

# Applicazione retroattiva dell'istituto dell'avvalimento c.d. "premiale".

di Luca Pavia

Data di pubblicazione: 15-7-2024

*A differenza dell'art. 89, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. 50/2016, il quale è stato interpretato nel senso che era consentito il solo l'avvalimento premiale che interveniva sia nell'integrazione di un requisito di partecipazione sia nel riconoscimento di punteggio nell'ambito della valutazione dell'offerta tecnica formulata tenendo in considerazione le competenze, le risorse e le capacità effettivamente trasferite dall'ausiliaria all'ausiliata ed era, invece escluso quello espressamente finalizzato a una migliore valutazione dell'offerta delle concorrente, l'art. 104 prevede espressamente la possibilità di ricorrere all'avvalimento semplicemente per migliorare l'offerta di una partecipante.*

*Tuttavia, la sua applicazione retroattiva sarebbe possibile solo qualora essa si qualificasse come norma di interpretazione autentica, ipotesi che, però, non ricorre nel caso di specie in quanto, come del resto evidenziato dalla stessa Relazione di accompagnamento, la disciplina dell'avvalimento è stata completamente novellata dal nuovo codice dei contratti pubblici.*

Pubblicato il 28/05/2024

N. 4732/2024 REG.PROV.COLL.

N. 08138/2023 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8138 del 2023, proposto da Ranieri Impiantistica S.r.l.,

in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 947005047B, rappresentata e difesa dall'avvocato Fiorita Iasevoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

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 lo studio Ilaria Cocco in Roma, via dei Gandolfi n. 6;

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

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Terza) n. 4756/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello 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.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2024 il Cons. Gianluca

Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Favale, D'Angelo, Iasevoli;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. L'Ente Autonomo Volturno (di seguito anche solo EAV) con bando del 21 novembre 2022 ha indetto 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 sua rete.

2. Alla procedura hanno partecipato cinque ditte inclusa la ricorrente. All'esito della procedura risultava aggiudicataria la società Alfredo Cecchini S.r.l. (di seguito anche solo Cecchini).

3. Riferisce l'appellante, gestore uscente del servizio, di avere inoltrato istanza di accesso agli atti con la quale chiedeva i documenti afferenti all'offerta tecnica e l'offerta economica, nonché i documenti a comprova dei requisiti di partecipazione dell'aggiudicataria.
4. Riferisce ancora l'appellante che, in data 20 marzo 2023, l'EAV inviava parte della documentazione, comunicando che i documenti da acquisire in sede di comprova non erano ancora nella disponibilità della stazione appaltante. Con ulteriore atto di accesso venivano richieste le griglie di valutazione dei singoli commissari allegate ai verbali delle sedute riservate.
5. In data 27 marzo 2023 l'EAV trasmetteva una griglia di valutazione. L'aggiudicataria ha ottenuto il massimo del punteggio nella parte tecnica della valutazione a differenza della ricorrente che invece ha ottenuto 72,24 punti.
6. Avverso l'aggiudicazione Ranieri Impiantistica ha proposto ricorso al TAR che lo ha rigettato con sentenza n. 4756/2023.
7. Di tale sentenza Ranieri Impiantistica ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello affidato ai seguenti motivi così rubricati: *"I Error in iudicando; violazione dell'art. 2, dell'articolo 11, commi 9 e 10, dell'articolo 12, e dell'articolo 48, comma 2 D. Lgs. 50 del 2016; del principio di efficienza e di economicità dell'azione amministrativa; violazione del principio di certezza nella fase di conclusione del procedimento di scelta del contraente; eccesso di potere per difetto di istruttoria. Sviamento; II Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 comma 4 del dlgs. 50 del 2016; III Error in iudicando; Violazione e falsa applicazione delle condizioni di partecipazione del Disciplinare di gara punto 7, 8, 9 e punto 10; IV Error in iudicando; 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"*.
8. Hanno resistito al gravame, chiedendone il rigetto, l'ente Autonomo Volturmo S.r.l. e Alfredo Cecchini S.r.l. che ha anche proposto ricorso incidentale.
9. Alla udienza pubblica del 25 gennaio 2024 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

