Massima: *Diverso discorso è a farsi per l'avvalimento speso in gara dalla aggiudicataria Cecchini srl, che non è solo premiale, ma anche premiale, in quanto stipulato per acquisire la disponibilità dei due tecnici saldatori richiesti come condizione di partecipazione alla gara perché rientranti nella composizione minima della squadra. La circostanza che tale avvalimento determini, in via indiretta, anche un miglioramento della offerta, non è idonea ad escludere la attribuibilità del punteggio incrementale, proprio perché finalizzato ad ottenere requisiti di partecipazione.*
Ne deriva che, per la mancata attribuzione del punteggio per l'avvalimento solo premiale alla ricorrente, non era necessario nemmeno un particolare onere di motivazione da parte della stazione appaltante, potendo la stessa fondare il diniego del punteggio sul richiamo al dato normativo dell'art 89 codice del 2016 ed esprimere tale opzione attraverso il punteggio zero dato alla voce corrispondente.

T.A.R. Campania n. 4756 del 04/08/2023

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 della Campania

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1873 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da
Ranieri Impiantistica S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 947005047B, rappresentato e difeso dall'avvocato Fiorita Iasevoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ente Autonomo Volturno S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianfranco D'Angelo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via del Parco Margherita n. 33;

nei confronti

Alfredo Cecchini S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Ruffini, Marco Orlando, Antonietta Favale, Matteo Valente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

del provvedimento di cui alla comunicazione a mezzo pec del 13 marzo 2023 ex art. 95 del D. Lgs. 50 del 2016 di aggiudicazione alla società Alfredo Cecchini srl del servizio di manutenzione triennale degli impianti termici per la climatizzazione estiva ed invernale, degli impianti ausiliari e degli impianti antincendio dei fabbricati e stazioni dell'intera rete EAV CIG 947005047B,

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Alfredo Cecchini S.r.l. il 15/5/2023:

per l'annullamento

- in via incidentale ed in parte qua, del provvedimento di aggiudicazione del 13 marzo 2023, con il quale l'Ente Autonomo Volturno ha aggiudicato la procedura di gara per il servizio di manutenzione triennale degli impianti termici (CIG: 947005047B) alla Cecchini nella misura in cui non è stata rilevata la nullità e genericità del contratto di avvalimento e della dichiarazione di impegno dell'ausiliaria depositati in gara dalla Ranieri;

- in via incidentale ed in parte qua, dei verbali di gara del 27 febbraio 2023 e del 3 marzo 2023, relativi alla valutazione tecnica e all'assegnazione dei punteggi,

oltreché degli altri verbali attinenti a tale fase, ancorché non conosciuti, nella misura in cui non è stata rilevata e/o motivata la nullità e genericità del contratto di avvalimento e della dichiarazione di impegno dell'ausiliaria depositati in gara dalla Ranieri (verbale del 9 gennaio 2023, verbale del 17 febbraio 2023 e verbale del 3 marzo 2023);

- in via incidentale ed in parte qua, di ogni altro atto e/o provvedimento collegato, connesso, presupposto e conseguente, se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente incidentale.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Ranieri Impiantistica S.r.l. il 25/5/2023:

del provvedimento di cui alla comunicazione a mezzo pec del 13 marzo 2023 ex art. 95 del D. Lgs. 50 del 2016 di aggiudicazione alla società Alfredo Cecchini srl del servizio di manutenzione triennale degli impianti termici per la climatizzazione estiva ed invernale, degli impianti ausiliari e degli impianti antincendio dei fabbricati e stazioni dell'intera rete EAV - CIG 947005047B

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ente Autonomo Volturno S.r.l. e di Alfredo Cecchini S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale prodotto da Alfredo Cecchini S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 luglio 2023 la dott.ssa Anna Pappalardo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente società espone di avere partecipato alla gara indetta da EAV - Ente Autonomo Volturno srl - con bando del 21 novembre 2022 - procedura aperta per

l'erogazione di un servizio di durata triennale di manutenzione degli impianti termici per la climatizzazione estiva ed invernale, degli impianti ausiliari e degli impianti antincendio dei fabbricati e stazioni dell'intera rete EAV CIG 947005047B.

All'esito della procedura risultava aggiudicataria la società Alfredo Cecchini srl, e l'aggiudicazione veniva comunicata in data 13 marzo 2023. In data 14 marzo 2023 la ricorrente, quale gestore in servizio, inoltrava istanza di accesso agli atti, parzialmente esitata, avendo EAV comunicato che i documenti da acquisire in sede di comprova non erano ancora nella disponibilità della stazione appaltante.

Con ulteriore istanza di accesso venivano richieste le griglie di valutazione dei singoli commissari allegate ai verbali delle sedute riservate, accesso esitato in data 27 marzo 2023.

Precisa la ricorrente che dalla disamina degli atti impugnati è emerso che l'aggiudicatario ha ottenuto il massimo del punteggio nella parte tecnica della valutazione, mentre la propria offerta ha ottenuto 72,24 non avendo ricevuto alcun punteggio per il requisito di cui al punto B 2 ovvero il possesso della certificazione ES.CO.

Tale requisito è stato prestato alla ricorrente in avvalimento dalla società Zigarella S.r.l., nulla è stato contestato al riguardo, ma non vi è stata attribuzione del punteggio afferente, mentre la corrispondente attribuzione le avrebbe consentito di risultare aggiudicataria.

Per la valutazione della parte economica dell'offerta infatti alla ricorrente è stato assegnato il punteggio più alto, a differenza della ditta aggiudicataria: pertanto la Ranieri srl deduce che, se le fosse stato assegnato il punteggio per la certificazione ES.CO. -ovvero 8 punti - sarebbe risultata aggiudicataria della gara.

Il ricorso è affidato alle seguenti censure:

1-Violazione e falsa applicazione degli articoli 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE, violazione e falsa applicazione dell'art. 89 del D. Lgs 50 del 2016; eccesso di potere sotto vari profili, difetto di motivazione e di istruttoria.

Parte ricorrente lamenta la mancata attribuzione del punteggio per l'avvalimento soltanto premiale, poiché la certificazione ES.CO. (di cui ha acquisito la disponibilità mediante avvalimento) ancorché posseduta non è stata valutata.

Parte ricorrente richiama l'orientamento giurisprudenziale che, sotto il vigore del previgente codice dei contratti pubblici, ha distinto l'avvalimento stipulato per ottenere i requisiti necessari alla partecipazione alla gara, ritenuto istituto pro-concorrenziale ampiamente consentito, da quello puramente premiale , cui il soggetto sprovvisto del requisito fa ricorso non per partecipare alla gara , ma solo per conseguire l'attribuzione di un maggior punteggio e il miglioramento della propria offerta.

L'orientamento pretorio prevalente escludeva l'istituto nella sua versione solo premiale, sulla scorta del dato letterale dell'art. 89 del D. Lgs. 50 del 2016 in base al quale l'avvalimento sarebbe consentito solo per la "partecipazione" alla gara, nonché di una ricostruzione della ratio dell'istituto.

