



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 672 del 2011, proposto da:  
Betoncat S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Lombardo, con domicilio eletto presso l'Avv. Barbara Sirugo, in Ancona, via Gioacchino Rossini, 13;

***contro***

Marche Multiservizi S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Gianluca Bucci, Giovanni Cicerchia, con domicilio eletto presso l'Avv. Andrea Galvani, in Ancona, corso Mazzini, 156;

***per l'annullamento***

- del provvedimento di esclusione della Betoncat comunicato in data 13/6/2011 ai sensi dell'art. 79 c. 5 del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i. dalla procedura negoziata sotto indicata;
- *in parte qua* e per quanto di ragione, dell'Avviso di Procedura negoziata "Esecuzione di lavori in supporto di Pronto Intervento e di

*Manutenzione Straordinaria reti e impianti SII-GAS nel territorio servito da Marche Multiservizi S.p.A.*”, CIG. 229654942F, pubblicato in GURI il 27/5/2011;

- In quanto occorra, del provvedimento di rigetto di provvedere in via di autotutela, prot. n. 10737 del 22/5/2011, emanato a seguito dell'inoltro da parte dell'odierna ricorrente dell'istanza ai sensi dell'art. 243-*bis* del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i e di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale a quelli impugnati.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Marche Multiservizi S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2011 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente aveva presentato domanda di partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica indetta da Marche Multiservizi per l'affidamento dell'esecuzione di lavori di pronto intervento e manutenzione straordinaria delle reti ed impianti SII-GAS, per tutto il territorio servito dalla stazione appaltante (territorio che in pratica coincide con quello della Provincia di Pesaro e Urbino). Ne è stata

esclusa in quanto risultata non in possesso del requisito di capacità tecnico-finanziaria prescritto dal bando in aggiunta all'attestazione SOA: tale requisito consiste nell'aver eseguito regolarmente ed ininterrottamente per almeno un anno, nell'ultimo triennio, un contratto avente ad oggetti lavori analoghi, purché riguardante, contemporaneamente, reti di distribuzione di acqua e gas e dell'importo annuale non inferiore a € 2.450.000,00. La ricorrente, oltre all'attestazione SOA per la categoria OG6, classifica VI, aveva allegato certificati di regolare esecuzione di contratti aventi ad oggetto lavori analoghi ed importo complessivo anche superiore a € 2.450.000,00, ma nessuno dei quali, singolarmente considerato, avente l'importo annuale minimo previsto dal bando.

2. Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

- trattandosi di appalto di lavori, è illegittima la previsione del bando che richiede un requisito di partecipazione ulteriore rispetto all'attestazione SOA, e ciò anche se il presente appalto rientra nei c.d. settori esclusi. Infatti, l'attestazione SOA garantisce il possesso della capacità tecnico-economica adeguata all'importo dei lavori a base d'asta. Le decisioni del G.A. richiamate dalla stazione appaltante nella nota di riscontro al c.d. preavviso di ricorso si riferiscono ad appalti di servizi e forniture e dunque non sono funzionali alla tesi di Marche Multiservizi;
- in ogni caso, la clausola del bando in contestazione è illegittima anche sotto il profilo della proporzionalità, in quanto non risponde ad alcuna legittima esigenza della stazione appaltante pretendere che il

fatturato in lavori analoghi sia stato maturato solo attraverso l'esecuzione di un solo contratto (di importo pari ad almeno € 2.450.000,00) avente ad oggetto, contemporaneamente, la manutenzione di reti di distribuzione dell'acqua e del gas, senza peraltro specificare il rapporto percentuale minimo fra i due settori (il che, paradossalmente, consentirebbe la partecipazione ad imprese che abbiano eseguito contratti riguardanti per la quasi totalità solo uno dei due settori - con un rapporto, ad esempio, di 10%/90% - ma non anche a concorrenti che abbiano eseguito lavori analoghi in percentuale quasi uguale, ma in forza di più contratti aventi importo singolo inferiore al fatturato richiesto dal bando).