10. Viene all'esame del Collegio il ricorso in appello proposto da Ranieri impiantistica S.r.l. avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania n. 4756/2023 con la quale il medesimo TAR ha respinto il ricorso proposto avverso il provvedimento di aggiudicazione, adottato in favore della società Alfredo Cecchini S.r.l., 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.
11. La decisione del primo Giudice si articola, in sintesi, nei seguenti punti:
  - a) l'avvalimento solo premiale è inammissibile in quanto l'art 89 d.lgs. 50/2016, applicabile alla procedura *de qua*, consentiva l'istituto solo per l'ottenimento dei requisiti di

partecipazione;

a.1.) la ricorrente, in sostanza, richiede una sorta di applicazione retroattiva del nuovo codice dei contratti pubblici che consentirebbe l'avvalimento solo premiale, invocandone l'estensione alle gare bandite prima della sua entrata in vigore;

a.2.) diverso discorso è a farsi per l'avvalimento speso in gara dalla aggiudicataria Cecchini, 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 dell'offerta, non è idonea a escludere l'attribuibilità del punteggio incrementale, proprio perché finalizzato ad ottenere requisiti di partecipazione;

a.3.) per la mancata attribuzione del punteggio per l'avvalimento solo premiale alla ricorrente non era necessario 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;

b) in ordine alla censura volta a contestare l'attribuzione del punteggio alla aggiudicataria sotto plurime voci:

b.1.) 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;

b.2.) 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);

b.3.) 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"*.

b.4.) a pagina 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;

b.5.) in relazione al criterio A3 – indicato come attribuzione di specifico punteggio incrementale- sono stati prodotti gli attestati delle specifiche figure professionali rilevanti;

b.6.) a pagina 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 all'obbligo del 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);

b.7.) nella griglia di valutazione allegata al disciplinare, erano descritti i criteri premiali;

b.7.1.) in particolare, il criterio A3, relativo alla qualificazione del personale attestata da patentini, prevedeva l'assegnazione di 5 punti per n. 1 saldatore con esperienza; 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, ottenendo così il relativo punteggio;

0. 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 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;

b.9.) 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.10.) relativamente al possesso delle attrezzature - la censura è inammissibile perché impinge nel merito della discrezionalità tecnica, senza dimostrare una manifesta irragionevolezza della valutazione dell'amministrazione;

b.11.) 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;

b.12.) in ordine al preteso mancato possesso di requisiti di partecipazione per i due tecnici saldatori 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 criterio A3 ma del criterio A2);

b.13.) 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;

b.14) solo 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;

b.15.) l’esperienza professionale del Sig. Argiolas è stata dimostrata allegando nell’offerta tecnica tutti gli attestati e i certificati dallo stesso ottenuti negli anni e rilasciati da Enti certificatori terzi;

b.16.) in ordine alla irregolarità fiscale non definitivamente accertata che la Cecchini ha dichiarato in sede di comprova, la violazione 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;

b.17.) la semplice comunicazione di irregolarità di cui all’art. 36 *bis* del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, 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;

b.18.) la comunicazione di irregolarità, effettuata dall’Agenzia delle Entrate, a seguito dei controlli automatizzati, non riveste quei caratteri di atto amministrativo definitivo, tali per cui può assumere rilevanza nell’ambito delle violazioni non definitivamente accertate; 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;

b.19.) la contestazione non supera nemmeno la soglia di gravità delineata dall’art. 3 del D.M. 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;

b.20.) nel caso di specie l’irregolarità, pari a € 82.241,63, è al di sotto del 10% del valore del presente appalto che ammonta a euro 4.338.140,90, donde l’irrelevanza della violazione.