La ricorrente richiede una sorta di applicazione retroattiva del nuovo codice degli appalti –art. 104 del 36 del 2023– che consente l'avvalimento solo premiale, e vede la sua applicabilità alle gare bandite successivamente alla sua entrata in vigore, ossia dal 1 luglio 2023.

Lamenta inoltre che la interpretazione restrittiva e letterale dell'art 89 D.lgs 50/2016 confliggerebbe con la normativa comunitaria che ha introdotto l'istituto dell'avvalimento, ed in particolare con gli articoli 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE, nei quali non si distingue tra requisito di partecipazione e requisito utile all'acquisizione del punteggio, quindi premiale. Nella normativa comunitaria si consentirebbe all'imprenditore di utilizzare le capacità di altri soggetti per eseguire

dei lavori pubblici o svolgere determinati servizi a favore di enti pubblici, senza specificare che ciò si limita alla sola acquisizione di punteggi necessari ad integrare i requisiti di partecipazione.

La ricorrente lamenta inoltre che la stessa aggiudicataria ha ottenuto un punteggio premiale proprio facendo ricorso all'avvalimento anche premiale, ossia stipulato per un requisito di partecipazione (l'avere a disposizione n. 2 tecnici abilitati alla saldatura meccanica, che sono in forza alla ditta ausiliaria NUOVA IMPRESA MANUTENZIONI INDUSTRIALI SRL), ma che ha dato luogo anche all'ottenimento di un punteggio migliorativo della offerta.

In tal caso, il possesso del requisito ha trovato riscontro anche nella griglia valutativa al punto A2 laddove l'avere a disposizione 2 tecnici saldatori ha consentito all'aggiudicataria di ottenere ben 4 punti, così realizzandosi una ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla propria posizione.

2-VIOLAZIONE DEL DISCIPLINARE DI GARA PER ASSENZA DEI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE; ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE –TRAVISAMENTO DEI FATTI – SVIAMENTO

Parte ricorrente lamenta che l'aggiudicataria sarebbe carente di requisiti di partecipazione, come dimostrato dalla relativa carenza documentale, avendo solo dichiarato di disporre di una certa dotazione di personale qualificato e precisamente:

- la composizione minima di 2 (due) tecnici specializzazione in elettromeccanica
- 2 (due) tecnici esperti di programmazione e gestione impianti di rilevazione fumi con esperienza almeno triennale della manutenzione/ programmazione dei suddetti impianti;
- altri 15 (quindici) tecnici, tra idraulici ed elettrici, ed elettronici.

Oltre alla messa a disposizione altre 15 persone in aggiunta alla composizione minima.

La documentazione fornita in gara dovrebbe comprendere gli attestati di specializzazione di questi tecnici, ma la ricorrente censura che negli allegati alla domanda della aggiudicataria tali attestati non sono presenti.

Ancora per il punteggio ricevuto riguardo al possesso di attrezzi e macchinari per i lavori in quota, la Ranieri srl lamenta che la controinteressata ha ottenuto 8 (otto) punti, a fronte dei 7 (sette) a lei attribuiti, pur avendo le stesse apparecchiature: anzi, alla controinteressata mancherebbero 1000 mq di ponteggio fisso ; nonchè la presenza alle dipendenze di un tecnico professionista antincendio, perché nella documentazione non è stato indicato il numero di matricola presso i vigili del fuoco.

3-VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 89 DEL DL LGS. 50 DEL

2016; ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA E TRAVISAMENTO DEI FATTI; SVIAMENTO.

La ricorrente deduce la violazione dell'articolo 89 D.lgs n. 50 del 2016, perché la aggiudicataria ha sottoscritto un contratto di avvalimento con la "Nuova impresa costruzioni" per due tecnici saldatori (abilitati alla saldatura meccanica secondo norma EN 287/1), ma non sarebbero stati forniti i documenti necessari a dimostrare il possesso dei requisiti per entrambi i tecnici. Invero nella documentazione a supporto del requisito figurano solo i documenti afferenti ad uno dei due, ovvero al sig. Argiolas, e non quelli necessari per dimostrare il possesso del requisito del secondo- sig. Melis. Inoltre i documenti, per il tecnico che li possiede, sarebbero privi delle attestazioni cioè del riconoscimento trimestrale completo per il 2021.

Si è costituita in giudizio la stazione appaltante, sostenendo la inammissibilità ed infondatezza delle censure, e precisando che la fase di comprova dei requisiti di partecipazione è ancora in corso.

L'aggiudicataria nelle proprie difese, aderendo nella sostanza a quanto già rilevato dalla Stazione appaltante, sottolinea con riferimento al secondo e terzo motivo di ricorso, come, tra i requisiti di partecipazione, vi sarebbe quello di avere alle dipendenze almeno un tecnico antincendio iscritto negli elenchi dei vigili del fuoco, nonché almeno 15 tecnici distribuiti tra idraulici ed elettricisti e due saldatori con attestati di partecipazione a corsi per attività in ambienti sospetti di inquinamento.

La documentazione di gara richiedeva solo le dichiarazioni di possedere tali requisiti (ovvero di avere alle dipendenze il professionista antincendio, i due saldatori e i 15 tecnici distribuiti tra idraulici ed elettrici). L'aggiudicatario era poi obbligato a presentare entro il termine fissato dalla stazione appaltante la documentazione a comprova dei requisiti di partecipazione; peraltro, senza indicare specifiche e vincolate modalità di comprova. Pertanto non coglierebbero nel segno le censure inerenti alla mancata produzione della documentazione inerente i requisiti professionali dei tecnici sin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione.

Con motivi aggiunti, notificati dopo l'accesso alla documentazione a comprova dei requisiti prodotta dalla aggiudicataria, la ricorrente lamenta l'insufficienza della documentazione prodotta a dimostrazione del possesso dei requisiti, spiegando le seguenti censure:

1- Violazione e falsa applicazione dell'art. 32 del D. Lgs. 50 del 2016; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, disparità di trattamento. Sviamento.

La stazione appaltante non si sarebbe attivata nel chiedere la documentazione necessaria, atteso che quella acquisita in sede di comprova altro non è che il rinnovo di tutte le dichiarazioni già prodotte in sede di gara. I documenti non sarebbero stati acquisiti presso gli enti deputati ad emetterli, come il casellario giudiziale o l'Agenzia delle Entrate, ma sono stati emessi dalla Cecchini srl e sono sovrapponibili a quelli inviati in sede di partecipazione alla gara.

2-Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 comma 4 del dlg. 50 del 2016; Violazione e falsa applicazione del DM del Ministero di Economia e Finanze del 28 settembre 2022; Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti e disparità di trattamento. Sviamento

Ai fini della verifica dei requisiti di cui all'art. 80 non sono stati prodotti i certificati del casellario giudiziale di nessuno dei soggetti per i quali è stata rilasciata la dichiarazione prevista.

Inoltre fra i documenti forniti dalla aggiudicataria è presente una dichiarazione rilasciata dalla stessa che aggiorna quella fornita in sede di gara circa la regolarità fiscale, e dalla quale emerge la presenza di una irregolarità fiscale asseritamente emersa in data 10 marzo 2023 con la notifica di un avviso di irregolarità – non meglio individuato – e relativa all'anno 2019.

