

Publicato il 04/04/2022

N. 00419/2022REG.PROV.COLL.
N. 00754/2021 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

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 754 del 2021, proposto dal Consorzio Stabile Infratech s.c.a r.l., in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentato e difeso dall'avvocato Benedetta Caruso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio della stessa in Catania, viale Raffaello Sanzio, 60;

contro

- Sopes s.r.l., in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Surdi e Francesco Surdi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; e
- la Regione Siciliana - Assessorato regionale energia e servizi di pubblica utilità, in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria per legge in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

per la riforma

della sentenza breve del Tar Sicilia - sezione prima - n. 1735/2021, resa tra le parti, concernente appalto - gestione di impianto di dissalazione nell'Isola di Vulcano, finalizzata alla produzione di acqua potabile;

Visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sopos s.r.l. e della Regione Siciliana - Assessorato regionale energia e servizi di pubblica utilità;

Vista l'ordinanza n. 498 del 2021, con la quale questo CGA ha respinto l'istanza di misure cautelari;

Viste le memorie delle parti e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 marzo 2022 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti gli avvocati B. Caruso e F. Surdi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto che:

FATTO e DIRITTO

1. il Consorzio Infratech ha impugnato, dinanzi al Tar Sicilia, unitamente agli atti di gara, il provvedimento dirigenziale regionale n. 169 del 30 marzo 2021, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione, in favore della stessa Infratech, del servizio di gestione, per un periodo di dieci anni, dell'impianto di dissalazione a osmosi inversa dell'Isola di Vulcano, finalizzato alla produzione di acqua potabile;

2. nella resistenza dell'aggiudicataria e dell'Assessorato regionale all'energia, con la sentenza in epigrafe il Tar ha annullato gli atti impugnati, con condanna delle resistenti alle spese, in accoglimento del motivo, basato sulla non rispondenza ai requisiti di legge, con riferimento segnatamente alla mancata indicazione delle specifiche risorse messe a disposizione della impresa ausiliata, del contratto di avvalimento, tecnico-operativo, utilizzato dalla controinteressata Infratech per sopperire a requisiti di partecipazione, mancanti;

in sentenza, rammentato in via preliminare che, per giurisprudenza amministrativa consolidata, il contratto di avvalimento tecnico-operativo deve

consentire di individuare in modo preciso e analitico le risorse umane e/o materiali messe a disposizione della ausiliata, coerentemente con quanto dispone l'art. 89, comma 1, ultimo periodo del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui “il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria” (conf. art. 8 del disciplinare di gara), si ritiene che il contratto di avvalimento utilizzato dalla controinteressata non soddisfi la necessaria specificità richiesta dalla legge, non contenendo la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dalla impresa ausiliaria;

in tale contratto la società ausiliaria AST si impegna a mettere a disposizione di Infratech i propri requisiti di capacità tecnico-professionale nonché tutte le risorse per consentire l'esecuzione del servizio (v. punto 2 del contratto-elenco servizi svolti negli ultimi 10 anni), e (punto 9 del contratto) “il proprio know-how, la propria esperienza specifica nel settore impiantistico e la propria supervisione alle attività a farsi mediante la propria struttura tecnica congiuntamente a quella dell'ausiliato...”, e che nella sentenza si osserva “che la formula utilizzata, non contenendo alcuna specificazione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria, non (dà) concretezza all'impegno assunto, risolvendosi in una mera clausola di stile valida per qualsiasi genere di prestazione e, per tale ragione, risolvendosi in una sostanziale scatola vuota (secondo un termine più volte utilizzato dalla giurisprudenza amministrativa, per stigmatizzarne l'utilizzo), il relativo contratto di avvalimento non sfugge alla nullità prevista per legge (sì che) in conclusione, dichiarati assorbiti gli ulteriori motivi (la valutazione di taluni dei quali richiederebbe peraltro indagini istruttorie), il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, annullati i provvedimenti impugnati...” ;

3. nell'atto di appello, Infratech riferisce che:

- ha maturato una notevole esperienza nel settore della potabilizzazione, come comprovato dalla iscrizione nel registro delle imprese per l'attività di manutenzione di impianti di potabilizzazione, e dal possesso dell'attestato

