TAR Lazio, Sezione Prima Bis, Sentenza n. 17294 del 2 novembre 2026

Appalti pubblici – Avvalimento infragruppo – Holding priva dei requisiti non può prestare quelli delle società controllate che non firmano contratto

Pubblicato il 02/11/2026

N. 17294/2026 REG.PROV.COLL.

N. 06867/2026 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6867 del 2026, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio eletto presso lo studio (...);

contro

Ministero della Difesa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa concessione delle opportune misure cautelari del

decreto dirigenziale prot. n. M_D A8BA50C DE22026 0000434 del 15.05.2026 (doc. 1), con la quale il Ministero della Difesa – Direzione nazionale degli armamenti – Direzione degli armamenti terrestri ha aggiudicato ad (...) l'appalto, in unico lotto, per la fornitura di n. 23 autospazzatrici aeroportuali (CIG (...); id. gara n. (...)), nonché della comunicazione effettuata ai sensi dell'art. 90 CCP (doc. 1-bis); del verbale unico delle operazioni di gara (doc. 2), e quindi dei provvedimenti assunti dal seggio di gara e approvati dal Ministero, nella parte in cui è stata ritenuta ammissibile e valida l'offerta di (...), nonostante l'omessa comprova del requisito di partecipazione relativo ai contratti analoghi e la potenziale anomalia della stessa; del § 22 del disciplinare di gara (doc. 3), nella parte in cui non ha individuato le tipologie di "elementi specifici" al fine di individuare le offerte potenzialmente anomale; di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, anche se non conosciuto. e per l'annullamento ai sensi dell'art. 116 cpa e dell'art. 36 d.lvo n. 36/2023,

del diniego parziale di accesso concretantesi nell'oscuramento delle fatture prodotte da (...) in sede di soccorso istruttorio, in assenza di effettive ragioni suscettibili di prevalere sulle esigenze defensionali della odierna ricorrente, peraltro mai formalmente opposte dal Ministero nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto che dovesse essere nelle more sottoscritto tra il Ministero e (...), nel quale (...) si dichiara sin da ora disposto a subentrare;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) S.r.l. e di Ministero della Difesa;

Vista la sentenza non definitiva n.12709/2026 di questo TAR;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2026 il dott. Domenico De Martino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1 La ricorrente (...) srl (di seguito anche (...)) impugnava innanzi a questo giudice gli atti della procedura di affidamento da parte del Ministero della difesa della fornitura di n. 23 autospazzatrici aeroportuali (CIG (...); id. gara n. (...)), entro tempi di consegna complessivi di 400 giorni, con opzione per l'approvvigionamento di ulteriori 16 autospazzatrici, alla quale aveva partecipato assieme ad (...) srl (di seguito anche (...)), finendo seconda dietro questa.

1.1 Chiedeva quindi l'annullamento, previa misura cautelare, dell'aggiudicazione alla controinteressata della gara avvenuta con decreto dirigenziale prot. n. M_D A8BA50C DE22026 0000434 del 15.05.2026, ed altresì la dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto eventualmente nelle more sottoscritto tra il Ministero e la vincitrice, con dichiarazione di disponibilità al subentro.

1.2 Con lo stesso atto (...) formulava anche "anche domanda per l'annullamento ai sensi dell'art. 116 cpa e dell'art. 36 d.lvo n. 36/2023, del diniego parziale di accesso concretantesi nell'oscuramento delle fatture prodotte da (...) in sede di soccorso istruttorio, in assenza di effettive ragioni suscettibili di prevalere sulle esigenze defensionali della odierna ricorrente, peraltro mai formalmente opposte dal Ministero".

1.3 Resistevano al ricorso ed all'istanza il Ministero della difesa e l'aggiudicataria (...) con memoria e documenti.

1.4 Questo TAR con sentenza non definitiva n.12709/2026 provvedeva sulla domanda di cui al punto 1.2 pronunciando l'annullamento del predetto diniego parziale con ordine di ostensione e, contemporaneamente, con separata ordinanza n. 3856/2026 accoglieva l'istanza cautelare della ricorrente, reputata urgente e adeguatamente fondata, sospendendo l'efficacia degli atti impugnati e fissando l'udienza pubblica per l'esame di merito del ricorso.

1.5 Non seguivano nuove impugnative.

1.6 Nelle more della trattazione il 15.9.2026 interveniva la rinuncia al mandato

dell'avv. (...), uno dei difensori di (...), che rimaneva validamente assistita per il prosieguo dai rimanenti avvocati costituiti.

1.7 Entrambe le parti private depositavano tempestive memorie e repliche.

1.8 All'udienza pubblica del 14 ottobre 2026 la causa era discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

2 il Collegio ex art. 120, comma 5, CPA provvede come di seguito.

