degli operatori economici.
- **L'opportunità di inserire questi criteri premiali è assoggettata alla conciliabilità degli stessi con il diritto comunitario, il principio di non discriminazione, di parità di trattamento, di proporzionalità e trasparenza.**



- L'effettiva percorribilità dell'introduzione di criteri premiali collegati alla prossimità della sede operativa delle MPMI comporta una valutazione di ogni singolo caso di specie, alla luce delle peculiarità della prestazione concreta, onde evitare che la stessa possa configurarsi come un impedimento all'esercizio della libertà di stabilimento e di prestazione di servizi da parte degli operatori economici.
- Quanto alla giurisprudenza amministrativa, questa non ha ancora avuto modo di pronunciarsi sul neo introdotto criterio di prossimità.
- Invece, il primo intervento sul tema è da attribuirsi all'ANAC (con Adunanza del 10 gennaio 2024, Delibera n. 1/2024), la quale ha censurato una procedura di gara contenente una clausola di limitazione territoriale.
- Nello specifico, in una procedura di gara per l'affidamento del servizio di trattamento con avvio a recupero dei rifiuti biodegradabili da cucine e mense, un operatore economico deduceva l'illegittimità del disciplinare di gara, nella parte in cui richiedeva quale requisito di idoneità professionale la disponibilità di un impianto di destino situato a massimo dieci chilometri dalla sede operativa della stazione appaltante.



- L'ANAC ha ritenuto una tale previsione limitativa della concorrenza nonché in violazione di quanto disposto dall'art. 108, c. 7, del D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36.
- Secondo l'Autorità anticorruzione, la clausola territoriale, così come predisposta dalla stazione appaltante, appare illegittima e limitativa della concorrenza.
- La clausola territoriale di cui all'art. 108, c.7 del nuovo Codice, afferendo ai criteri di aggiudicazione di un appalto, può essere declinata, infatti, soltanto quale requisito premiale, pertanto da valorizzare nell'offerta tecnica, ma non quale requisito di partecipazione.
- In conclusione, anche nel quadro normativo del nuovo codice, richiedere la disponibilità di un impianto entro un dato raggio, a condizione di partecipazione, viola il principio di concorrenza.