La dichiarata riconducibilità dell'irregolarità all'anno fiscale 2019 dimostrerebbe che tale pendenza fosse già presente nella dichiarazione dei redditi presentata nel 2020 per l'anno 2019 e quindi la regolarità fiscale asseritamente posseduta nel 2022 non potrebbe essere assolutamente tale.

Sarebbe quindi configurabile non solo l'assenza di un requisito di partecipazione ma forse anche una falsa dichiarazione necessitante di una segnalazione agli organi competenti.

Inoltre, atteso che l'irregolarità supera la soglia dei 5000,00 euro stabilita dal previgente DPR 602 del 1973 e quella di euro 35.000,00 prevista dal DM del 28

settembre 2022 vigente emesso dal MEF, l'interrogazione delle Agenzie fiscali da parte della Stazione appaltante sarebbe dovuta avvenire con estrema sollecitudine.

3- Violazione e falsa applicazione delle condizioni di partecipazione del Disciplinare di gara punto 7, 8, 9 e punto 10.

La Cecchini srl ha prodotto delle dichiarazioni unilaterali che nulla attestano circa le competenze della propria squadra di lavoro e che nulla dimostrano rispetto alle condizioni di partecipazione vantate in sede di domanda, e segnatamente:

a) Con riguardo alla formazione dei dipendenti si rileva che la aggiudicataria non ha prodotto alcun attestato che giustifichi e supporti la formazione dei suoi dipendenti e che accerti il possesso dei requisiti richiesti dal disciplinare alle pagine 1 e 2 punti 7,8,9 e 10;

b) Per quanto riguarda il requisito di cui al punto 7 pagina 2 del disciplinare tecnico, nel quale si richiede la presenza di almeno due "Tecnici programmatori di impianti di rilevazione incendi" si lamenta che l'aggiudicataria ha prodotto e la EAV ha ritenuto sufficiente due attestati di addetti alla manutenzione impianti rilevazione incendi datati 21/09/2022, pertanto i tecnici individuati non coprono il requisito richiesto perché non dimostrano di possederlo da almeno un triennio;

c) Dalla documentazione versata in atti si evince, inoltre, che la Cecchini non possiederebbe neppure il requisito della composizione minima della squadra di lavoro (Punto A2 della griglia e punto 10 pagina 2 del disciplinare), poiché non sono stati prodotti i documenti che dimostrano la formazione della dotazione minima di tecnici idraulici, elettrici, elettromeccanici, ed elettronici.

d) Con riguardo all'abilitazione del professionista antincendio si rileva ai fini della dimostrazione del possesso del requisito di cui al punto 8 pagina 2 del disciplinare che la aggiudicataria ha dichiarato che il tecnico individuato in sede di gara nelle more dell'espletamento della stessa si sarebbe dimesso e sarebbe stato assunto un

nuovo tecnico. Tuttavia non sarebbero stati prodotti gli attestati dei tecnici individuati, ovvero né del tecnico inizialmente indicato né del nuovo.

In particolare, in sostituzione del Sig. Cecatiello la ditta ha dichiarato di aver assunto l'ing. Elisa Campitelli, prima in forza all'impresa con un contratto di collaborazione professionale, ma non ha prodotto alcun documento che attesti tale assunzione né le fatture emesse da Gennaio 2022.

e) nel contratto di avvalimento sottoscritto dall'aggiudicataria con la società NUOVA IMPRESA COSTRUZIONI MANUTENZIONI INDUSTRIALI S.r.l. (in virtù del quale la ausiliaria metteva a disposizione della avvalente n. 2 tecnici abilitati alla saldatura meccanica secondo norma EN 287/1) si rileva che nella documentazione fornita a supporto del requisito figurano solo i documenti afferenti il sig. Argiolas, e non quelli che dimostrano il possesso del requisito del sig. Melis, e i documenti relativi al possesso dei requisiti del sig. Argiolas sarebbero carenti di alcune attestazioni.

f) Negli allegati depositati in giudizio non è stato prodotto il contratto di avvalimento tra la Cecchini srl e la ditta Nuova Impresa Costruzioni Manutenzioni Industriali srl e la comprova delle dichiarazioni dell'ausiliaria.

Con riguardo alle attrezzature aggiuntive di cui la aggiudicataria ha dichiarato di essere dotata in sede di partecipazione e che hanno giustificato l'assegnazione di 8 punti, si rileva che in sede di comprova la Cecchini srl non ha fornito i documenti relativi alle attrezzature necessarie ad effettuare la manutenzione sui S.I.A (Servizi Igienici Automatici).

La aggiudicataria ha proposto ricorso incidentale, con atto depositato il 15.5.2023 e notificato il 11.5.2023, per contestare la nullità del contratto di avvalimento prodotto dalla ricorrente, laddove fosse ipoteticamente ritenuto ammissibile l'avvalimento premiale e ha lamentato con un unico, articolato motivo:

Violazione dell'art. 30 e 89 del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione dell'art. 3 della L. n. 241/1990. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Eccesso di potere per assenza dei necessari presupposti di fatto e di diritto. Ingiustizia manifesta. Violazione dell'art. 97 della Costituzione.

Il contratto di avvalimento stipulato da parte ricorrente e la dichiarazione dell'ausiliaria sarebbero entrambi sprovvisti dell'individuazione puntuale delle necessarie risorse e dei mezzi messi a disposizione unitamente alla certificazione ESCO messa a disposizione. La individuazione sarebbe generica ed insufficiente, e ciò renderebbe nullo il contratto stesso per violazione dell'art 89 D.Lgs. n. 50/2016 a mente del quale "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".

La Cecchini srl afferma che, in considerazione dell'assetto organizzativo ed esperienziale garantito dalla certificazione E.S.Co secondo UNI 11352:2014, il concorrente che ne sia sprovvisto e che intenda avvalersi della capacità di altra impresa, deve rendere oggetto dell'avvalimento non solo la certificazione intesa come il "documento" rilasciato dall'Ente terzo certificatore, ma anche e soprattutto tutto l'apparato organizzativo e operativo tale da garantire i suddetti obiettivi.

Al riguardo, il contratto di avvalimento non può risolversi in una generica messa a disposizione da parte dell'ausiliaria del requisito mancante all'ausiliata, ma deve anche specificare l'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione tutte le risorse e l'apparato organizzativo, elementi imprescindibili e necessari a dimostrare alla Stazione appaltante il possesso del requisito richiesto.

Alla camera di consiglio del 9.5.2023, fissata per la trattazione della domanda cautelare, la causa è stata rinviata per consentire alla stazione appaltante la ostensione dei documenti richiesti dalla ricorrente.

Alla successiva cc del 23.5.2023 parte ricorrente ha rinunciato alla istanza cautelare, ed è stata fissata per la trattazione del merito la data del 25 luglio 2023.

In vista di tale data, è stata depositata documentazione dalle parti, e le parti hanno prodotto memorie e memorie di replica, quindi alla pubblica udienza del 25 luglio 2023 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Si verte nel presente giudizio, sulla legittimità della aggiudicazione alla controinteressata della gara in oggetto, contestata dalla ricorrente sotto plurimi profili, esposti nel ricorso principale e nei motivi aggiunti.

