

## **TAR Puglia, Sezione Terza, Sentenza n. 14 del 5 gennaio 2024**

Appalti di servizi e lavori – Contratto di avvalimento – Pagamento anticipato delle prestazioni in favore dell'ausiliaria – Validità

Publicato il 05/01/2024

**N. 00016/2024 REG.PROV.COLL.**

**N. 01041/2022 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1041 del 2022, proposto da (...) Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), (...), rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### **contro**

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### **nei confronti**

(...) S.r.l., (...) S.n.c., (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

(...) S.r.l., non costituita in giudizio;

### **per l'annullamento**

“della determinazione prot. n. 46291 del 21.7.2022 e di quella di pari data prot. n. 46436 di rettifica della stessa, con cui l'(...) s.p.a. ha disposto l'aggiudicazione in favore dell'a.t.i. con capogruppo (...) s.r.l. del lotto 11 (CIG ...) della procedura di affidamento, mediante accordo quadro, dell'appalto di servizi e lavori di manutenzione delle reti idriche e fognarie indetta con determina prot. n. 27064 del 22.4.2021, nonché della nota prot. n. 46369 del 21.7.2022 di comunicazione della predetta aggiudicazione e di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, compresi: la determinazione prot. n. 25454 del 21.4.2022 della medesima stazione appaltante, il provvedimento di quest'ultima n. 11101 del 21.2.2022 di aggiudicazione del lotto n. 7 (CIG ...) dell'appalto in oggetto in favore dell'impresa (...) s.r.l., oltre che la nota prot. n. 11293 del 21.2.2022 di comunicazione dello stesso e tutti i verbali della procedura in esame, nonché, ove occorra, le ulteriori comunicazioni relative ad essa di (...) s.p.a. del 9.12.2021, 13.1.2022, 2.3.2022, 7.3.2022, 18.5.2022, 13.7.2022, 21.7.2022, 25.7.2022, 4.8.2022, nei limiti di interesse di seguito specificati;

nonché per la declaratoria di inefficacia dei contratti di appalto, ove stipulati nel corso del giudizio, tra la stazione appaltante e le controinteressate, relativamente ai predetti lotti 11 e 7, con accertamento del diritto dell'a.t.i. ricorrente al subentro in quest'ultimo, cui essa si dichiara fin d'ora disponibile”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) S.p.A., (...) S.r.l., (...) S.n.c. e (...) S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 del codice del processo amministrativo;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2023 il dott. Silvio Giancaspro e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. La società (...) ha agito dinanzi a questo Tar per l'annullamento della determinazione con cui l'(...) s.p.a. ha aggiudicato in favore dell'a.t.i. con capogruppo (...) s.r.l. il lotto 11 dell'appalto avente ad oggetto servizi e lavori di manutenzione delle reti idriche e fognarie di propria competenza.

2. In particolare, la parte ricorrente ha riferito che

- con determinazione prot. n. 27064 del 22 aprile 2021 “l'(...) s.p.a. indicava procedura aperta ... per l'affidamento, mediante accordo quadro, dell'appalto dei servizi e dei lavori di manutenzione delle reti idriche e fognarie, suddiviso nei seguenti 14 lotti, corrispondenti ai rispettivi ambiti territoriali: - ... - lotto n. 7, corrispondente all'ambito 7 (Provincia di Bari), dell'importo a base d'asta di € 22.599.582,11, oltre IVA; - lotto n. 8, corrispondente all'ambito 8 (Provincia di Taranto), dell'importo a base d'asta di € 25.105.612,01, oltre IVA; ... - lotto n. 11, corrispondente all'ambito 12 (Provincia di Lecce), dell'importo a base d'asta di € 25.458.160,22, oltre IVA; ...”;

- il disciplinare di gara precisava che: *“il concorrente, singolo o in forma riunita/consorzata, che intenda concorrere a più lotti, potrà conseguire l'aggiudicazione di non più di due lotti, da individuarsi prendendo in considerazione il lotto di importo a base d'asta più elevato, di cui sarà aggiudicatario e, progressivamente, sempre seguendo l'ordine dato dal valore a base d'asta, l'altro lotto fra quelli in cui è collocato al primo posto in graduatoria, per il quale venga al contempo a soddisfarsi la condizione del possesso della sommatoria dei requisiti di qualificazione richiesti dal bando di gara”* (art. 4.6);

- “l'a.t.i. con capogruppo mandataria l'odierna deducente presentava, fra l'altro, la propria offerta per i lotti nn. 7 e 11”;

- all'esito della valutazione delle offerte, il r.t.i. composto dalla capogruppo mandataria (...) s.r.l. e dalla mandante (...) s.r.l. risultava classificato al primo

posto della graduatoria del lotto n. 11;

- con “provvedimento n. 4877 del 26.1.2022 veniva, quindi, disposta da (...) l’aggiudicazione del predetto lotto in favore di tale r.t.i.”;

- al secondo posto della graduatoria del lotto n. 11 “si collocava l’a.t.i. composta dalla capogruppo mandataria (...) s.r.l. e dalle mandanti (...) s.n.c. e (...) s.r.l., seguita dall’impresa (...) s.r.l. e poi dal r.t.i. odierno deducente”;

- l’efficacia della aggiudicazione “era, tuttavia, subordinata all’esito positivo della verifica, avviata dalla stazione appaltante ai sensi dell’art. 32, comma 7, d.lgs. n. 50/2016 cit., dei requisiti di ordine generale e speciale in capo alle imprese (...) s.r.l. e (...) s.r.l. componenti la suindicata a.t.i.”;

- all’esito di tale verifica, l’a.t.i. aggiudicataria “risultava priva del requisito di cui all’art. 4.3, lett. C), sub c) del disciplinare” (“*aver prestato negli ultimi tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara servizi di sanificazione analoghi a quelli richiesti, come meglio descritti nell’articolo 28 del Capitolato speciale d’appalto, per un importo non inferiore al 25% dell’importo complessivo dei servizi secondari (compreso eventuale proroga) previsto dall’Accordo Quadro per l’Ambito al quale si concorre*”), sicché, con la determinazione prot. n. 25454 del 21 aprile 2022, l’(...) s.p.a. disponeva “l’annullamento del predetto provvedimento di aggiudicazione” e successivamente, all’esito della verifica di congruità dei costi della manodopera, con determinazione prot. n. 46291 del 21 luglio 2022 – poi rettificata con determinazione prot. n. 46436 di pari data – aggiudicava “il lotto n. 11 in favore del predetto r.t.i. con capogruppo (...) s.r.l.”;

- dopo l’adozione del provvedimento di aggiudicazione, “veniva consentito all’odierna deducente l’accesso ... all’intera documentazione prodotta dal predetto raggruppamento ai fini dell’ammissione alla gara”;

- dall’esame della documentazione “emergeva, in particolare, che – al fine di comprovare il possesso del predetto requisito speciale di cui all’art. 4.3, lett. C), sub c) cit. del disciplinare – la mandante (...) s.r.l. dell’a.t.i. aggiudicataria aveva prodotto “*certificato di regolare esecuzione*” rilasciato in favore della stessa in data

21.5.2021 dalla (...) s.p.a., attestante l'avvenuto espletamento di *“servizi di sanificazione, disinfezione e derratizzazione nei tratti di rete fognaria appartenente ai punti vendita (...) S.p.A. in ottemperanza alle richieste dettate dalla committenza, per un totale pari ad € 235.000,00 svolti nel seguente periodo dal 05.05.2018 al 01.05.2021”*”;

- con la nota del 24 agosto 2022, “la deducente chiedeva, quindi, alla predetta impresa (...) s.p.a. l'acquisizione dell'intera documentazione sulla base della quale era stato emesso il suindicato certificato, al fine di *“verificare la correttezza dei dati dichiarati nel suddetto documento”*”;

- con la nota del 19 settembre 2022, “a firma del proprio Presidente del Consiglio di Amministrazione e legale rappresentante p.t., l'(...) s.p.a. riscontrava la predetta richiesta della deducente, escludendo che quello in precedenza rilasciato fosse un vero e proprio certificato e dichiarando non potersi determinare l'effettiva entità delle specifiche prestazioni svolte dalla mandante dell'a.t.i. controinteressata, rilevanti ai fini della dimostrazione del requisito in parola”;