3. Costituendosi in giudizio, Marche Multiservizi ha chiesto il rigetto del ricorso, evidenziando che:

- per quanto riguarda il primo motivo, le disposizioni specifiche per i settori esclusi consentono alle stazioni appaltanti di prevedere requisiti di partecipazione ulteriori e diversi rispetto a quelli contemplati per gli appalti di lavori nei settori ordinari, purché si tratti di requisiti non discriminatori e non finalizzati all'indebita compressione della concorrenza fra operatori economici;

- per quanto concerne l'altro profilo, la previsione del bando non è sproporzionata (l'importo di € 2.450.000,00 equivale ad un terzo dell'importo complessivo dell'appalto) e risponde all'esigenza di Marche Multiservizi di operare la selezione fra operatori che garantiscano, in virtù della pregressa esperienza specifica, l'assolvimento ottimale delle prestazioni contrattuali (al riguardo

evidenzia la complessità dell'appalto, derivante dall'estensione delle reti e dalla necessità che l'appaltatore disponga di numerose squadre di pronto intervento, capaci di operare contestualmente sulla rete idrica e su quella del gas).

L'amministrazione eccepisce in ogni caso la carenza di interesse, non avendo Betoncat provato di avere svolto lavori analoghi di importo pari a quello previsto dal bando, sia pure in forza di più contratti.

4. Con ordinanza n. 487/2011 il Tribunale ha respinto la domanda cautelare; la Sez. V del Consiglio di Stato ha accolto l'appello avverso la suddetta ordinanza, ma ai soli fini della celere fissazione del merito (ordinanza n. 4240/2011), di talché è stata fissata l'udienza pubblica del 24 novembre 2011.

5. Merita accoglimento solo il secondo motivo di ricorso, per le ragioni che si vanno ad indicare.

6. Il primo motivo, a giudizio del Tribunale, non è infatti fondato (e in questo si ritiene di confermare quanto statuito in sede cautelare), atteso che:

- dal punto di vista normativo, non c'è alcun dubbio sul fatto che il D.Lgs. n. 163/2006 (ed in particolare gli artt. 230, comma 3, e 233) consente alle stazioni appaltanti, per gli appalti relativi ai c.d. settori esclusi, di disciplinare l'aspetto della qualificazione in modo diverso rispetto alle regole vigenti per i settori ordinari, anche al fine di ridurre il numero dei possibili concorrenti (obiettivo che non potrebbe mai essere conseguito se l'attestazione SOA consentisse automaticamente la partecipazione). Il problema, come è evidente, si

pone soprattutto per gli appalti di lavori, atteso che per i servizi e le forniture non sono ancora operativi sistemi di qualificazione assimilabili all'attestazione SOA;

- inoltre, la stessa società ricorrente, pur avendo richiamato diverse decisioni del G.A. in cui si riafferma il principio per cui, negli appalti di lavori, le stazioni appaltanti non possono richiedere il possesso di requisiti di capacità tecnico-finanziaria ulteriori rispetto all'attestazione SOA, non è stata in grado di citare pronunce che abbiano affrontato il problema con riferimento ai c.d. settori esclusi;

- ciò può derivare in primo luogo dal fatto che la maggior parte degli enti aggiudicatori ritiene, anche nei settori esclusi, di limitarsi a richiedere il possesso dell'attestazione SOA, per cui non si registra contenzioso sul punto. Oppure, può anche accadere che alcune amministrazioni abbiano già implementato un sistema di qualificazione rispondente alle disposizioni di cui al predetto art. 233 del Codice dei contratti pubblici;

- in ogni caso, esistono decisioni del Consiglio di Stato relative ad appalti di lavori pubblici, anche nei settori ordinari, in cui si afferma che le stazioni appaltanti possono introdurre requisiti di partecipazioni ulteriori rispetto all'attestazione SOA, purché si tratti di criteri conferenti con la natura dell'appalto e proporzionati rispetto all'importo a base d'asta (vedasi, ad esempio, le decisioni n. 14/2010 – relativa per la verità ad una procedura bandita prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 163/2006, ma riferita ad un appalto rientrante nei c.d. settori esclusi – e n. 56/2010 – relativa ad un appalto di lavori nei

settori ordinari).