E' opportuno evidenziare, ai fini che saranno di seguito specificati, come – secondo quanto dichiarato anche nelle memorie conclusionali nonché in occasione della udienza pubblica di trattazione- la fase di comprova dei requisiti della aggiudicataria è ancora in corso, e non è risultata conclusa al momento del passaggio in decisione del presente ricorso.

Ne deriva la improcedibilità della istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a., con cui parte ricorrente ha contestato la mancata ostensione della documentazione richiesta con l'istanza del 13 marzo 2023, richiedendo l'esibizione di tutta la documentazione inviata dalla società Cecchini in fase di comprova, sul presupposto che fossero trascorsi ormai 30 gg dalla predetta istanza.

Invero, poiché la fase di comprova e, quindi, la valutazione rispetto alla documentazione fornita dalla Cecchini, non è ancora giunta a conclusione, si tratta di richiesta che verte su poteri che l'Amministrazione non ha ancora esercitato e dovrà essere differita – come correttamente fatto dall'EAV - fino all'effettiva conclusione di tale fase.

In ogni caso, il ricorso può essere deciso prescindendo dalla acquisizione di tali documenti, nei sensi di seguito specificati.

Il ricorso, unitamente ai connessi motivi aggiunti, è infondato e va respinto.

Con il primo motivo del gravame principale la ricorrente lamenta la mancata attribuzione in suo favore del punteggio per un avvalimento solo premiale, poiché la certificazione ES.CO. (di cui ha acquisito la disponibilità mediante avvalimento) non è stata valutata.

Deduce parte ricorrente che l'avvalimento puramente premiale dovrebbe essere ammesso, sia sotto il vigore della previgente che della attuale disciplina del codice appalti.

In proposito argomenta come l'art. 104 del codice oggi in vigore consente il ricorso a tale istituto sia per partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica, sia per migliorare la propria offerta, e la formulazione della norma deriverebbe dalla volontà di chiarire la erroneità delle interpretazioni indebitamente restrittive.

Invero l'orientamento pretorio formatosi sotto il vigore del D. lgs 50/2016 condurrebbe a disparità di trattamento, consentendo un avvalimento "anche" premiale e vietando un avvalimento "puramente "premiale. Ciò con l'effetto distorsivo che, laddove un requisito è richiesto come necessario alla partecipazione e la presenza dello stesso sia utile "anche" all'acquisizione del punteggio, si consente l'operatività dell'avvalimento; mentre laddove il medesimo requisito non è richiesto ai fini della partecipazione ma solo come migliorativo dell'offerta non potrebbe essere valutato.

Rileva il Collegio che la tesi non può essere condivisa; l'avvalimento solo premiale, secondo un pacifico orientamento giurisprudenziale formatosi sotto il vigore del codice di cui al decreto 50/2016, è inammissibile, in quanto l'art 89 D. Lgs 50/2016, pacificamente applicabile alla procedura de qua, consentiva l'istituto solo per l'ottenimento dei requisiti di "partecipazione".

La relativa limitazione è riprodotta in una clausola chiara e precisa, presente nella lex specialis, e che non è stata impugnata, così divenendo incontestabile. Il disciplinare, come dalla stessa ricorrente affermato a p. 5 del ricorso, prevedeva un'apposita clausola in relazione all'operatività dell'avvalimento, la quale espressamente rinviava alla disciplina contenuta nell'art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016, escludendo, quindi, il ricorso all'avvalimento per fini meramente premiali.

La ricorrente in ultima analisi richiede una sorta di applicazione retroattiva del nuovo codice degli appalti – art. 104 del D. Lgs. N. 36 del 2023– che consentirebbe l'avvalimento solo premiale, invocandone l'estensione alle gare bandite prima della sua entrata in vigore, ossia 1 luglio 2023.

Lamenta in proposito che la interpretazione restrittiva e letterale dell'art 89 precedente codice appalti confliggerebbe con la normativa comunitaria che per la prima volta ha creato l'istituto dell'avvalimento, ed in particolare con gli articoli 47 5 e 48 della Direttiva 2004/18/CE nei quali non si distingue tra requisito di partecipazione e requisito utile all'acquisizione del punteggio, quindi premiale. Nella normativa comunitaria si consente all'imprenditore di utilizzare le capacità di altri soggetti per eseguire dei lavori pubblici o svolgere determinati servizi a favore di enti pubblici, senza specificare che ciò si limita alla sola acquisizione dei requisiti di partecipazione.

La ricorrente lamenta inoltre che l'aggiudicataria ha ottenuto un punteggio premiale proprio facendo ricorso all'avvalimento anche premiale, ossia stipulato per un requisito di partecipazione (l'avere a disposizione n. 2 tecnici abilitati alla saldatura meccanica, che sono in forze alla ditta ausiliaria NUOVA IMPRESA MANUTENZIONI INDUSTRIALI SRL), ma che ha dato luogo anche all'ottenimento di un punteggio migliorativo della offerta. In tal caso, il possesso di tale requisito di partecipazione ha trovato riscontro anche nella griglia valutativa al

punto A2 laddove l'aver a disposizione 2 tecnici saldatori ha consentito all'aggiudicataria di ottenere ben 4 punti.

La tesi non merita favorevole condivisione.

Invero, la ratio della tesi giurisprudenziale contraria si fonda sul rilievo che il mero prestito dei requisiti, mezzi e risorse non funzionali alla partecipazione alla procedura di gara, rischia di alterare la par condicio fra i concorrenti, consentendo l'attribuzione di un punteggio incrementale all'offerta di un operatore economico, al quale potrebbe non corrispondere, in fase esecutiva, un effettivo livello di qualificazione imprenditoriale.

In tale prospettiva, i limiti al ricorso all'avvalimento derivano dalla ratio dell'istituto, che consiste esclusivamente nel favor partecipationis per gli operatori economici sprovvisti dei requisiti di carattere economico-finanziario, delle risorse professionali e dei mezzi tecnici necessari per partecipare a un appalto pubblico.

Pertanto, qualora il contratto di avvalimento venga utilizzato per ragioni che esulano dalla necessità di ovviare al mancato possesso dei requisiti richiesti dalla lex specialis, ciò si tramuta in uno sviamento della fisiologica funzione pro concorrenziale, verso una situazione patologica finalizzata al solo tentativo di ottenere una migliore valutazione dell'offerta tecnica, senza che a ciò corrisponda una reale ed effettiva qualificazione della proposta.