12. L’appellante contesta la ricostruzione del TAR sulla base dei seguenti argomenti:

a) il TAR avrebbe erroneamente omissso di censurare il contegno dilatorio dell'amministrazione teso a una ingiustificata protrazione delle attività di verifica dei requisiti (di tale circostanza l'appellante si duole nel primo motivo di appello soffermandosi da pagina 5 a pagina 10 del ricorso);

a.1) visto il protrarsi della fase di verifica dei requisiti la sentenza andrebbe riformata e l'aggiudicazione annullata per carenza dei requisiti, in base a quanto dedotto con i motivi proposti nel giudizio di primo grado;

a.2.) in via subordinata, l'appellante chiede di accertare ai sensi dell'art. 31 del codice del processo amministrativo, la violazione dell'obbligo dell'EAV di concludere il procedimento e, conseguentemente, di dichiarare l'obbligo di escludere l'aggiudicataria per mancata comprova dei requisiti, ovvero, in via ulteriormente subordinata, di concludere il procedimento di verifica entro un termine perentorio, nonché, in ogni caso, di nominare un commissario *ad acta* per l'adozione dei provvedimenti illegittimamente omissi dalla stazione appaltante;

b) ai fini della verifica dei requisiti di cui all'art. 80 l'appellante afferma che non sono ancora stati prodotti i certificati del casellario giudiziale di nessuno dei soggetti tenuti ai sensi del d.lgs. 50 del 2016; la Cecchini ha riproposto le dichiarazioni redatte in sede di gara con data aggiornata al 19 aprile 2023 ma non risulterebbe accertata la veridicità delle dichiarazioni rilasciate in sede di gara che al momento dell'udienza di merito nel giudizio di primo grado non erano ancora state acquisite;

c) con riguardo alla formazione dei dipendenti la Cecchini non avrebbe prodotto alcun attestato tale da giustificare la formazione dei suoi dipendenti e da accertare il possesso dei requisiti richiesti dal disciplinare alle pagine 1 e 2 punti 7, 8, 9 e 10; non sarebbe stato prodotto alcun documento attestante la formazione dei dipendenti elettromeccanici, idraulici, elettrici ed elettronici;

c.2.) in assenza di un documento attestante il possesso effettivo del requisito dichiarato in sede di gara si potrebbe configurare una ipotesi di falsa dichiarazione;

c.3.) 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*", la Cecchini ha prodotto due attestati di addetti alla manutenzione impianti rilevazione incendi datati 21 settembre 2022, pertanto i tecnici individuati non coprirebbero il requisito richiesto perché non vi è la dimostrazione del possesso da almeno un triennio; tale assenza sarebbe stata motivo di esclusione ma EAV ha consentito alla Cecchini, con la nota del 3 luglio 2023, di giovare di un ulteriore imprecisato tempo;

c.3) non sussisterebbe neanche il requisito della composizione minima della squadra di lavoro (punto A2 della griglia e punto 10 pagine 2 del disciplinare);

c.3.) non sarebbero stati prodotti i documenti atti a dimostrare la formazione della dotazione minima di tecnici idraulici, elettrici, elettromeccanici, ed elettronici;

c.4) alla data dell'udienza di merito del giudizio di primo grado la Cecchini aveva prodotto n. 18 documenti UNILAV (e non 19 come prevedeva la composizione minima) che riportano l'inquadramento contrattuale dei soggetti indicati - elettricisti, idraulici ed elettromeccanici; gli UNILAV non sarebbero validi ai fini della attestazione del possesso dei requisiti;

c.5) la Cecchini in sede di partecipazione aveva anche dichiarato che avrebbe ampliato la squadra minima di soggetti con altre 15 figure sempre con profilo di idraulici, elettrici ed elettronici e per questa dichiarazione ha ottenuto 15 punti aggiuntivi; anche questa documentazione sarebbe carente alla data del 3 luglio 2023 come si evince dalla richiesta di integrazione di EAV;

c.6.) la squadra di lavoro avrebbe dovuto essere già completa al momento della domanda di partecipazione, e i soggetti annoverati avrebbero dovuto essere dotati delle necessarie qualificazioni richieste dal bando già alla data di partecipazione per giustificare il punteggio aggiuntivo attribuito alla Cecchini;

c.7.) le 34 risorse dichiarate non soddisferebbero i requisiti previsti nel bando di gara;