7. Va invece accolto il secondo motivo, con il quale si deduce l'illegittimità (*sub specie* di violazione del principio di proporzionalità) della clausola in esame, nella parte in cui richiede che il fatturato in servizi analoghi debba essere stato conseguito attraverso l'esecuzione di un unico contratto, anziché (e ferma restando la necessità che i lavori abbiano riguardato, contestualmente il pronto intervento e la manutenzione di reti idriche e del gas) mediante l'esecuzione di più contratti nello stesso anno.

8. L'accoglimento del motivo implica la delibazione preliminare dell'eccezione di inammissibilità del ricorso in ragione degli esiti della c.d. prova di resistenza. L'eccezione va disattesa, visto che:

- in primo luogo, Betoncat ha impugnato, nel termine decadenziale, la clausola del bando, oltre al provvedimento di esclusione;
- ciò significa che la ricorrente contesta in radice una previsione della *lex specialis* che essa stessa ammette di non poter osservare (e, in questo senso, era persino superfluo presentare la domanda di partecipazione);
- non sono applicabili pertanto al caso di specie i noti principi giurisprudenziali in materia di interesse a ricorrere con riferimento a controversie afferenti procedure *lato sensu* selettive. In effetti, i principi a cui si richiama la difesa di Marche Multiservizi trovano applicazione laddove il concorrente escluso contesti l'applicazione che la stazione appaltante ha dato di una clausola del bando, dovendo in questo caso l'interessato fornire la prova del possesso del requisito di

partecipazione previsto da quella clausola;

- lo stesso non può dirsi quando il concorrente ammette di non possedere il requisito previsto dal bando, ma ne contesta la legittimità;
- in ogni caso, con la documentazione versata in giudizio in data 29/10/2011, Betoncat ha provato di avere eseguito nell'anno 2009 più appalti relativi a lavori di manutenzione e pronto intervento su reti idriche e del gas, per un importo superiore a quello minimo richiesto dal bando che disciplina la presente gara. A questo proposito, non si comprende la ragione per la quale il Tribunale non dovrebbe tenere conto di tale documentazione, la quale, sembrerebbe di capire dalla memoria difensiva depositata da Marche Multiservizi in data 12/11/2011, avrebbe dovuto essere allegata alla domanda di partecipazione. Questa tesi non è però condivisibile, sia perché rientra nel diritto di difesa della parte produrre in ogni momento (ma comunque prima della decisione di merito) la documentazione necessaria a confutare un'eccezione pregiudiziale proposta dalla controparte, sia perché, stante la lettera del bando (che la stazione appaltante era tenuta ad applicare pedissequamente), l'eventuale produzione di tale documentazione non avrebbe evitato l'esclusione.

9. Proprio il riferimento agli appalti eseguiti dalla ricorrente nell'anno 2009 consente al Collegio di passare all'esame del merito della doglianza e quindi delle argomentazioni difensive di Marche Multiservizi.

La stazione appaltante, in sostanza, evidenzia che il requisito di partecipazione oggetto del contendere è funzionale a garantire che

L'appaltatore sia in grado di eseguire le numerose e spesso complesse attività ricomprese sotto le voci "pronto intervento" e "manutenzione straordinaria". In particolare, rileverebbero la possibile contestualità degli interventi da eseguirsi in località anche molto lontane fra loro e rispetto al luogo in cui avrà sede il centro operativo dell'appaltatore e il fatto che ogni intervento potrebbe riguardare sia condotte idriche che tubazioni del gas (senza che questo sia prevedibile *ex ante*, ben potendo un guasto alla rete idrica ripercuotersi su quella del gas e viceversa). L'appaltatore dovrà pertanto possedere un'organizzazione di impresa attagliata alla complessità del servizio, soprattutto in termini di numero e preparazione specifica dei componenti le squadre di pronto intervento e di dotazione delle attrezzature indicate nel capitolato d'appalto.