La complessiva logica 'economica' sottesa al meccanismo partecipativo si traduce, sul piano 'giuridico', nella valorizzazione – in un contesto negoziale trilaterale, operante sia sul piano interno dei "legami" (peraltro formalmente non tipizzati) tra la concorrente ausiliata e l'impresa ausiliaria che sul piano esterno dei rapporti con la stazione appaltante (cfr. art. 89, comma 1 d. lgs. n. 50/2016, che pretende la formalizzazione di apposita dichiarazione promissoria impegnativa indirizzata ad utrasque) – di una effettiva 'messa a disposizione' di risorse di carattere economico, finanziario tecnico o professionale (corrispondenti al c.d. requisiti

speciali, di ordine oggettivo, concretanti criteri di selezione delle offerte, ex art. 83 d. lgs. cit.) che, ferma restando la formale imputazione della esecuzione (cfr. art. 89, comma 8), giustifica (anche laddove l'ausiliaria non assuma, come pure è astrattamente possibile, il ruolo di impresa associata o subappaltatrice: cfr., rispettivamente, art. 89, commi 1 e 8) la responsabilità solidale per l'esatto adempimento (cfr. art. 89, comma 5).

Per tal via, la (concreta) funzione dell'avvalimento (che ne fonda e, ad un tempo, ne limita la meritevolezza sul piano civilistico dei programmati assetti negoziali e la legittimità sul piano pubblicistico della dinamica procedimentale evidenziale) si specifica in relazione alla sua chiarita attitudine a dotare un operatore economico (che ne fosse privo) dei requisiti economico-finanziari, delle risorse professionali e dei mezzi tecnici "necessari per partecipare ad una procedura di gara".

Sta in ciò il fondamento, diffusamente ribadito in giurisprudenza (cfr Cons. Stato n. 1881/2020), del divieto dell'avvalimento (meramente) premiale, il cui scopo (che trasmoda in alterazione, piuttosto che di implementazione, della logica concorrenziale) sia, cioè, esclusivamente quello di conseguire (non sussistendo alcuna concreta necessità dell'incremento delle risorse) una migliore valutazione dell'offerta.

Tale essendo la posizione della giurisprudenza assolutamente prevalente nella vigenza del D. lgs 50/2016, va rilevato come oggi il legislatore non si ponga più esclusivamente nella prospettiva di una messa a disposizione dei soli requisiti di partecipazione, avendo nell'art. 104 contemplato anche la possibilità di un avvalimento " per migliorare la propria offerta"(cfr. art. 104 co 4) , nel qual caso tuttavia pone un limite all'avvalimento solo premiale, ovvero a quello azionato laddove il concorrente possegga già, in proprio, le risorse necessarie per l'esecuzione della commessa e ricorra all'ausilio all'esclusivo fine di conseguire un punteggio incrementale.

La principale innovazione portata dall'art. 104 consiste nella "formalizzazione" dell'avvalimento premiale puro, ovvero quello adottato non esclusivamente a fini partecipativi bensì per permettere all'operatore economico di ottenere un punteggio maggiore nella valutazione della propria offerta tecnica.

Viene superato il divieto, individuato nella precedente giurisprudenza, dell'avvalimento meramente premiale finalizzato esclusivamente alla maggior valorizzazione della propria proposta negoziale (in tal senso Cons.St. V n. 2526/ 2021, TAR Palermo n. 2378/2022).

L'ultimo comma dell'art. 104 puntualizza che, nei soli casi in cui l'avvalimento (come previsto dal comma 4) sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione. In tal modo il legislatore ha confermato l'apertura ad un avvalimento solo premiale, ponendovi delle limitazioni nell'interesse della stazione appaltante.

Tali disposizioni normative hanno un evidente carattere innovativo, e non interpretativo, per cui non può essere predicata la loro interpretazione retroattiva, estesa anche alle gare già bandite e svolte sotto il regime del pregresso codice appalti.

La contraria opzione comporterebbe quantomeno una lesione della par condicio dei concorrenti, avendo la stazione appaltante regolato la gara, in parte qua, con riferimento espresso nella lex specialis all'art. 89 del D. Lgs 50/2016, ed ai connessi limiti con cui lo stesso è stato applicato nel diritto vivente, disciplina sulla base della quale tutti i concorrenti hanno calibrato la propria offerta.

Diverso discorso è a farsi per l'avvalimento speso in gara dalla aggiudicataria Cecchini srl, che non è solo premiale, ma anche premiale, in quanto stipulato per acquisire la disponibilità dei due tecnici saldatori richiesti come condizione di partecipazione alla gara perché rientranti nella composizione minima della squadra.

La circostanza che tale avvalimento determini, in via indiretta, anche un miglioramento della offerta, non è idonea ad escludere la attribuibilità del punteggio incrementale, proprio perché finalizzato ad ottenere requisiti di partecipazione.

Ne deriva che, per la mancata attribuzione del punteggio per l'avvalimento solo premiale alla ricorrente, non era necessario nemmeno un particolare onere di motivazione da parte della stazione appaltante, potendo la stessa fondare il diniego del punteggio sul richiamo al dato normativo dell'art 89 codice del 2016 ed esprimere tale opzione attraverso il punteggio zero dato alla voce corrispondente.

La seconda censura, volta a contestare l'attribuzione del punteggio alla aggiudicataria sotto plurime voci, va scomposta in tre aspetti.

A) -Quello riguardante la mancata documentazione dei requisiti del personale e degli attestati di qualificazione.

Parte ricorrente lamenta che l'aggiudicataria sconterebbe una carenza documentale nella domanda di partecipazione, avendo dichiarato una certa dotazione di personale qualificato senza procedere alla contestuale allegazione degli attestati di qualificazione professionale, e precisamente:

- la composizione minima di 2 (due) tecnici con specializzazione in elettromeccanica;
- 2 (due) tecnici esperti di programmazione e gestione impianti di rilevazione fumi con esperienza almeno triennale della manutenzione/programmazione dei suddetti impianti;
- e altri 15 (quindici) tecnici, tra idraulici ed elettrici, ed elettronici.

La stessa ha dichiarato inoltre di mettere a disposizione altre 15 persone oltre alla composizione minima, ai fini della attribuzione di un punteggio ulteriore.

La documentazione corrispondente alla messa a disposizione di tale personale, secondo la tesi attorea, dovrebbe prevedere in allegato alla domanda di

partecipazione gli attestati di specializzazione dei tecnici, che invece non sono presenti.

La tesi non merita condivisione, alla luce della corretta lettura della disposizioni di gara.

Sul punto sono pertinenti e condivisibili le difese della stazione appaltante, che rileva come il bando non imponeva ai concorrenti di produrre già al momento della domanda gli attestati a comprova della qualificazione del personale, essendo sufficiente la sola dichiarazione sul possesso dei requisiti, e comunque la attestazione della presenza in organico di tali elementi.