c.8.) con riguardo all'abilitazione del professionista antincendio la Cecchini 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; dalla documentazione UNILAV depositata il 4 luglio 2023 si rileva che il tecnico antincendio si è dimesso in data 30 dicembre 2022, solo 7 giorni dopo la scadenza della domanda di partecipazione; tale documento proverebbe il mancato rispetto del principio di continuità e di permanenza del requisito e già da solo giustificerebbe l'esclusione dalla procedura dell'aggiudicatario;

c.9.) la documentazione depositata in primo grado dalla Cecchini dimostra una relazione lavorativa con la dott.ssa Campitelli già dal dicembre 2022 (tecnico antincendio) data delle dimissioni del tecnico Cecatiello; tale relazione lavorativa sarebbe provata dalle fatture emesse dal tecnico alla Cecchini aventi data 10 marzo 2023 e 13 aprile 2023 e risalenti a prestazioni di consulenza non specificate espletate a dicembre 2022 e febbraio 2023; tali documenti non proverebbero le funzioni di tecnico antincendio e che tali funzioni siano state svolte dal dicembre 2022 all'aggiudicazione; inoltre al punto 8 delle condizioni di partecipazione EAV chiedeva che il tecnico antincendio fosse alle dipendenze della società partecipante mentre la dott.ssa Campitelli è stata assunta il 18 aprile 2023 dopo l'aggiudicazione e sicuramente dopo l'instaurarsi del presente giudizio;

c.10.) l'assenza di regolari sottoscrizioni dei documenti prodotti avrebbe poi dovuto indurre la stazione appaltante a escludere la Cecchini e a procedere allo scorrimento della graduatoria

c.11.) con riguardo alle attrezzature aggiuntive di cui la Cecchini ha dichiarato di essere dotata in sede di partecipazione e che hanno giustificato rispetto alla ricorrente l'assegnazione di 8 punti, in sede di comprova la Cecchini non avrebbe fornito i documenti relativi alle attrezzature necessarie ad effettuare la manutenzione sui S.I.A (Servizi Igienici Automatici); anche sotto questo aspetto la documentazione fornita sarebbe incompleta ai fini della comprova e quindi configurerebbe anche una ipotesi di falsa dichiarazione;

d) la *lex specialis* di gara non vieta il ricorso all'avvalimento e quindi non impedisce alla commissione di valutare il requisito ed attribuire allo stesso un punteggio; la mancata valutazione dello stesso, in assenza di motivazione, costituirebbe vizio del procedimento.

13. La ricostruzione dell'appellante, ribadita con ulteriori precisazioni nella memoria depositata il 9 gennaio 2024, non merita condivisione e la sentenza impugnata deve essere integralmente confermata.

14. In ordine alla fase di verifica dei requisiti è evidente che le contestazioni dell'appellante si risolvono nel confondere la legittimità dell'aggiudicazione con quella inerente la successiva verifica dei requisiti. Peraltro, la fase di verifica dei requisiti prevista dall'art. 32 del d.lgs. n. 50 del 2016, vigente *ratione temporis*, non è soggetta a un termine decorso il quale l'amministrazione perde il potere di provvedere (anche perché alcune verifiche, ad esempio l'acquisizione dei certificati del casellario giudiziale, sfuggono alla sfera di dominio della stazione appaltante). L'art. 32, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016 rimanda la verifica del possesso dei requisiti alla fase successiva all'aggiudicazione, quale condizione integrativa dell'efficacia di quest'ultima. In sede di verifica del possesso dei titoli successivamente all'avvenuta aggiudicazione, non può, tra l'altro, escludersi il soccorso istruttorio nel caso in cui il concorrente produca documentazione insufficiente o incompleta o errata, comunque inidonea a dimostrare il requisito così come posseduto e dichiarato all'atto di presentazione della domanda di partecipazione (Consiglio di Stato sez. V, 14 aprile 2023, n. 3819) purché, naturalmente, la verifica dei requisiti non si traduca in una modifica sostanziale dell'offerta già presentata, o in una inammissibile integrazione postuma dei prescritti requisiti di partecipazione.