10. In generale, il Collegio non ritiene pretestuose tali giustificazioni, essendo del tutto condivisibile che l'esecuzione di interventi così delicati (dalla cui maggiore o minore tempestività ed efficacia derivano ricadute importanti sull'utenza) sia affidata ad operatori che forniscano la massima garanzia di affidabilità. Peraltro, va osservato che:

- la *ratio* della prescrizione deriva dalla constatazione che tale garanzia di affidabilità è senz'altro riscontrabile in capo all'impresa che abbia eseguito per almeno un anno un appalto di importo analogo, nel corso del quale abbia dimostrato "sul campo" di essere in grado di eseguire più interventi su reti idriche e del gas ed in più luoghi contemporaneamente (avvalendosi in ciò di tutte le attrezzature

idonee);

- ma se così è, ne consegue che identica garanzia può provenire anche dall'operatore che, nello stesso anno, abbia eseguito i medesimi interventi di cui sopra, ma in forza di più contratti (la somma dei cui importi sia pari almeno ad € 2.450.000,00). Anzi, si deve ritenere che in questo caso la garanzia esista *a fortiori*, se si pensa che, laddove il fatturato specifico sia stato conseguito in esecuzione di più contratti, la medesima impresa è stata in grado di assicurare il servizio in contesti territoriali diversi e anche non omogenei fra loro (nel caso della ricorrente, i lavori sono stati eseguiti, nel 2009, in provincia di Brescia, in provincia di Rimini e in provincia di Trapani), con ciò dimostrando il possesso di un'organizzazione aziendale efficiente ed adeguata agli impegni assunti.

A ciò si deve aggiungere che:

- per un verso, il possesso dell'attestazione SOA corrispondente alla categoria e classifica richieste dal bando garantisce di per sé il possesso di adeguata capacità tecnico-finanziaria, soprattutto con riguardo alle dotazioni di mezzi idonei ad eseguire le lavorazioni ricomprese nella categoria OG6;

- come correttamente rilevato dalla ricorrente nella memoria difensiva del 7/11/2011, la positiva valutazione circa il possesso dei requisiti di partecipazione non implica di per sé che il concorrente aggiudicatario sarà in grado di eseguire a regola d'arte l'appalto (e ciò sia per malafede dell'appaltatore che per sopravvenute problematiche aziendali). Pertanto, non è ipotizzabile che già in sede di

partecipazione il concorrente debba fornire una prova in tal senso, se non allegando le proprie referenze tecnico-finanziarie;

- questo discorso è riferito soprattutto alla questione relativa al possesso di uomini e mezzi in quantità sufficiente ad eseguire l'appalto. E' evidente che i concorrenti in una procedura ad evidenza pubblica non debbono già possedere al momento della gara uomini, materiali e mezzi in quantità adeguata all'oggetto del futuro contratto, essendo sufficiente che essi diano garanzie sul fatto che, ove aggiudicatari, siano in condizione di predisporre per tempo l'organizzazione di impresa prevista dal capitolato d'appalto. E questa garanzia discende proprio dal possesso di requisiti di capacità tecnico-economica adeguati all'oggetto ed all'importo dell'appalto, oltre che di quelli di moralità professionale.

11. Pertanto, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione di Betoncat.

In ragione della complessità delle questioni trattate le spese di giudizio possono essere compensate fra le parti. Contributo unificato come per legge (art. 13, comma 6-*bis*.1, T.U. n. 115/2002).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato;
- spese compensate. Contributo unificato come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Passanisi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/11/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)