SOA in OS22 –impianti di potabilizzazione e depurazione, ma che, non possedendo l’esperienza specifica richiesta dal disciplinare di gara al p. 7.3. il quale, alla lettera a)-requisiti di capacità tecnica e professionale, richiede “Un elenco di servizi di gestione di impianti di produzione di acqua potabile espletati negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, per un quantitativo complessivo prodotto non inferiore a una volta la capacità nominale annua messa in gara, e pertanto complessivamente non inferiore a 400.000 mc.”, ha ritenuto di avvalersi della esperienza della impresa israeliana AST Clean Water Technologies, azienda leader mondiale del settore;

- essendo in possesso, consorzio e consorziata, indicata come esecutrice, Etica, del personale specializzato e delle attrezzature richieste, ma non dell’esperienza specifica, Infratech si è avvalsa in concreto del “know-how” della impresa israeliana AST e della sua attività di supervisione, consistente nella capacità di monitoraggio “on-line”, a distanza, dell’impianto (v. da pag. 3 ric. app.);

- il contratto di avvalimento, una volta elencati, al p. 2., i servizi svolti dalla ausiliaria, attestanti l’esperienza specifica di cui al p. 7.3.a) del disciplinare di gara attraverso la indicazione, in diversi Paesi del mondo, per un numero di metri cubi d’acqua giornalieri decisamente superiori ai 400 richiesti dalla “lex specialis”, quale servizio principale svolto, del “supervision process”, vale a dire del monitoraggio on-line dell’impianto da remoto, tramite web, al p. 9., contiene l’impegno di AST a mettere a disposizione di Infratech il proprio “know-how”, la propria esperienza specifica nel settore impiantistico e la propria supervisione alle attività (ossia come detto la capacità di monitoraggio “on-line” quale elemento aziendale qualificante) a farsi, mediante la propria struttura tecnica congiuntamente a quella dell’ausiliata;

- la formula utilizzata, diversamente da quanto asserito in sentenza, contiene una obbligazione dell’ausiliaria, a favore della ausiliata, a mettere a disposizione risorse specifiche e concrete quali sono appunto il “know-how”

e la supervisione consistente nel monitoraggio a distanza dell'impianto, sì che l'impegno assunto dalla AST non è affatto una "scatola vuota";

4. Sopes si è costituita per resistere e:

- in rito, ha eccepito la inammissibilità dell'appello per violazione del combinato disposto di cui agli articoli 64, comma 2 e 104 del c.p.a., e 115 e 345 del c.p.c.;

- nel merito, puntualizzato che i servizi elencati dalla impresa ausiliaria nel contratto di avvalimento riguardano non la pregressa "gestione di un impianto di dissalazione", come esplicitamente richiesto dalla "lex specialis", ma, essenzialmente, la diversa, e comunque non equiparabile, attività di "process supervision", vale a dire di monitoraggio on-line dell'impianto, da remoto, utilizzando un sistema "web", di tal che basterebbe la sola previsione di cui all'art. 2 del contratto di avvalimento, sull'elenco dei servizi svolti, per confermare la nullità del contratto medesimo per la indeterminatezza dell'oggetto; l'appellata rimarca il carattere del tutto generico della assunzione dell'impegno a mettere a disposizione il proprio "know-how". Circa la non necessità di specificare, nel contratto di avvalimento, la messa a disposizione di personale specializzato e delle attrezzature necessarie, in quanto Infratech, al pari di Etica, ne erano già in possesso, per Sopes, da un lato nella offerta tecnica di Infratech non si precisava che il Consorzio, al pari di Etica, disponevano già del personale per la gestione di un impianto di dissalazione, come richiesto dalla "lex specialis", non avendo mai svolto, né il Consorzio e nemmeno la consorziata, servizi, neanche affini o similari, a quello oggetto della procedura di gara, concernente la gestione di un impianto di dissalazione, cui corrisponde la classificazione di "servizi di desalinizzazione dell'acqua", inconferente essendo inoltre l'asserito possesso dell'attestato SOA in OS22, in quanto relativo a una qualificazione per attività di costruzione, manutenzione o ristrutturazione di impianti di potabilizzazione. D'altro lato, con il nuovo contratto di avvalimento del 26 novembre 2020, a seguito di un non consentito soccorso istruttorio, non essendo sanabile, e

quindi configurandosi quale causa di esclusione dalla gara, la mancata indicazione dei requisiti e delle risorse messi a disposizione dalla ausiliaria, in quanto causa di nullità del contratto di avvalimento (conf. pp. 14 e 15 del disciplinare di gara), AST ha previsto la messa a disposizione delle proprie risorse tecniche individuate nelle figure di n. 1 Ingegnere per l'Ambiente e il Territorio e n. 1 Ingegnere Idraulico, congiuntamente alle risorse della ausiliata Infratech: ma ciò dimostra come il Consorzio appellante non fosse in possesso delle risorse umane qualificate per svolgere il servizio, relativo alla gestione di un impianto ad alta tecnologia, e che l'avvalimento non era circoscritto al monitoraggio "on-line";

