

Pubblicato il 26/05/2021

N. 01735/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00826/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 826 del 2021, proposto da

Sopes S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Roberto Surdi e Francesco Surdi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Siciliana - Assessorato Regionale Energia e Servizi di Pubblica Utilità, Regione Siciliana – Dip. Reg. Acqua e Rifiuti, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo; domicilio digitale:

ads@mailcert.avvocaturastato.it; domicilio fisico: Palermo, via V. Villareale n. 6;

nei confronti

Consorzio Stabile Infratech S.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Comandè, Andrea Ciulla e Filippo Morici, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso lo studio dell'avv. Carlo Comandè sito in Palermo, via Caltanissetta n.2/D;

per l'annullamento

- del D.D.G. n. 169 del 30/03/2021, adottato dal Dirigente Generale dell'Assessorato regionale dell'Energia e dei servizi di pubblica utilità - Dipartimento regionale dell'Acqua e dei Rifiuti, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione in favore del Consorzio Stabile Infratech Scarl del “Servizio di gestione, per un periodo di anni 10, finalizzato alla produzione di acqua potabile, dell'impianto di

dissalazione ad osmosi inversa dell'Isola di Vulcano (ME)”, nonché degli atti e dei provvedimenti ivi richiamati;

- della nota del 1° aprile 2021 prot. 13295 dell'Assessorato regionale dell'Energia e dei Servizi di Pubblica Utilità con la quale è stato comunicato il provvedimento di aggiudicazione;

- del provvedimento prot. n° 11547 del 22/03/2021, adottato dal RUP presso Assessorato regionale dell'Energia e dei Servizi di Pubblica Utilità - Dipartimento regionale dell'Acqua e dei Rifiuti servizio 1, con il quale è stata proposta l'aggiudicazione del servizio in favore del Consorzio Stabile Infratech Scarl;

- di tutti i verbali di gara;

- degli atti e dei provvedimenti relativi alla verifica della congruità dell'offerta e del possesso dei requisiti di qualificazione di ordine generale, speciale e tecnico-professionale, da parte del Consorzio Stabile Infratech Scarl e dell'impresa ausiliaria indicata in sede di partecipazione alla gara, sia con riguardo ai controlli effettuati dalla Commissione Giudicatrice che a quelli disposti dalla Stazione Appaltante dopo l'aggiudicazione;

- di tutti gli atti prodromici, connessi o comunque consequenziali, ivi compresi, il bando, il disciplinare di gara e gli atti istruttori;

per la declaratoria del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara e l'inerente contratto di appalto, previa inefficacia degli eventuali contratti sottoscritti con la controinteressata

nonché per la condanna

dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno in via principale in forma specifica, nonché, in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Siciliana - Assessorato Regionale Energia e Servizi di Pubblica Utilità, di Regione Siciliana - Dip Reg Acqua e Rifiuti e di Consorzio Stabile Infratech S.c. a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 25 del D.L. n. 137 del 28 ottobre 2020, convertito in legge n. 176 del 18 dicembre 2020;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2021 il cons. Nicola Maisano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto l'art. 60 cod. proc. amm.;

Con ricorso notificato in data 3 maggio 2021, e depositato il successivo 5 maggio, la società ricorrente ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe articolando le censure di: I) Violazione