Per quanto d'interesse:

il disciplinare di gara, a pag. 5, al paragrafo "Offerta Tecnica", rinvia ai criteri di valutazione declinati in una apposita "Griglia di valutazione" in cui, con specifico riferimento al criterio B2, è prevista l'assegnazione di 8 punti in caso di possesso della "certificazione E.S.C.o. secondo UNI 11352:2014";

lo stesso disciplinare, a pag. 2, al paragrafo "Avvalimento" stabilisce che "nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi dei requisiti di un altro soggetto è tenuto a produrre, pena l'esclusione dalla gara, la documentazione stabilita all'art. 89 del D.Lgs. 50/2016. Non è consentito l'avvalimento per la dimostrazione dei requisiti generali e di idoneità professionale [ad esempio: iscrizione alla CCIAA oppure a specifici Albi]";

ancora il disciplinare, alle pagg. 1-2, al paragrafo "Condizioni di partecipazione alla gara", ai punti nn. 7, 9 e 10, prevede rispettivamente che il concorrente debba avere alle proprie dipendenze:

"almeno n° 2 tecnici esperti di programmazione e gestione di impianti di rilevazione fumi con esperienze almeno triennale nell'ambito della manutenzione/programmazione dei suddetti impianti";

"almeno n° 2 tecnici esperti con specializzazione in elettromeccanica";

“almeno n° 15 tecnici equamente distribuiti tra idraulici, elettrici ed elettronici, di cui:

(…)

N° 2 tecnici abilitati alla saldatura meccanica secondo norma EN 287/1 e ad operare in ambienti/spazi confinati, muniti di attestati di partecipazione ad un corso per addetti ad attività in spazi confinati o ambienti sospetti di inquinamento”.

Sempre il disciplinare, al successivo paragrafo “Documentazione amministrativa” (pagg. 3-5), ai punti 9), 11) e 12), impone ai concorrenti di corredare la domanda di partecipazione con dichiarazioni di avere alle proprie dipendenze “almeno n° 2 tecnici esperti di programmazione e gestione di impianti di rilevazione fumi con esperienze almeno triennale nell’ambito della manutenzione/programmazione dei suddetti impianti”, “almeno n° 2 tecnici esperti con specializzazione in elettromeccanica” ed “almeno n° 15 tecnici equamente distribuiti tra idraulici, elettrici ed elettronici”.

In coerenza con tali previsioni la “Griglia di valutazione”, in correlazione al criterio A2 (“squadra operai specializzati – Risorse eccedenti”), contempla in “n. 2 elettromeccanici, n. 15 tra idraulici, elettrici ed elettronici e n. 2 tecnici programmatori di impianti di rilevazioni incendi” la “composizione minima” di detta squadra, stabilendo che “Sarà assegnato 1 punti per ogni risorsa aggiuntiva fino ad un massimo di 15 punti”;

la stessa “Griglia di valutazione”, con riferimento al criterio A3 “Qualificazione del personale attestata da patentini” prevede l’assegnazione di un punteggio tecnico nel caso in cui il concorrente impieghi figure professionali con pluriennale e comprovata esperienza nell’esecuzione della commessa (n. 1 frigorista, n. 1 conduttore di impianti termici, n. 1 saldatore); in particolare, la presenza di “n. 1 saldatore con esperienza > 3 anni” comporta l’attribuzione di n. 4 punti, la

presenza di "n. 1 saldatore con esperienza > 5 anni" comporta l'attribuzione di n. 5 punti.

In relazione a tali figure, inoltre, la "Griglia di valutazione" richiede al concorrente di produrre in sede di offerta tecnica gli attestati di qualificazione professionale: "Per il requisito A3, dovrà essere allegata la documentazione comprovante il possesso dei relativi requisiti mediante presentazione delle copie dei titoli di studio e di formazione professionale/abilitazione del personale tecnico facente parte dell'operatore economico".

Dunque, le previsioni della lex specialis di gara non imponevano affatto ai concorrenti di produrre, già all'atto della partecipazione alla procedura selettiva, gli attestati a comprova della qualificazione del personale offerto, essendo sufficiente la dichiarazione della presenza alle proprie dipendenze delle figure professionali sopra indicate. In particolare, secondo quanto indicato nella "Griglia di valutazione" con riferimento al criterio A2, il concorrente doveva limitarsi a dichiarare la messa a disposizione di una squadra minima di personale, oltre che di eventuali ulteriori risorse aggiuntive.

L'allegazione, già in sede di offerta tecnica, degli attestati di qualificazione del personale era, invece, richiesta per il solo criterio A3, riferito alla "Qualificazione" di specifiche figure professionali (frigorista, conduttore di impianti termici, saldatore).

E corrispondentemente, nell'offerta tecnica occorreva inserire gli attestati di qualificazione del personale solo per il criterio A3 (nella specie, per l'offerta della Cecchini, la figura del saldatore): unicamente in riferimento a tale criterio la "Griglia di valutazione" chiariva che "Per il requisito A3, dovrà essere allegata la documentazione comprovante il possesso dei relativi requisiti mediante presentazione delle copie dei titoli di studio e di formazione

professionale/abilitazione del personale tecnico facente parte dell'operatore economico".

A p. 5 del disciplinare veniva, specificamente elencata la documentazione amministrativa da produrre, la quale richiedeva ai concorrenti, in relazione ai criteri di partecipazione, di fornire una semplice "dichiarazione" circa il possesso del requisito: non veniva, dunque, richiesto l'apporto di alcuna documentazione a comprova, certamente non all'atto della partecipazione alla gara.

Conclusivamente, non era richiesta in alcuna disposizione della lex specialis la documentazione a comprova del possesso di requisiti di partecipazione nella domanda, in quanto il bando per la documentazione amministrativa richiedeva solo una "dichiarazione sul possesso dei requisiti", mentre i documenti probatori dovevano essere prodotti dall'aggiudicatario durante la fase di comprova dei requisiti.

In proposito, da quanto esibito in giudizio, è risultato che, in relazione al criterio A3 – indicato come attribuzione di specifico punteggio incrementale- sono stati prodotti gli attestati delle specifiche figure professionali rilevanti (cfr. docc. 15 e 16 prodotti con la memoria EAV del 5.5.2023 – ovvero allegati 16 e 17).

Al riguardo non va confuso il requisito di partecipazione con quello inerente l'attribuzione del maggior punteggio ai fini del criterio A3.

Invero, a p. 2 del disciplinare tra i requisiti di partecipazione era previsto il possesso di "N. 2 tecnici abilitati alla saldatura meccanica secondo norma EN 287/1 e ad operare in ambienti/spazi confinanti, muniti di attestati di partecipazione ad un corso per addetti ad attività in spazi confinanti o ambienti sospetti di inquinamento".

Ai fini della partecipazione alla gara, era richiesto di inserire nella busta amministrativa, una mera dichiarazione da parte dell'operatore economico di essere in possesso del predetto requisito; la Cecchini ha assolto al possesso del

requisito in parola per il tramite dell'avvalimento, allegando tutta la documentazione a tal fine necessaria: contratto e dichiarazione dell'impresa ausiliaria attestante il possesso del requisito e la messa a disposizione di n. 2 tecnici abilitati alla saldatura meccanica.

Più avanti, nella griglia di valutazione allegata al disciplinare, erano descritti i criteri premiali.

In particolare, il criterio A3, relativo alla qualificazione del personale attestata da patentini, prevedeva – per quel che qui rileva – l'assegnazione di 5 punti per n. 1 saldatore con esperienza >5.

Pertanto, correttamente, la Cecchini, questa volta al fine di dimostrare che la propria offerta fosse meritevole dell'assegnazione del suddetto punteggio, ha inserito nella propria offerta tecnica la documentazione necessaria ad attestare che l'esperienza professionale del tecnico saldatore, ossia il Sig. Argiolas, fosse superiore ai 5 anni (doc. 6 - offerta tecnica, criterio A3), ottenendo così il relativo punteggio.