- ai sensi e per gli effetti del combinato disposto di cui agli articoli 101, comma 2, c.p.a. e 346, c.p.c., l'appellata ha poi riproposto i motivi di ricorso dichiarati assorbiti;

5. l'Assessorato regionale ha concisamente controdedotto aderendo alle ragioni dell'appellante;

6. con ordinanza n. 498/2021 questo Consiglio ha respinto la istanza di misure cautelari di cui all'art. 98 c.p.a. non evidenziando, l'appello, a un primo esame, la fondatezza delle ragioni fatte valere da Infratech;

7. in prossimità dell'udienza di discussione le parti hanno svolto deduzioni ulteriori, anche a confutazione, confermando le conclusioni già svolte;

8.1. questo Consiglio, pur potendo esimersi da una disamina dell'eccezione di inammissibilità dell'appello, sollevata da Sopes, attesa la condivisibilità di quanto già deciso nella fase cautelare, e la complessiva infondatezza del gravame nel merito, non può non dare atto che, soltanto in appello e per la prima volta, il Consorzio Infratech afferma:

- di essere "iscritto nel registro delle imprese per l'attività di manutenzione degli impianti di potabilizzazione, ovvero di impianti idonei a trasformare l'acqua ad uso potabile e in possesso della categoria OS22...(e di avere partecipato) alla gara "de qua", indicando come consorziata esecutrice

l'impresa Etica spa, anch'essa in possesso della qualificazione in OS22, classifica VIII"; e

- di avere maturato una notevole esperienza nell'ambito della potabilizzazione, "essendo il Consorzio e la consorziata indicata come esecutrice, Etica spa, in possesso del personale specializzato e delle attrezzature necessarie, richieste dal Capitolato di gara, ma non dell'esperienza specifica, così come richiesta dalla "lex specialis" (e di essersi avvalsa) in concreto del "Know – how" della impresa israeliana e della sua attività di supervisione"...Ed infatti, il Consorzio Infratech s.c.a r.l. ha una numerosa forza lavoro altamente qualificata e un vastissimo parco macchine/attrezzature all'avanguardia, così come la Etica spa, consorziata indicata come esecutrice del servizio, in possesso dell'attestato SOA in OS22"; e ciò senza riscontri probatori, in un contesto in cui non risulta che Consorzio e consorziate abbiano mai svolto servizi, neanche affini o similari, a quello oggetto della gara; e che il possesso dell'attestato SOA in OS22, attiene alla qualificazione per attività di costruzione, manutenzione o ristrutturazione di impianti di potabilizzazione, là dove, invece, l'oggetto della gara riguarda il servizio di gestione di un impianto di dissalazione finalizzato alla produzione di acqua potabile;

8.2. nel merito, la sentenza impugnata va confermata, sia pure con talune precisazioni;

prima di scrutinare in modo specifico il motivo di gravame di Infratech, va rammentato che l'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 dispone che "l'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente... Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata

dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria”;

inoltre, sulla base di un orientamento giurisprudenziale consolidato in materia, condiviso da questo Collegio (su cui v., di recente, “ex plurimis”, Cons. Stato, sez. III, n. 68 del 2021, sez. V, n. 1120 del 2020, p. 3., e n. 6551 del 2018, cui si rinvia anche ai sensi degli articoli 60, 74 e 88, comma 2, lett. d), c.p.a.), nel caso di avvalimento tecnico-operativo, avente a oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria, sussiste sempre l'esigenza di una concreta messa a disposizione di risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, solo così potendo dirsi rispettata la regola posta dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui commina la nullità all'omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dalla impresa ausiliaria;