- dai contenuti del predetto “documento, oltre che da quelli ulteriori acquisiti in sede di accesso dall'a.t.i. deducente, emerge l'illegittimità del predetto provvedimento di aggiudicazione”, al cui annullamento “la deducente ha evidente interesse poiché, nell'auspicata ipotesi di annullamento della predetta aggiudicazione del lotto 11, quest'ultima verrebbe pronunciata in favore dell'impresa (...) s.r.l. e, conseguentemente, quella del lotto 7 spetterebbe all'a.t.i. odierna ricorrente”, dal momento che la (...) s.r.l. risulta già aggiudicataria del lotto 8, del valore a base d'asta di € 25.105.612,01 (oltre IVA), sicché essa, per effetto dell'assegnazione del predetto lotto 11, del valore a base d'asta di € 25.458.160,22 (oltre IVA), ai sensi della clausola dell'art. 4.6 cit. del disciplinare di gara “non avrebbe più titolo all'aggiudicazione del terzo lotto n. 7, dichiarata in favore della stessa con provvedimento n. 11101 del 21.2.2022, di valore a base d'asta (€ 22.599.582,11 oltre IVA) inferiore rispetto a quello dei primi due” e “poiché nella graduatoria del suindicato lotto 7 in posizione immediatamente inferiore rispetto

alla predetta impresa (...) s.r.l. è collocata l'a.t.i. odierna deducente (con il punteggio di 70,731), quest'ultima diverrebbe la potenziale aggiudicataria dello stesso per effetto dell'accoglimento del presente ricorso”.

3. Ciò premesso, l'interessata ha articolato le seguenti censure:

- il raggruppamento aggiudicatario del lotto n. 11 “ha presentato nell'ambito della documentazione amministrativa n. 3 distinti contratti di avvalimento infragruppo”, con ognuno dei quali l'impresa ausiliaria si è impegnata a mettere a disposizione i propri requisiti “*per tutta la durata dell'appalto, previo pagamento del corrispettivo ...*”, laddove “gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento ... non possono essere neanche indirettamente condizionati”;

- dall'esame “della nota del legale rappresentante di (...) possono trarsi le seguenti considerazioni: a) all'attestazione a firma della dott.sa (...) non può riconoscersi il valore di certificato di regolare esecuzione ...; b) non è comprovato che il concorrente in questione abbia effettuato servizi quali quelli richiesti dal disciplinare per l'importo di € 235.000,00 ...; c) ... i servizi che sono stati dichiarati di sanificazione, disinfestazione e derattizzazione di tronchi fognari vengono eseguiti soltanto dagli scarichi del punto vendita all'allaccio alla pubblica rete e, come tali, non possono considerarsi analoghi a quelli oggetto di appalto dal momento che non riguardano impianti a rete, arrestandosi al punto di confluenza in questi ultimi”.

4. Si sono costituite in giudizio l'(...) s.p.a. e (...) s.r.l. per resistere al ricorso.

Entrambe le parti costituite hanno eccepito l'incompetenza territoriale del Tar Puglia, sede di Bari, in favore della sezione staccata di Lecce, nonché l'irricevibilità e l'inammissibilità del ricorso.

5. Con memoria in data 6 novembre 2023, la parte ricorrente ha riferito “che con sentenza n. 7941/2023 del 25.8.2023 della V Sezione del Consiglio di Stato ... è stato respinto l'appello proposto dall'a.t.i. con capogruppo (...) S.r.l. avverso la sentenza n. 1244/2022 del TAR Puglia-Lecce, relativa alla procedura di

affidamento del lotto 11 dell'appalto in questione” e pertanto si è “definitivamente consolidata l'esclusione di detto raggruppamento”, con il conseguente interesse “dell'odierna deducente ... all'annullamento dell'aggiudicazione di detto lotto – successivamente disposta dall'(...) in favore del r.t.i. con capogruppo (...) s.r.l. con il provvedimento impugnato del 21.7.2022 – per le ragioni specificate nel ricorso”.

6. All'esito del deposito di memorie difensive e rispettive repliche, nella udienza del 22 novembre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Innanzi tutto, deve essere respinta l'eccezione di incompetenza territoriale del Tar Puglia, sede di Bari.

Invero, in riferimento ad una fattispecie identica a quella in esame, questa Sezione, sulla scorta di argomentazioni che meritano di essere confermate e reiterate in questa sede, ha avuto modo di respingere analoga eccezione, chiarendo che *“La competenza appartiene al T.a.r. Puglia - Bari, non alla Sezione staccata di Lecce. L'eccezione, sollevata dalla Amministrazione resistente, deriverebbe dalla circostanza che i lavori relativi al lotto 5 sono relativi a impianti situati nella provincia di Brindisi. Sennonché, la competenza territoriale del T.a.r., con riguardo all'impugnativa degli atti di gara spetta al T.a.r. di Bari, poiché la Stazione appaltante ha dato luogo a un'unica procedura di gara riguardante servizi da prestare in vari ambiti territoriali, ancorché divisa in lotti diversi, e non, invece, a diverse procedure di gara per quanti sono i lotti indicati dal bando. Gli indici che, secondo la giurisprudenza, sono indicativi dell'unitarietà di una procedura di gara, ancorché divisa in lotti, attengono alla previsione della possibilità di aggiudicazione di un solo lotto o di un numero limitato di lotti ad ogni singolo concorrente, cosicché l'aggiudicazione di un lotto viene ad essere condizionata dall'esito della procedura selettiva relativa agli altri lotti; pertanto, gli effetti di un eventuale annullamento giurisdizionale avente a oggetto un lotto si possono ripercuotere a livello territoriale regionale. Inoltre, la giurisprudenza ha individuato come elementi indicativi dell'unitarietà di una gara la nomina di un'unica Commissione giudicatrice e di un unico responsabile del procedimento, deputati ad adottare provvedimenti di gara riguardanti tutti i lotti, sicché non ha rilievo la circostanza che alcuni lotti cadano sulla parte del territorio regionale per la quale è competente la*

*Sezione staccata del T.a.r. Puglia avente sede a Lecce (cfr.: Cons. Stato, Ad. plen., 12 dicembre 2012, n. 38; idem Ad. plen. 29 settembre 2012, n. 33; idem IV, ord. n. 83/2019; idem IV, ord. 4271/2019; T.a.r. Lazio Roma II, 21.2.2020 n. 802)” (TAR Puglia Bari, Sez. III, 15 gennaio 2021, n. 79).*

8. Si può prescindere dall'esame delle eccezioni di irricevibilità e inammissibilità del ricorso, stante l'infondatezza delle relative doglianze.

8.1. Quanto alla prima censura, si osserva che dal tenore della lettera del contratto di avvalimento (“*previo pagamento*”) non emerge in modo chiaro e univoco la volontà di condizionare sospensivamente la prestazione dell'ausiliaria al pagamento del corrispettivo e quindi l'intento delle parti contraenti di rendere inefficace la relativa obbligazione nelle more del pagamento.

A ben vedere, in mancanza di ulteriori indicazioni, l'inciso in questione costituisce null'altro che una mera clausola di stile, da riferire alla necessità che all'adempimento della ausiliaria corrisponda l'adempimento della ausiliata, come deve essere in ragione del sinallagma contrattuale.

In ogni caso, la predetta clausola esaurisce i suoi effetti nell'ambito del rapporto tra le parti contrattuali e non incide sugli obblighi autonomamente assunti dalla ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, in forza di apposita dichiarazione (che è stata depositata in giudizio da (...)), i quali obblighi sono pieni, univoci ed incondizionati e valgono quindi a soddisfare gli interessi pubblici di riferimento: *“La tesi della necessaria correlazione tra l'inadempimento dell'avvalente alla clausola in discorso e l'inadempimento dell'obbligazione assunta dall'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, di cui alla citata giurisprudenza di primo grado ... non è condivisibile e prova troppo. Su tali basi infatti dovrebbe allora considerarsi sempre condizionato l'adempimento nei confronti della stazione appaltante al pagamento del corrispettivo che l'ausiliata deve corrispondere all'ausiliaria per l'avvalimento, che caratterizza proprio il rapporto privato tra le parti. Ma così non è, in quanto il mancato pagamento del corrispettivo fa unicamente insorgere il diritto di credito dell'ausiliaria nei confronti dell'ausiliata, non condizionando però la solidarietà dell'obbligazione assunta nei*



*confronti della stazione appaltante come prevista dal Codice dei Contratti?*” (T.A.R. Sardegna Cagliari, Sez. II, 5 maggio 2023, n. 326; in senso analogo Consiglio di Stato, Sez. V, 24 novembre 2021, n. 7863: “*la previsione di cui all’art. 3, comma 2, punto 3 del contratto di avvalimento, statuente l’obbligo di AVM di corrispondere preventivamente all’ausiliaria un corrispettivo commisurato al costo di mercato non rende affatto eventuale ed incerto il predetto l’impegno assunto da quest’ultima nei confronti della stazione appaltante*”; Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 24 aprile 2023, n. 312: “*la previsione di cui al contratto di avvalimento, statuente l’obbligo dell’aggiudicataria di corrispondere preventivamente all’ausiliaria un corrispettivo commisurato al costo di mercato non rende affatto eventuale ed incerto il predetto l’impegno assunto da quest’ultima nei confronti della Stazione appaltante, né sarebbe stato ad essa opponibile per eventualmente liberarsi dagli obblighi assunti nei suoi confronti o dalla responsabilità solidale*”).

8.2. Quanto alla seconda censura, assume dirimente rilevanza il fatto che la verifica positiva del requisito speciale di cui all’art. 4.3, lett. C), sub c), del disciplinare” (“*aver prestato negli ultimi tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara servizi di sanificazione analoghi a quelli richiesti ... per un importo non inferiore al 25% dell’importo complessivo dei servizi secondari ...*”) è giustificata dalla acquisizione agli atti di gara di una univoca dichiarazione (con valore di “*certificato di regolare esecuzione*”), resa da una figura - con ruolo di responsabilità apicale - interna ad (...), che si è dichiarata “*legittimata a rilasciare la documentazione in oggetto in qualità di responsabile qualità e del servizio*” e ha attestato l’avvenuto svolgimento del servizio “*di sanificazione, disinfezione e derattizzazione nei tratti della rete fognaria appartenenti ai punti vendita (...) s.p.a. ... per un totale pari a 235.000,00, ... nel seguente periodo dal 05.05.2018 al 01.05.2021*”, ciò che vale a soddisfare le esigenze istruttorie della stazione appaltante e a legittimare l’ammissione del raggruppamento alla procedura di gara.

Il fatto che il Presidente della società, su richiesta della parte ricorrente (e in un contesto esterno alla procedura di gara), abbia successivamente reso dichiarazioni non coincidenti con quelle acquisite agli atti dalla Stazione appaltante, non vale di

per sé a porre nel nulla il certificato reso dal “*responsabile qualità e del servizio*” della società in sede procedimentale, trattandosi di un atto meramente dichiarativo di un dato contabile e privo di rilevanza negoziale, che come tale non è necessariamente da riferire alle prerogative del legale rappresentante della società, ciò che non consente di risolvere in questa sede la questione delle competenze interne alla società nel senso della irrilevanza del certificato reso dal responsabile della qualità del servizio, che peraltro non è stato espressamente ritirato dalla (...) s.p.a.

8.3. Quanto alla pertinenza del servizio attestato da (...) s.p.a. (“*Sanificazione, Disinfestazione e Derattizzazione dei tronchi di fognatura appartenenti alla scrivente società (ossia dagli scarichi dei punti vendita all’allaccio alla pubblica rete)*”) rispetto al requisito richiesto dalla *lex specialis* di gara, è sufficiente osservare che

- il bando chiedeva l’attestazione di servizi di sanificazione analoghi e non identici rispetto a quelli descritti nel capitolato speciale di appalto;
- nel caso di specie, l’analogia è da riferire alla tipologia dell’attività eseguita in favore di (...) s.p.a. - che dal punto di vista funzionale è senza meno omogenea (o comunque simile rispetto) a quella descritta del Capitolato speciale di appalto - e non alla configurazione delle strutture interessate dagli interventi di sanificazione, dal momento che i servizi erogati in favore di committenti privati, pacificamente ammessi dalla *lex specialis*, non possono che riguardare il tratto di allacciamento degli edifici alla rete fognaria, e non la rete fognaria nel suo complesso: “*Nelle gare per l’affidamento di servizi e forniture i concetti di 'servizi analoghi' e di 'forniture analoghe' devono essere intesi 'non come identità ma come mera similitudine' tra le prestazioni richieste*” (Consiglio di Stato, Sez. V, 25 agosto 2023, n. 7938).

9. La particolarità delle questioni esaminate giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (sezione terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppina Adamo, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere

Silvio Giancaspro, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Silvio Giancaspro**

**IL PRESIDENTE**

**Giuseppina Adamo**

**IL SEGRETARIO**