e falsa applicazione della *lex specialis* - Violazione e falsa applicazione degli articoli 59 commi 3 e 4, 83, 86 e 89 d.lgs. 50/2016 - Violazione e falsa applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 c.c. - Violazione e falsa applicazione del D.P.R. 445/00 - Violazione e falsa applicazione del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 - Violazione e falsa applicazione delle regole e dei principi in materia di possesso dei requisiti necessari per concorrere ad un incanto, di avvalimento nonché di soccorso istruttorio - Difetto di motivazione - Eccesso di Potere per difetto d'istruttoria, erroneità e/o carenza dei presupposti - Violazione dei principi generali di buon andamento, regolarità, trasparenza e *par conditio*; II) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* - Violazione e falsa applicazione degli articoli 59 commi 3 e 4, 83, 86 e 89 d.lgs. 50/2016 - Violazione e falsa applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 c.c. - Violazione e falsa applicazione del D.P.R. 445/00 - Violazione e falsa applicazione del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 - Violazione e falsa applicazione delle regole e dei principi in materia di possesso dei requisiti necessari per concorrere ad un incanto nonché di soccorso istruttorio - Difetto di motivazione. Contraddittorietà manifesta - Eccesso di Potere per difetto d'istruttoria, erroneità e/o carenza dei presupposti - Violazione dei principi generali di buon andamento, regolarità, trasparenza e *par conditio*, sotto altro profilo; III) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* - Violazione e falsa applicazione degli articoli 83, 86, 89 e allegato XVII, parte II d.lgs. 50/2016 - Violazione e falsa applicazione del D.P.R. 445/00 - Violazione e falsa applicazione del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 - Violazione e falsa applicazione delle regole e dei principi in materia di possesso dei requisiti necessari per concorrere ad un incanto nonché di soccorso istruttorio - Difetto di motivazione - Eccesso di Potere per difetto d'istruttoria, erroneità e/o carenza dei presupposti - Violazione dei principi generali di buon andamento, regolarità, trasparenza e *par conditio*, sotto altro profilo; IV) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* - Violazione e falsa applicazione degli articoli 81 e 216 d.lgs. 50/2016 - Violazione dei principi generali di buon andamento, regolarità, trasparenza e *par conditio*; V) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* - Violazione e falsa applicazione degli articoli 23, 30, comma 3, 94, 95 e 97 d.lgs. 50/2016 - Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 26 comma 6 del d.lgs. n. 81 del 2008 - Violazione dei principi generali di buon andamento, regolarità, trasparenza e *par conditio* - eccesso di potere per manifesta illogicità, irragionevolezza, erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti e difetto d'istruttoria nelle operazioni compiute dalla commissione giudicatrice nella valutazione dell'offerta presentata dal consorzio Infratech; VI. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis*. Violazione e falsa applicazione degli articoli 83 e 95 d.lgs. 50/2016 - Difetto di motivazione - Eccesso di Potere per difetto d'istruttoria, per illogicità manifesta ed erroneità e/o carenza dei presupposti - Violazione dei principi generali di buon andamento, regolarità, trasparenza e *par conditio*.

Sostiene la società ricorrente che i provvedimenti impugnati sarebbero illegittimi poichè l'avvalimento utilizzato dalla società controinteressata, per sopperire ai requisiti di partecipazione che le mancano, sarebbe illegittimo ed inammissibile, in quanto non rispondente ai requisiti di legge, sotto diversi profili: il contratto di avvalimento non indicherebbe in maniera sufficientemente specifica i mezzi messi a disposizione dell'ausiliata; non sarebbe stato comprovato il possesso da parte dell'ausiliaria del requisito di capacità tecnico professionale richiesto dall'art. 7.3 lett. a) del disciplinare di gara, anche in considerazione della mancata produzione di certificazioni regolari; le dichiarazioni rese dall'ausiliaria sarebbero non rispondenti a quanto previsto dall'art. 83 del disciplinare, stante l'inapplicabilità del D.P.R. n. 445/2000, e comunque non sono state firmate dal soggetto a ciò legittimato; a seguito del soccorso istruttorio - comunque indebito - disposto dalla stazione appaltante, nei confronti della contro – interessata, tale società sarebbe andata oltre quanto richiesto, modificando la documentazione prodotta a corredo dell'offerta, in ordine al contratto di avvalimento; la traduzione in lingua italiana della documentazione allegata sarebbe priva dell'attestazione di conformità; non sarebbe stato effettuato correttamente il caricamento dei dati della contro – interessata, attraverso il sistema AVC pass; sarebbe incongrua la doverosa indicazione dei costi di personale; l'offerta presentata dalla contro – interessata sarebbe inoltre

inattendibile, in considerazione del ribasso offerto, e sarebbe infine incongruo il punteggio qualitativo attribuito dalla commissione di gara a tale offerta.

Si sono costituiti sia l'amministrazione intimata che la società contro - interessata; quest'ultima ha analiticamente replicato alle argomentazioni sviluppate dalla ricorrente, con memoria depositata in data 17 maggio 2021, e concluso per il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare proposta dal ricorrente, i procuratori delle parti private, collegati da remoto, hanno ribadito le rispettive tesi e il ricorso è stato posto in decisione.

Ritiene preliminarmente il Collegio che il giudizio può essere definito con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione delle istanze cautelari, sussistendone tutti i presupposti; possibilità, questa, che non richiede alcuna previa comunicazione alle parti, a norma dell'art. 25 del D.L. n. 137 del 28 ottobre 2020.

In merito sembra opportuno precisare che le questioni, in diritto, oggetto di controversia, risultano chiaramente individuate attraverso le censure articolate in ricorso e le analitiche repliche della controparte; inoltre, quanto meno con riguardo a quelle sulle quali verrà fondata la presente decisione, tali questioni sono esaurientemente scrutinabili sulla base della documentazione in atti, disponibile a tutte le parti in giudizio, non residuando margini di incertezza sulla ricostruzione in fatto della vicenda per cui è causa.