8.3.1. tanto chiarito in termini preliminari, e rammentato che, nel caso in esame, non è in contestazione che ci si trovi di fronte a una forma di avvalimento tecnico-operativo, questo Collegio, pur dovendo riconoscere, da una parte che, come si ricava dal progetto per l'affidamento del servizio di gestione dell'impianto di dissalazione (v. fasc. di primo grado), la gestione di un impianto di dissalazione, finalizzata alla produzione di acqua potabile, non si riduce alla sola attività di “supervision”, vale a dire al monitoraggio “on line” dell'impianto da remoto tramite “web” (coerentemente con quanto ribadito da Sopes secondo cui, la gestione di un impianto come quello in esame, volto alla produzione di acqua potabile, non può essere equiparata alla supervisione “on line” della qualità e delle “performance” dei sistemi di desalinizzazione); ritiene, tuttavia, d'altra parte, di dover dare atto che l'impegno di AST, di cui al p. 2. del contratto di avvalimento, attinente all'“elenco servizi svolti” dal 2013 al 2021, in relazione al mancato possesso, da parte di Infratech, del requisito di capacità tecnico-professionale, di cui al p. 7.3. del disciplinare, concerne sì, in gran parte, stando alla descrizione fatta a

pag. 3 del contratto, attività (soltanto) di supervisione, ossia di monitoraggio “on line” di impianti da remoto, ma sembra estendersi anche, in due casi, con un livello di specificazione adeguato, sotto questo profilo, allo svolgimento di “servizi di gestione di impianti” finalizzati a produrre acqua potabile, e in quantità comunque superiore, con riferimento a ciascun singolo servizio di gestione, a quanto richiesto dalla “lex specialis” di gara ai fini della qualificazione alla procedura, sì che anche un solo “servizio di gestione” prestato dalla AST nel decennio, e indicato nel contratto, basta per comprovare il possesso del requisito della capacità tecnico-professionale;

8.3.2. nondimeno, è con peculiare riguardo al p. 9. del contratto di avvalimento che il contenuto dell’impegno non soddisfa i requisiti di specificità richiesti, assumendo carattere all’evidenza generico. E’ cioè con riferimento al p. 9., là dove l’impresa ausiliaria si impegna a mettere a disposizione di Infratech “il proprio know-how, la propria esperienza specifica nel settore impiantistico e la propria supervisione alle attività a farsi mediante la propria struttura tecnica congiuntamente a quella dell’ausiliato”, che trova conferma la tesi, propugnata da Sopes e accolta dal Tar, in un contesto in cui gli atti di gara richiedevano competenze professionali specialistiche e l’impiego di figure professionali altamente qualificate, della insufficiente specificazione delle risorse che la ausiliaria si impegna a mettere a disposizione, e che, ancora come si afferma in sentenza, con le conseguenze di nullità ivi indicate, non viene data sufficiente concretezza all’impegno assunto; e ciò, tanto più se si considera che, sempre avendo riguardo al p. 9. del –questa volta, “nuovo” e comunque modificato- contratto di avvalimento del 26 novembre 2020, a seguito di un non consentito soccorso istruttorio (dal verbale del 9.11.2020 risulta unicamente che la commissione giudicatrice, con riferimento a Infratech aveva richiesto, per il contratto di avvalimento, la traduzione dall’inglese dei servizi svolti ed elencati), non essendo sanabile, e quindi configurandosi quale causa di esclusione dalla gara, la mancata indicazione dei requisiti e delle risorse messi a disposizione dalla ausiliaria, in

quanto causa di nullità del contratto di avvalimento (conf. pp. 14 e 15 del disciplinare di gara); con riguardo, si diceva, al p. 9. del contratto del 26 novembre 2020 AST aveva previsto la messa a disposizione delle proprie risorse tecnico-professionali individuandole nelle figure di n. 1 Ingegnere per l'Ambiente e il Territorio e n. 1 Ingegnere Idraulico, congiuntamente alle risorse della ausiliata Infratech: ma ciò non fa altro che avvalorare la indeterminatezza “in parte qua” dell’oggetto del contratto di avvalimento, in quanto privo della indicazione specifica delle risorse da prestare alla ausiliata;

9. dunque l’appello va respinto e la sentenza impugnata confermata, sia pure con le precisazioni suesposte;

10. l’oggettiva complessità della controversia è tale da giustificare in via eccezionale la compensazione integrale delle spese del grado del giudizio tra le parti;

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge confermando, per l’effetto, la sentenza impugnata.

Spese del grado del giudizio compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del 16 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

Roberto Caponigro, Consigliere

Giovanni Ardizzone, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

L'ESTENSORE
Marco Buricelli

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO