

Requisito di capacità tecnica e professionale: la discrezionalità della stazione appaltante negli appalti di servizi

di Nicola Durante, Stefano Costarella

Data di pubblicazione: 30-10-2017

1. In caso di proposizione di una pluralità di domande avverso più atti debba attribuirsi prevalenza, anche in applicazione dell'art. 32 c.p.a., del rito che maggiormente soddisfi e tuteli le esigenze di difesa delle parti. Ne discende stante la proposizione di domande soggette a più riti l'applicabilità del rito appalti ordinario.

2. Nell'ambito di un appalto di servizi, non appare illogica, irrazionale o contraria a norma di legge, tenuto conto anche della natura e delle caratteristiche del concreto servizio da affidare, la previsione del bando di gara che preveda, ai fini della dimostrazione della capacità tecnica e professionale, la spendibilità di un servizio svolto nel triennio precedente esclusivamente come appaltatore o come concessionario, anziché come consorziato.(1)

(1) Conforme: *Delibera A.N.A.C. n. 5 dell'11 gennaio 2017.*

Guida alla lettura

Con la sentenza che si annota, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria si è soffermato sulla possibilità, per le concorrenti ad una procedura ad evidenza pubblica, di utilizzare, ai fini della dimostrazione della **capacità tecnica e professionale**, un **precedente servizio** svolto in **consorzio** e non come operatore unico.

Più nello specifico, la **Stazione appaltante**, nel bandire la gara relativa all'affidamento del servizio di gestione e manutenzione dell'impianto di depurazione, **richiedeva**, ai fini del possesso del requisito della capacità tecnica e professionale, che i partecipanti avessero svolto, **nell'ultimo triennio**, un **servizio** analogo in qualità esclusivamente di **appaltatore** o di **concessionario**.

La **ricorrente**, sulla base di siffatta previsione della *lex specialis*, veniva **esclusa** dalla gara per carenza del requisito di capacità tecnica e professionale, avendo svolto un precedente servizio di gestione e manutenzione di un impianto di depurazione in qualità di **consorziata**, e comunque per un periodo di tempo inferiore al triennio richiesto dal bando. Venivano, quindi, impugnate sia l'esclusione, sia la parte della lettera d'invito che prevedeva la spendibilità, ai fini della capacità tecnica e professionale, dei soli servizi svolti in qualità di appaltatore o di concessionario.

I Giudici amministrativi del capoluogo calabrese affrontano, preliminarmente, una questione di natura **processuale**: se, cioè, l'**esclusione** dovesse essere impugnata col **rito** disegnato dal novellato art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., pur in presenza di domande soggette al rito "**ordinario**" in materia di appalti (quale quella relativa all'annullamento della lettera d'invito). Orbene, il Collegio risponde all'interrogativo affermando il **principio** in virtù del quale, in caso di proposizione di una pluralità di domande avverso più atti, deve attribuirsi prevalenza, anche in applicazione dell'art. **32 c.p.a.**, del rito che maggiormente soddisfa e tutela le esigenze di difese delle parti, con la conseguenza per cui, stante la proposizione, nel caso di specie, di domande soggette a più riti, deve essere applicato il rito appalti ordinario.

Per quanto riguarda la questione di merito, poi, il T.A.R. dapprima respinge la tesi della ricorrente, secondo la quale la *lex specialis*, laddove prevedeva la necessità che i concorrenti avessero svolto un servizio analogo nel triennio antecedente in qualità di appaltatore o di concessionario, doveva essere interpretata **estensivamente**, al fine di ritenere integrato il requisito di capacità tecnica e professionale richiesto anche in capo a chi avesse svolto il servizio pregresso in qualità di **consorziato**. La pronuncia in esame, sul punto, pur dando atto di come "*l'esigenza di interpretazione sostanziale del requisito e, quindi, della titolarità del requisito anche in capo al consorziato [sia] **astrattamente** da condividere*", afferma che la clausola del bando in esame non appare **polisemica**, ma richiede "*in maniera espressa la qualità di concessionario o di appaltatore, come emerge dall'utilizzo dell'avverbio **esclusivamente** apposto a tali enunciati linguistici. Ne discende che, richiedendosi tale specifica qualifica, l'esclusione del ricorrente appaia formalmente **giustificata** dalla non corrispondenza tra le due situazioni*".

Occorre, allora, volgere lo sguardo alla **ragionevolezza** di una siffatta previsione, pure oggetto di impugnativa da parte del ricorrente.

Il T.A.R. catanzarese, su questo aspetto, si inserisce nel solco della giurisprudenza amministrativa prevalente, a mente della quale "*nella determinazione dei requisiti di capacità economica-finanziaria e tecnico-professionale il Codice dei contratti, lascia ampia **discrezionalità** alle stazioni appaltanti circa la possibilità di prevedere requisiti di partecipazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali prescrizioni rispettino i principi di **proporzionalità** e **ragionevolezza**, in modo tale da non restringere oltre lo stretto indispensabile la platea dei potenziali concorrenti e da non preconstituire situazioni di assoluto privilegio (Pareri di precontenzioso n. 83 del 29 aprile 2010 e n. 110 del 27 maggio 2010, e n. 125 del 6 giugno 2014; Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 8914 del 29 dicembre 2009, Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 2304 del 3 aprile 2007, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 6534 del 23 dicembre 2008)*" (cfr.

Delibera A.N.A.C. n. 5/2017; in dottrina, cfr., anche per la ulteriore giurisprudenza *ivi* citata, S. CACACE, *Aggregazione delle committenze e qualificazione delle stazioni appaltanti*, disponibile sul sito www.siaaitalia.it, pp. 28 ss.). Tale ragionevolezza dei requisiti richiesti, peraltro, non deve essere valutata in astratto, ma in correlazione al valore dell'appalto ed alle specifiche peculiarità dell'oggetto della gara (cfr. **Consiglio di Stato sez. IV n. 4170/2015**). Poste tali coordinate ermeneutiche di riferimento, la sentenza in esame conclude affermando come l'impugnata previsione del bando di gara *"non appaia illogica, irrazionale o contraria a norme di legge, in quanto sembra da affiancarsi non solo alla gestione di un servizio per un dato periodo di tempo, ma anche e in senso più ampio alla gestione del contratto, come evidenziato dall'amministrazione resistente, circostanza idonea a descrivere una capacità tecnica e organizzativa più ampia della mera esecuzione del servizio da parte della ricorrente. In sostanza, nel senso della legittimità della clausola e della non equiparabilità piena delle due posizioni depongono le modalità esecutive e gestionali del rapporto contrattuale che difetterebbero nel caso di specie in capo alla ricorrente"*.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 432 del 2017, proposto da:

Manutambiente Ecologia Società Cooperativa A R.L., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Alfredo Gualtieri, Demetrio Verbaro, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo Gualtieri in Catanzaro, via Vittorio Veneto N. 48;

contro

Centrale Unica di Committenza (Cuc), Comune di Gasperina, Comune di Montauro, Comune di San Floro, Comune di Botricello non costituiti in giudizio;

Comune di Montepaone, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Iirillo, con domicilio eletto presso il suo studio in Montepaone, via Nazionale 38;

nei confronti di

Soteco S.p.A. non costituito in giudizio;

So.T.Eco. S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Migliarotti, con domicilio eletto presso lo studio Crescenzo Santuori in Catanzaro, via Santa Maria di Mezzogiorno 17;

per l'annullamento

della determinazione n. 8 del 5.4.2017 a firma del Responsabile della CUC; nonché della determinazione n. 10 del 19.4.2017

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Montepaone e di So.T.Eco. S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2017 il dott. Raffaele Tuccillo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso la Manutambiente Ecologia soc. coop a r.l. chiedeva di annullare la determinazione n. 8 del 2017 con cui il responsabile della Cuc escludeva la ricorrente dalla gara, nonché la determinazione di aggiudicazione definitiva, con declaratori ad nullità o annullamento della clausola della lettera di invito nella parte in cui faceva esclusivo riferimento all'appaltatore o al concessionario.

Si costituiva l'amministrazione chiedendo rigettarsi il ricorso.

Il ricorso proposto non può trovare accoglimento.