14.1. Va ancora precisato che la ricostruzione dei fatti come riferita dall'Ente Autonomo Volturno nella memoria depositata il 24 ottobre 2023 trova pieno riscontro negli atti di causa.

14.2. L'Ente Autonomo Volturno, una volta comunicata l'aggiudicazione e vagliata la prima documentazione presentata dalla Cecchini, ha richiesto chiarimenti e integrazioni.

14.3. Un passaggio dall'ampia parabola argomentativa della sentenza impugnata è molto significativo. Vi si legge (pagina 26 della sentenza): (...) "*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*".

14.4. La statuizione del primo Giudice è corretta e il tempo trascorso dalla comunicazione dell'aggiudicazione al completamento della verifica dei requisiti non ha inciso in alcun modo sulla legittimità degli atti impugnati.

L'appellante insiste ripetutamente e infondatamente sull'asserito e non dimostrato "*intento dilatorio*" della Stazione appaltante (così anche alle pagine 6 e 7 della memoria depositata il 9 gennaio 2024) senza in alcun modo scalfire la ricostruzione dei fatti e le conclusioni in diritto cui è giunto il primo Giudice. L'intero stralcio della sentenza della III<sup>a</sup> Sezione di questo Consiglio di Stato, 21 giugno 2023 n. 6074, riportato da pagina 8 a pagina 12 della memoria

depositata il 9 gennaio 2024 non giova all'appellante perché si tratta di un precedente del tutto inconferente rispetto al caso qui esaminato.

14.5. Tutto l'impianto argomentativo dell'appellante si risolve nel confondere due momenti differenti delle fasi delle procedure di affidamento così come delineati dall'art. 32 del d.lgs. n. 50 del 2016. Non è superfluo precisare che il divieto di nova sancito dall'art. 104, comma 1, c.p.a. ha carattere assoluto promanando dalla fondamentale esigenza di assicurare il rispetto del principio del doppio grado di giurisdizione, e impone l'immutabilità della *causa petendi* introdotta in primo grado. L'effetto devolutivo dell'appello assicura che l'oggetto del giudizio del gravame non risulti più ampio di quello su cui si è pronunciato il giudice della sentenza appellata.

14.6. Il ricorso di primo grado è stato proposto quando ancora pendeva il termine per la presentazione della documentazione di comprova dei requisiti. L'appellante, nel corso del giudizio di primo grado, ha proposto ricorso per motivi aggiunti avverso la documentazione prodotta dalla controinteressata nel corso della fase di comprova dei requisiti di partecipazione (la stazione appaltante aveva depositato gli atti in corso di giudizio).

14.7. Il TAR ha esaminato in modo approfondito tutte le censure e non vi è alcuna erroneità della sentenza impugnata, non potendosi ritenere erronea o carente una motivazione i cui argomenti giuridici sono sgraditi alla parte ricorrente. La mancanza di motivazione si caratterizza per la sua radicale carenza o per la sua inidoneità a rivelare la *ratio decidendi*, evenienza che qui non si ravvisa in alcun modo. Il TAR ha, peraltro, ripetutamente e correttamente osservato che le domande della ricorrente vertevano su poteri che l'amministrazione non aveva ancora esercitato (pagine 12, 22, due volte alla pagina 23, 29 della sentenza impugnata). In definitiva, in primo grado Ranieri Impiantistica ha ripetutamente proposto censure volte a contestare provvedimenti non ancora adottati dalla stazione appaltante e, in appello, ha ripetutamente proposto contestazioni nuove. Nel processo amministrativo deve considerarsi nuova e, come tale, inammissibile in appello, non soltanto una domanda avente *petitum e/o causa petendi* diversi da quelli della domanda originaria, ma anche una domanda che, pur mantenendo detti elementi, si risolve nella prospettazione di fatti costitutivi diversi da quelli dedotti in primo grado e idonei ad integrare una pretesa diversa, determinando in tal modo l'introduzione di un nuovo tema di indagine e di decisione (Consiglio di Stato sez. II, 19 marzo 2024, n. 2672).

14.8. Si tratta, comunque, di censure che sono infondate in fatto dato che i requisiti, come risulta dalla documentazione versata agli atti di causa, sono stati debitamente provati dall'aggiudicataria e i documenti presentati sono stati ritenuti idonei dalla stazione appaltante.

14.8.1. L'istanza di verifica proposta a pagina 23 della memoria depositata il 9 gennaio 2024 è da respingere in quanto irrilevante ai fini del decidere. Nel processo amministrativo la verifica o la consulenza tecnica d'ufficio può essere disposta non per sostituire la valutazione dell'Amministrazione, come in tutto l'incedere dell'argomentazione dell'atto di appello si domanda, ma per ricostruire nel modo più compiuto i fatti accaduti e per verificare, a seconda dei casi, se la contestata valutazione sia manifestamente irragionevole, evenienza che nel caso qui esaminato non si rinviene in alcun modo.

14.8.2. La verifica (art. 66 c.p.a.) è diretta ad appurare la realtà oggettiva delle cose, e si risolve essenzialmente in un accertamento diretto a individuare la sussistenza di determinati elementi, ovvero a conseguire la conoscenza dei fatti, la cui esistenza non sia accertabile o desumibile con certezza dalle risultanze documentali; essa ha una finalità di accertamento di fatti complessi, e dunque sulla base di competenze che implicano l'espressione di un sapere specifico, in funzione consultiva del giudice (Consiglio di Stato sez. III, 25 luglio 2023, n. 7288). Ma, al di là della infondata ricostruzione in fatto proposta dall'appellante, in cui è ricorrente il fraintendimento tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione, tra certificazioni e mezzi di prova, tra contestazioni che concernono l'aggiudicazione e contestazioni che riguardano la successiva verifica dei requisiti (nonché irrilevanti osservazioni, ai fini del decidere, sul tenore letterale del contratto di appalto) non vi è alcun elemento che scalfisca la decisione del primo Giudice.

14.8.3. Per tali motivi è infondata anche l'istanza di accesso contenuta a pagina 26 della memoria depositata il 9 gennaio 2024.

14.9. Sia la difesa dell'Ente autonomo Volturno, sia la difesa della Alfredo Cecchini S.r.l. richiamano, a sostegno delle proprie ragioni, l'art. 86 del d.lgs. n. 50 del 2016 laddove esso dispone: *“Gli operatori economici possono avvalersi di qualsiasi mezzo idoneo documentale per provare che essi disporranno delle risorse necessarie”*. Si tratta di un argomento decisivo.

14.10. Va ribadito che la verifica dei requisiti è una fase che concettualmente si situa a valle dell'aggiudicazione. Soltanto all'esito della gara, dopo l'approvazione della proposta di aggiudicazione e il provvedimento di aggiudicazione, si procede alla verifica del possesso dei prescritti requisiti da parte della stazione appaltante mediante richiesta all'aggiudicatario di presentare i documenti all'uopo necessari, in conformità a quanto prescritto dagli artt. 86 e 87 del d.lgs. n. 50/2016 (Consiglio di Stato, Sez. V, 9 maggio 2023, n. 4642).

14.11. Sono stati forniti documenti in ordine al requisito di esperienza dichiarato in sede di gara e al requisito di partecipazione di cui al punto 10 del disciplinare. Le censure relative agli operai e tecnici specializzati, alla composizione minima della squadra di lavoro, all'abilitazione del professionista antincendio, sono del tutto inconsistenti, non trovano rispondenza minima negli atti di causa e costituiscono un evidente tentativo di sostituire proprie personalissime valutazioni a quelle svolte dall'Amministrazione.

15. Occorre procedere, a questo punto, all'esame della censura relativa all'avvalimento premiale.

15.1. Anch'essa è infondata e le statuizioni del TAR meritano conferma.

15.2. L'appellante pretende, in sostanza, di applicare retroattivamente l'art. 104 del nuovo Codice dei contratti pubblici, pretesa che non può trovare soddisfazione.

15.3. Come noto, prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, questa Sezione aveva più volte affermato l'ammissibilità dell'avvalimento c.d. “premier”, in virtù del quale l'avvalimento interviene sia nell'integrazione di un requisito di partecipazione che nel

riconoscimento di punteggio nell'ambito della valutazione dell'offerta tecnica formulata tenendo in considerazione le competenze, le risorse e le capacità effettivamente trasferite dall'ausiliaria all'ausiliata. Andava invece escluso l'avvalimento "premiare" che avesse l'esclusivo scopo di far conseguire all'ausiliata, che non necessitava di alcun incremento delle risorse per partecipare alla gara, una migliore valutazione dell'offerta (tra le tante, Consiglio di Stato sez. V, 17 settembre 2021, n. 6347).

15.4. L'art. 104 del nuovo Codice dei contratti pubblici prevede espressamente l'avvalimento premiare ma, com'è evidente, non è norma di interpretazione autentica.

15.5. Va osservato che nell'impostazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, come si legge nella stessa Relazione di accompagnamento, la disciplina dell'avvalimento è caratterizzata da un vero e proprio cambio di impostazione. Il risultato di tale cambio di impostazione è:

- a) l'indicazione del tipo contrattuale dell'avvalimento, contratto rientrante nella categoria dei contratti di prestito con il quale un concorrente a una procedura di aggiudicazione può acquisire la disponibilità di risorse tecniche e umane altrui per eseguire il contratto;
- b) la previsione della normale onerosità del contratto con l'ammissione, comunque, della gratuità nel caso in cui essa corrisponda anche a un interesse proprio dell'impresa ausiliaria;
- c) l'attenzione incentrata sul contratto di avvalimento, anziché sul prestito dei requisiti, che ha consentito di ricomprendere nell'ambito dell'avvalimento anche quella particolare figura indicata come avvalimento premiare, in cui il prestito delle risorse è diretto a ottenere un punteggio più elevato e non invece il prestito dei requisiti di capacità mancanti.

15.6. La differente impostazione dell'art. 104 del Codice dei contratti pubblici rispetto a quella dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, vigente *ratione temporis*, non consente in alcun modo una sua applicazione retroattiva.

15.7. La tesi dell'appellante si risolve nel chiedere a questo Giudice di ricavare una norma per via interpretativa non già da una singola disposizione, isolatamente presa, ma da una pluralità di disposizioni combinate (combinato disposto strettamente inteso). Esempio paradigmatico di combinato disposto è quello che deriva dalla combinazione, appunto, di una disposizione interpretativa (di interpretazione autentica) e della disposizione interpretata. Ma ciò che osta a una operazione interpretativa di questo tipo è l'indubbia estraneità dell'art. 104 del nuovo Codice dei contratti pubblici al novero delle norme di interpretazione autentica.

16. Per le ragioni sopra esposte l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata. Il rigetto dell'appello principale rende improcedibile l'appello incidentale.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così decide:

- a) rigetta l'appello principale;
- b) dichiara improcedibile l'appello incidentale;
- c) per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania n. 4756/2023.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado del giudizio, che liquida in € 4.000/00 (quattromila) oltre accessori e spese di legge in favore dell'Ente Autonomo Volturno S.r.l. e 4.000/00 (quattromila) oltre accessori e spese di legge in favore di Alfredo Cecchini S.r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

## Guida alla lettura

La sentenza in commento ha esaminato, in particolare, sia il **rapporto intercorrente tra aggiudicazione e verifica dei requisiti** sia la possibilità di **applicare retroattivamente** il c.d. **avvalimento "premiare"**, così come delineato dall'art. **104 del nuovo codice dei contratti pubblici**.