Per il resto, come rilevato in premessa e come correttamente sostenuto dalla stazione appaltante, la ricorrente lamenta una carenza documentale che attiene ad una fase della procedura ancora in itinere, trattandosi di documenti da produrre in un momento successivo a comprova dei requisiti .

In tale prospettiva, ove riferita ai componenti della squadra offerta in gara diversi da quelli in base ai quali è stato attribuito il punteggio A3, la censura è inammissibile perché tende a sollecitare il sindacato su poteri amministrativi non ancora esercitati, in violazione dell'art. 34 co 2 cpa, dal momento che è ancora in corso la fase di comprova dei requisiti e l'amministrazione non si è ancora pronunciata sulla conformità della documentazione e sulla idoneità alla comprova dei requisiti.

In tal senso, sono inammissibili anche le censure proposte con i motivi aggiunti, nella parte in cui spendono argomenti tesi a dimostrare la non idoneità della documentazione prodotta dalla aggiudicataria nella fase di comprova dei requisiti stessi, trattandosi di poteri amministrativi non ancora esercitati. (censura 1, parte della censura 2 e parte della censura 3 dei motivi aggiunti).

B) per il punteggio ricevuto riguardo al possesso di attrezzi e macchinari per i lavori in quota, la Ranieri lamenta che la Cecchini ha ottenuto 8 (otto) punti, mentre a lei sono stati attribuiti 7 (sette) pur avendo le stesse apparecchiature. Anzi alla Cecchini mancherebbero 1000 m quadri di ponteggio fisso; e ancora non avrebbe alle dipendenze un tecnico professionista antincendio, perché nella documentazione non è indicato il numero di matricola presso i vigili del fuoco.

In proposito va rilevato come – relativamente al possesso delle attrezzature- la censura è inammissibile perché impinge nel merito della discrezionalità tecnica, senza dimostrare una manifesta irragionevolezza della valutazione della amministrazione.

Si tratta di valutazioni opinabili e pienamente discrezionali, non sindacabili se non per manifesta illogicità, contraddittorietà, irragionevolezza secondo i termini del sindacato ab externo sul potere discrezionale.

C)per il tecnico antincendio (rispetto al quale si lamenta la mancata indicazione del numero di matricola dei vigili del fuoco) va rilevato come l'indicazione della matricola non integrasse un requisito di partecipazione perché il disciplinare richiedeva solo di avere alle dipendenze il tecnico antincendio e bastava la dichiarazione al momento della domanda ; in ogni caso la controinteressata ha in corso la dimostrazione presso la stazione appaltante che, al momento della domanda , aveva in forze più di un tecnico antincendio con numero di matricola presso i vigili del fuoco. Anche per tale profilo, l'ulteriore parte della censura è inammissibile, riguardando poteri amministrativi non ancora esercitati.

Sulla terza censura, egualmente il Collegio rileva la infondatezza delle deduzioni attoree.

Quanto al preteso mancato possesso di requisiti di partecipazione per i due tecnici saldatori, censura con cui si deduce che la documentazione fornita in gara non sarebbe sufficiente, essendo presente la certificazione di un solo saldatore, va rilevato quanto segue.

La ricorrente si duole del ricorso all'avvalimento da parte della aggiudicataria ai fini della dimostrazione del requisito di partecipazione inerente l'impiego, per l'esecuzione della commessa, di n. 2 tecnici abilitati alla saldatura meccanica secondo la normativa EN 287/1.

Lo specifico requisito è stato soddisfatto mediante contratto di avvalimento e connessa dichiarazione dell'impresa ausiliaria.

In particolare, la ricorrente assume:

i) in primo luogo, che la Cecchini avrebbe prodotto la sola abilitazione di uno dei due tecnici in questione, ossia quella del sig. Argiolas e non anche quella afferente all'altro tecnico, sig. Melis;

ii) in secondo luogo, che le attestazioni prodotte in gara per il tecnico saldatore Argiolas sarebbero carenti in quanto riporterebbero, con riguardo all'annualità 2021, un numero di "riconoscimenti" inferiore rispetto a quelli annotati nell'annualità 2022, con conseguente inidoneità di tali attestazioni a comprovare il possesso del requisito richiesto.

Ora, per quanto riguarda il primo aspetto, come già sopra rilevato, si richiedeva la messa a disposizione mediante avvalimento – e nessuna previsione della lex specialis di gara imponeva ai concorrenti di produrre, all'atto della partecipazione alla procedura selettiva, la documentazione inerente l'abilitazione alla saldatura dei due tecnici in questione, dovendo il concorrente limitarsi soltanto a dichiarare di "avere alle proprie dipendenze" i predetti due tecnici saldatori, i quali rientravano

nella “composizione minima” della squadra degli operai specializzati(non erano tra quelli rilevanti ai fini del criterioA3 ma del criterio A2).

La presenza, nella dotazione del personale non già di un generico saldatore abilitato, ma di un tecnico con “Esperienza per la qualifica di saldatore” superiore a 3 anni rilevava ai soli fini dell’assegnazione di n. 4 punti in base al criterio A3. Per tale motivo - ossia non allo scopo di dichiarare il possesso dei requisiti di partecipazione bensì ai soli fini dell’assegnazione del punteggio tecnico - la Cecchini ha prodotto, a corredo non della sua domanda di partecipazione bensì della sua offerta tecnica, i certificati solo del sig. Argiolas.

Solo, invero, per il criterio premiale del saldatore con più di cinque anni di esperienza il criterio A3 della lex specialis prevedeva l’obbligo di allegare la documentazione del patentino del tecnico saldatore, e ciò spiega perché è stata prodotta in fase di gara la documentazione solo per uno dei saldatori: in altri termini la ricorrente confonde la fase della domanda con quella successiva della valutazione dei requisiti.

La ricorrente, poi, sostiene che la documentazione prodotta a sostegno dell’esperienza professionale del Sig. Argiolas non sarebbe sufficiente a dimostrarne il possesso. In particolare, ciò dovrebbe trarsi dal fatto che il tecnico esperto in saldatura meccanica ogni trimestre dovrebbe ottenere “una sorta di riconoscimento”, mentre “per il 2022 il Sig. Argiolas ha 4 riconoscimenti, per il 2023 solo 3” e ciò dimostrerebbe la mancanza del requisito esperienziale (cfr. pag. 10 del ricorso).

In disparte la considerazione che anche in tal caso la censura manifesta confusione tra l’assenza di un requisito di partecipazione o l’assenza dei presupposti per l’attribuzione del punteggio, va rilevato come l’esperienza professionale del Sig. Argiolas sia dimostrata allegando nell’offerta tecnica tutti gli attestati e i certificati dallo stesso ottenuti negli anni e rilasciati da Enti certificatori terzi che ne hanno

attestato l'idoneità e che in assenza di specifiche censure di parte ricorrente, assumono "fede privilegiata" .

Deduce in proposito condivisibilmente EAV che gli attestati allegati all'offerta tecnica della Cecchini, aggiudicataria, sono rilasciati da enti accreditati e quindi idonei a dimostrare il possesso del requisito di esperienza, richiesto dalla normativa di gara ai fini dell'assegnazione del punteggio premiale. L'esame della Stazione appaltante sulla certificazione è perciò di tipo estrinseco- ossia circoscritto al controllo delle date di rilascio e di scadenza della certificazione- dovendosi la medesima stazione appaltante necessariamente attenere a quanto attestato dalla certificazione rilasciata dall'organismo accreditato.

Sono inoltre da respingere anche le censure proposte con i motivi aggiunti.

Con un primo ordine di censure la ricorrente lamenta che la stazione appaltante non si sarebbe attivata nel chiedere la documentazione necessaria, in particolare il certificato del casellario giudiziale dei dirigenti della Cecchini srl e la regolarità fiscale presso l'agenzia delle entrate.

In contrario, attraverso la documentazione fornita in giudizio, la stazione appaltante ha dimostrato di essersi attivata, ma che la procedura non è ancora conclusa, indipendentemente dalla propria diligenza, non essendo stato rilasciato il casellario giudiziario dall'autorità giudiziaria (peraltro la Cecchini ha depositato quello che era in suo possesso) ; inoltre la stazione appaltante ha acquisito il certificato dell'Agenzia delle entrate . Dunque, non sussiste alcuna inerzia della stazione appaltante nel procedere alla verifica dei requisiti, e peraltro non si comprende la lesione della posizione della ricorrente in parte qua, atteso che risulta come la stessa continui a gestire il servizio nelle more del subentro della nuova aggiudicataria.

Con il secondo motivo aggiunto la ricorrente deduce che in corso di gara sarebbe emersa una irregolarità fiscale non definitivamente accertata che la Cecchini aveva

dichiarato successivamente in sede di comprova, mettendo in dubbio la data di notifica della violazione come dichiarata dalla Cecchini, che a suo parere avrebbe potuto essere precedente al termine di presentazione delle offerte.

Come dimostrato dalla documentazione versata in atti sia dalla controinteressata (doc. 18 - estratto agenzia delle Entrate) sia da EAV (doc. 62 della documentazione dell'Amministrazione resistente), la data di notifica della violazione è del 10 marzo 2023 a da ciò deriva che la Cecchini l'ha correttamente e tempestivamente segnalata ad EAV solo in sede di comprova.

Quanto alla incidenza della stessa sulla affidabilità professionale della aggiudicataria, va rilevato quanto segue.

La Cecchini srl già all'atto della dichiarazione ha rappresentato ad EAV come la violazione non rilevasse ai fini di una possibile esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016. Ed invero, come risulta dal certificato rilasciato dell'anagrafe tributaria, in data 10/03/2023, a seguito dei controlli automatici effettuati ai sensi dell'art. 36-bis del DPR del 29 settembre 1973, n. 600, a carico della Cecchini è stata rilevata un'irregolarità per un ammontare complessivo di 82.241,63 euro.

La violazione de qua deriva da una presunta incongruenza conseguente ad un versamento in eccesso di ritenute di acconto relative all'anno 2019, riportato in compensazione nel modello 770/2020, e pertanto non rientra nel fuoco delle violazioni ostative alla partecipazione alla gara.

Al riguardo l'art. 80, comma 4, D. Lgs 50/2016, in tema di irregolarità fiscali non definitivamente accertate, com'è quella di specie, prevede che "costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle stabilite da un apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili". Decreto, quello a cui rimanda l'art. 80, comma 4 cit. che è il DM del 28 settembre 2022.

Detto Decreto delinea un ambito applicativo ben definito, specificando come possa considerarsi "violazione" solo l'inottemperanza agli obblighi, relativi al pagamento di imposte e tasse derivanti dalla: c) notifica di cartelle di pagamento concernenti pretese tributarie, oggetto di comunicazioni di irregolarità emesse a seguito di controllo automatizzato o formale della dichiarazione, ai sensi degli articoli 36-bis e 36-ter del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600 e dell'art. 54 -bis del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633 (art. 2).

Emerge, dunque, che la semplice comunicazione di irregolarità di cui all'art. 36-bis, ove non accompagnata da una successiva notifica di una cartella di pagamento o di un avviso di accertamento, non è di per sé rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 80, comma 4, del Codice dei contratti pubblici.

La comunicazione di irregolarità, effettuata dall'Agenzia delle Entrate, a seguito dei controlli automatizzati, non riveste in effetti quei caratteri di atto amministrativo definitivo, tali per cui può assumere rilevanza nell'ambito delle violazioni non definitivamente accertate. Peraltro tale comunicazione non è autonomamente impugnabile dal contribuente, proprio in quanto carente dei caratteri di definitività tipici degli avvisi di accertamento o della cartella di pagamento.

A seguito dei rilievi di cui all'art. 36-bis si apre, invero, una fase di confronto tra l'Agenzia delle Entrate e il contribuente, nella quale quest'ultimo può contestare le somme oggetto dell'irregolarità accertata e ciò è proprio quello che ha dimostrato di avere in corso la aggiudicataria.

Peraltro tale contestazione non supera nemmeno la soglia di gravità delineata dall'art. 3 del sopracitato DM del 28 settembre 2022 , a mente del quale può considerarsi "grave" una violazione non definitiva solo allorquando comporti l'inottemperanza ad un obbligo di pagamento di imposte o tasse per un importo che, con esclusione di sanzioni e interessi, è pari o superiore al 10% del valore

dell'appalto e non inferiore a 35 mila euro, laddove quest'ultimo importo costituisce la soglia "minima" di rilevanza.

Ebbene, nel caso di specie l'irregolarità pari a euro 82.241,63 è ben al di sotto del 10% del valore del presente appalto che ammonta a euro 4.338.140,90, donde l'irrilevanza della violazione ai fini del vaglio della legittimità dell'aggiudicazione de qua.

Risulta infondata e prima ancora inammissibile anche la terza censura dei motivi aggiunti.

Con la stessa la ricorrente si duole in generale della mancanza e/o inidoneità della documentazione di comprova dei requisiti richiesti dal disciplinare al fine di attestare il pieno possesso dei requisiti dichiarati in gara.

Sul punto basti rilevare che quanto dedotto nelle relative doglianze – essendo ancora in corso la fase di verifica dei requisiti- attiene ad un preteso sindacato su poteri amministrativi non ancora esercitati, per cui le relative censure sono inammissibili ex art. 34 co 2 cpa.

Dal rigetto del ricorso principale e dei connessi motivi aggiunti discende la improcedibilità del ricorso incidentale, teso a contestare la nullità del contratto di avvalimento prodotto in gara dalla ricorrente, per sopravvenuta carenza di interesse, atteso che mantenendo la propria posizione in graduatoria, non residua alcun interesse della aggiudicataria alla decisione nel merito di detto gravame.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e sui connessi motivi aggiunti, li respinge.

Condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite in favore della stazione appaltante e della Cecchini srl, liquidate nella misura di Euro 3000,00 (tremila/00) in favore di ciascuna.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 25 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente, Estensore

Carlo Dell'Olio, Consigliere

Gabriella Caprini, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Anna Pappalardo