Occorre premettere, in una prospettiva processuale, che la controversia, pur attenendo all'esclusione della ricorrente, non è soggetta al rito di cui al comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a. in quanto si ritiene di aderire all'orientamento giurisprudenziale in base al quale in caso di proposizione di una pluralità di domande avverso più atti debba attribuirsi prevalenza, anche in applicaione dell'art. 32 c.p.a., del rito che maggiormente soddisfi e tuteli le esigenze di difese delle parti. Ne discende stante la proposizione di domande soggette a più riti l'applicabilità del rito appalti ordinario.

Nel merito la ricorrente è stata esclusa in quanto difetterebbe del requisito della capacità tecnica e professionale prescritto dalla lettera di invito e consistente nella gestione e manutenzione nell'ultimo triennio antecedente la data di presentazione delle offerte, in qualità esclusivamente di appaltatore o concessionario, di un impianto di depurazione per una capacità di trattamento almeno 40.000 abitanti equivalenti, effettuata per conto degli enti e/o dei soggetti proprietari e/o competenti. Nel caso di specie, la ricorrente ha svolto il servizio in questione quale consorziato e per un periodo di tempo inferiore al triennio.

Malgrado le diverse allegazioni di parte ricorrente, deve ritenersi che la clausola del bando non appaia polisemica, ma richieda in maniera espressa la qualità di concessionario o di

appaltatore, come emerge dall'utilizzo dell'avverbio "esclusivamente" apposto a tali enunciati linguistici. Ne discende che, richiedendosi tale specifica qualifica, l'esclusione del ricorrente appaia formalmente giustificata dalla non corrispondenza tra le due situazioni. L'esigenza di interpretazione sostanziale del requisito e, quindi, della titolarità del requisito anche in capo al consorziato è astrattamente da condividere, tuttavia, nel caso di specie la *lex specialis* esclude la possibilità di una tale equiparazione, posto che il consorziato non è titolare formalmente della qualifica di appaltatore o di concessionario.

Ne discende che in chiave teorica il ricorrente non risponde ai requisiti previsti dalla clausola della lettera di invito.

Il ricorrente ha a questo punto impugnato la lettera di invito nella parte in cui prevede un tale requisito. Deve, tuttavia, osservarsi che la specifica richiesta di tale qualifica non appaia illogica, irrazionale o contraria a norme di legge, in quanto sembra da affiancarsi non solo alla gestione di un servizio per un dato periodo di tempo, ma anche e in senso più ampio alla gestione del contratto, come evidenziato dall'amministrazione resistente, circostanza idonea a descrivere una capacità tecnica e organizzativa più ampia della mera esecuzione del servizio da parte della ricorrente. In sostanza, nel senso della legittimità della clausola e della non equiparabilità piena delle due posizioni depongono le modalità esecutive e gestionali del rapporto contrattuale che difetterebbero nel caso di specie in capo alla ricorrente. Occorre anche precisare che nell'atto di esclusione appare emergere anche il riferimento alle caratteristiche temporali di svolgimento del rapporto, da doversi intendere come relative a un triennio di attività, mentre la ricorrente non risulta aver svolto tale attività per tre anni (dal 1.4.2015 al 7.12.2016). Parte ricorrente contesta che una tale circostanza emergerebbe dall'atto di esclusione, ma in realtà lo stesso riprende la clausola della *lex specialis* in questione citando anche il riferimento al triennio (la mancata impugnazione del provvedimento di esclusione nella parte in cui fa riferimento alle modalità temporali di svolgimento del servizio costituirebbe già di per sé causa di rigetto del ricorso). La circostanza emerge anche dalla lettura della determinazione n. 8 del 2017 nella quale si sottolinea che il requisito non è frazionabile, con la conseguenza che in caso di RTI costituita o da costituire il requisito deve essere posseduto per intero dalla capogruppo.

Il ricorso deve pertanto essere rigettato.

Le spese di lite seguono la soccombenza per legge e sono liquidate d'ufficio come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente al rimborso delle spese di lite che liquida in euro 1.500,00 per compensi professionali, oltre accessori come per legge per ciascuna delle parti costituite.

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