Ritiene pertanto il Collegio che non vi siano ragioni per non adottare una sentenza in forma semplificata che consente, qualunque sia il suo esito, all'amministrazione di operare sulla base di una stabilità maggiore di quella che deriverebbe dall'adozione di un provvedimento cautelare.

Il ricorso è fondato in relazione al primo motivo e, in particolare, in ordine alla mancata indicazione, nel contratto di avvalimento che viene in rilievo, delle specifiche risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliata.

Al fine della corretta individuazione della questione in esame, ritiene il Collegio utile precisare che non sussistono dubbi sul fatto che l'avvalimento che viene in rilievo nella presente controversia rientra nel novero dell'avvalimento tecnico operativo (sulla differenza tra avvalimento tecnico e avvalimento di garanzia vedi Cons. di Stato 4 gennaio 2021 n. 68); questione sostanzialmente incontestata dalla contro - interessata che invece, in replica alla seconda articolazione del primo motivo di ricorso, sostiene che il tipo di prestazione che viene in rilievo non richiede la sua diretta esecuzione da parte dell'ausiliaria, non rientrando tra le ipotesi previste dal secondo inciso del comma 1 dell'art. 89 D.lgs. n. 50 del 2016.

Indipendentemente da quest'ultimo profilo, la giurisprudenza che si è formata in ordine all'avvalimento tecnico richiede, in ogni caso, che il contratto sul quale trova fondamento consenta di individuare in modo preciso e analitico le risorse umane e/o materiali messe a disposizione dell'ausiliata, in congruenza con l'espresso disposto dell'art. 89, comma 1, ultimo cpv, del D.lgs n. 50/2016 (Cons. di Stato, V, 30 gennaio 2019 n. 755; Cons. di Stato, V, 20 novembre 2018 n. 6551); solo in tal modo l'avvalimento – istituto di origine comunitaria – consente di coniugare l'interesse all'ampliamento della platea delle imprese che possono potenzialmente partecipare ad una gara d'appalto con quello di garantire che la prestazione venga eseguita da soggetti che possono contare su un idoneo apparato tecnico strumentale e sulla necessaria esperienza professionale, interesse ineludibile nell'individuazione del contraente di un contratto di appalto pubblico.

Il punto di equilibrio tra tali interessi viene appunto trovato consentendo di avvalersi di imprese terze, purchè siano chiari gli elementi che l'ausiliata potrà utilizzare nell'esecuzione della prestazione, garantendo in tal modo l'amministrazione circa il sostanziale soddisfacimento delle condizioni necessarie per potere ragionevolmente attendersi il buon esito dell'appalto.

Tali principi si trovano espressi in tutta la giurisprudenza amministrativa che si è pronunciata sulla questione che viene in rilievo, indipendentemente dal fatto che, in concreto, sia stato o meno riconosciuto l'avvenuto soddisfacimento della condizione.

In coerente applicazione con tali principi, che il Collegio condivide e ai quali intende dare continuità, il punto decisivo che rileva per la valutazione del motivo articolato dalla ricorrente è stabilire se il contratto di avvalimento utilizzato dalla contro – interessata, per sopperire alla carenza dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara per cui è causa, contenga o meno *la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria*; in mancanza di tale specificazione il contratto di avvalimento non sfugge alla sanzione della nullità.

Correttamente ricostruiti i termini della questione, ritiene il Collegio che il contratto di avvalimento in esame non soddisfi la necessaria specificità richiesta per legge.

Invero in tale contratto viene indicato che la società AST mette a disposizione della Infratech tutte le risorse per consentire l'esecuzione del servizio (punto 2 del contratto), nonché *“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...”* (punto 9 del contratto).

Ritiene il Collegio che la formula utilizzata, non contenendo alcuna specificazione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria, non dia 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.

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.

Quanto alla domanda di accertamento del diritto di essere l'aggiudicataria dell'appalto per cui è causa, rileva il Collegio che dalla riscontrata illegittimità dell'offerta della controinteressata non può conseguire automaticamente l'aggiudicazione dell'appalto in questione in favore della ricorrente, considerati i poteri di verifica comunque riservati all'Amministrazione nell'ambito della procedura di che trattasi.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna le parti resistenti al pagamento in solido delle spese di lite che liquida, in favore della ricorrente, in €. 3.000,00, oltre spese generali, accessori e rifusione del contributo unificato, ove regolarmente corrisposto.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2021, svoltasi in modalità telematiche, da remoto, secondo quanto previsto dall'art. 25 del decreto legge n. 137 del 28 ottobre 2020, convertito in legge n. 176 del 18 dicembre 2020, con l'intervento dei magistrati:

Nicola Maisano, Presidente, Estensore

Francesco Mulieri, Primo Referendario

Calogero Commandatore, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Nicola Maisano

IL SEGRETARIO