Nello specifico, nell'esaminare un appello relativo al respingimento di un ricorso avente a oggetto il provvedimento di aggiudicazione di un servizio di manutenzione triennale degli impianti termici per la climatizzazione estiva ed invernale, degli impianti ausiliari e degli impianti antincendio dei fabbricati, la Corte ha evidenziato che la **fase di verifica dei requisiti**, prevista dall'art. **32 del d.lgs. n. 50 del 2016**, non è soggetta a un termine decorso il quale l'amministrazione perde il potere di provvedere. Del resto, lo stesso **comma 7** della disposizione *de qua*, nel sancire che l'aggiudicazione *«diventa efficace dopo la verifica del*

*possesso dei prescritti requisiti», le attribuisce espressamente la **natura di condizione integrativa dell'efficacia.***

Sul punto il Collegio ha, inoltre, precisato che **anche in tale fase** la stazione appaltante può ricorrere al **soccorso istruttorio qualora «il concorrente produca documentazione insufficiente o incompleta o errata, comunque inidonea a dimostrare il requisito così come posseduto e dichiarato all'atto di presentazione della domanda di partecipazione (Consiglio di Stato sez. V, 14 aprile 2023, n. 3819) purché, naturalmente, la verifica dei requisiti non si traduca in una **modifica sostanziale dell'offerta già presentata, o in una inammissibile integrazione postuma dei prescritti requisiti di partecipazione».****

Tanto premesso, il giudice adito ha, poi, esaminato l'istituto del c.d. "**avvalimento premiale**", così come delineato nel vecchio e nel nuovo codice dei contratti pubblici.

Prima di esaminare nel dettaglio il contenuto della decisione in commento occorre rammentare che sul punto la giurisprudenza aveva chiarito che **l'art. 89, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. 50/2016** (vecchio codice appalti) doveva essere **interpretato** nel senso che era **consentito il solo avvalimento premiale** che interveniva sia **nell'integrazione di un requisito di partecipazione sia nel riconoscimento di punteggio** nell'ambito della valutazione **dell'offerta tecnica** formulata tenendo in considerazione le competenze, le risorse e le capacità effettivamente trasferite dall'ausiliaria all'ausiliata. Al **contrario**, doveva essere **escluso** l'istituto qualora esso avesse **l'esclusivo scopo di far conseguire all'ausiliata**, che non necessiti di alcun incremento delle risorse per partecipare alla gara, una **migliore valutazione dell'offerta** in quanto, in tale ipotesi, la logica concorrenziale, a cui è funzionale l'istituto in esame, ne risultava alterata e non implementata (*ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 17 settembre 2021, n. 6347).

**L'art. 104 dell'attuale codice (d.lgs. n. 36/2023) prevede**, invece, espressamente la possibilità di ricorrere **all'avvalimento semplicemente per migliorare l'offerta di una partecipante** (comma 4), tuttavia, la sua **applicazione retroattiva sarebbe possibile solo qualora essa si qualificasse come norma di interpretazione autentica**, ipotesi che, però, **non ricorre nel caso di specie** in quanto, come del resto evidenziato dalla stessa Relazione di accompagnamento, la **disciplina** dell'avvalimento è stata **completamente novellata** dal nuovo codice dei contratti pubblici.

Nello specifico, il Giudice adito ha evidenziato che il nuovo disposto normativo prevede espressamente:

- a) l'indicazione del tipo contrattuale dell'avvalimento, contratto rientrante nella categoria dei contratti di prestito con il quale un concorrente a una procedura di aggiudicazione può acquisire la disponibilità di risorse tecniche e umane altrui per eseguire il contratto;
- b) la previsione della normale onerosità del contratto con l'ammissione, comunque, della gratuità nel caso in cui essa corrisponda anche a un interesse proprio dell'impresa ausiliaria;
- c) la **focalizzazione** dell'attenzione **«sul contratto di avvalimento, anziché sul prestito dei**

*requisiti, che ha **consentito di ricomprendere** nell'ambito dell'avvalimento **anche** quella particolare figura indicata come **avvalimento premiale**, in cui il **prestito** delle risorse è **diretto a ottenere un punteggio più elevato** e non invece il prestito dei requisiti di capacità mancanti».*

In conclusione, poiché **non è possibile applicare retroattivamente** il disposto dell'art. 104, cit., si potrà ricorrere a un **avvalimento premiale** esclusivamente **finalizzato** ad assicurare una **migliore valutazione dell'offerta** di una concorrente **solo** nelle **procedure disciplinate dal nuovo codice dei contratti pubblici**.