2.1 A sostegno della domanda principale di annullamento la ricorrente ha dedotto due autonomi motivi.

2.1.1 Con il primo composito motivo rubricato "I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 104 d.lvo n. 36/2023, dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, siccome espressione del divieto di avvalimento a cascata, nonché del principio di personalità dei requisiti, dei §§ 6.3 e 7 del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, falsità e carenza del presupposto, travisamento dei fatti, irragionevolezza manifesta" ha lamentato la mancata esclusione di (...) nonostante la carenza del requisito tecnico-professionale, previsto del § 6.3 del Disciplinare relativo all'esecuzione, di contratti per forniture analoghe negli ultimi dieci anni per un importo minimo di € 12.000.000 (nella versione finale rimodulata con errata corrige dal Ministero).

Ha contestato la ricorrente che indebitamente detto requisito era stato riconosciuto all'aggiudicataria grazie all'avvalimento di esperienze e risorse della controllante tedesca (...) Holding (...) (di seguito anche (...) Holding o Holding) la quale, tuttavia, non le possedeva in proprio ma le attingeva a sua volta da altre società estere, da essa totalitariamente controllate nell'ambito del suo gruppo imprenditoriale, rimaste però estranee al contratto di avvalimento.

2.1.1.1 Ha dedotto quindi la violazione sia del divieto di "avvalimento a cascata", sia dell'art. 104 del D.lgs. n. 36/2023 (di seguito anche Codice dei contratti pubblici o CCP), per difetto dei presupposti ivi previsti, sia del § 7, lett. i) del

disciplinare di gara, secondo cui "Il concorrente può avvalersi di un ausiliario per comprovare il possesso del requisito di cui al punto ¼ 6.3 solo se l'ausiliario esegue direttamente la prestazione per cui tale requisito è richiesto. In tal caso, l'ausiliario agisce in qualità di subappaltatore".

2.1.2 Con il secondo motivo rubricato "II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 110 d.lvo n. 36/2023. eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione e per carenza dei presupposti" ha lamentato la mancata rilevazione dell'incongruità dell'offerta vincitrice nonostante il sensibile ribasso (23,08%) proposto, contestando la genericità della motivazione con cui era stata esclusa la necessità di verifica e, a monte, la mancata individuazione degli "elementi specifici" di anomalia da parte della lex specialis con illegittima dilatazione del margine di discrezionalità della Stazione Appaltante nonostante la necessità di darsi un autovincolo imposta dal citato art. 110.

2.2 Il Ministero della difesa ha resistito affermando in limine che in questo caso non poteva ritenersi che la ausiliaria (...) Holding "avesse preso a prestito" dalle controllate i requisiti che non possedeva in proprio, perché essendo indiscutibilmente al vertice del gruppo aveva a diretta ed immediata disposizione tutte le risorse e i requisiti delle società appartenenti al gruppo medesimo. Ha negato perciò la stessa configurabilità di un avvalimento a cascata, mancando un ulteriore livello interposto nel rapporto tra concorrente e titolare del requisito.

Ha negato poi che, nel caso di specie, l'offerta dell'aggiudicataria presentasse indici di anomalia tali da far ritenere opportuna alla stazione appaltante l'apertura del relativo sub-procedimento.

2.3 La (...) si è così difesa nell'intero arco del giudizio.

2.3.1 Premesso di operare come contractor per la commercializzazione in esclusiva sul mercato italiano dei mezzi prodotti dagli stabilimenti del gruppo (...) facenti capo a diverse società site in Germania, Svizzera, Olanda, Polonia, Finlandia, tutte controllate al 100% dalla (...) Holding, a fronte delle censure articolate dalla

ricorrente nel motivo I), la controinteressata ha invocato un'interpretazione "sostanzialista" dell'avvalimento direttamente ancorata all'art. 63 della direttiva 2014/24/UE e alla correlata giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare Holst Italia) da cui non derivava "il principio ¼ per il quale l'ausiliaria deve possedere (giuridicamente) in proprio i mezzi che dichiara di mettere a disposizione del concorrente, ma quello, molto più elastico ed aperto, per il quale è possibile dimostrare con ogni mezzo l'effettiva disponibilità di quei mezzi, senza che sia possibile limitare tali mezzi di prova alla dichiarazione del titolare dei mezzi che correttamente la direttiva configura come un'indicazione meramente esemplificativa".

Ha sostenuto perciò che l'impegno scritto dell'ausiliaria Holding fosse solo uno dei mezzi di prova ammessi per dimostrare la messa a disposizione delle risorse, essendo possibile usare all'uopo qualsiasi strumento idoneo.

2.3.1.1 Pertanto la (...) Holding ben poteva prestare i requisiti e le risorse delle proprie controllate in ausilio di un'altra controllata dimostrandone la disponibilità non solo attraverso contratti ma anche con altri mezzi di prova, da ritenersi integrati nel caso di specie dal Regolamento aziendale di Gruppo (Chart of Competencies) laddove attribuisce al CEO della Holding il potere decisionale unilaterale di approvare le offerte vincolanti per le gare di valore superiore a 250.000 euro, fissando i prezzi di trasferimento interni, le garanzie, i tempi di consegna e le penali (come attestato dal documento Tender Calculation Request.

In altre parole, in forza di questa regolamentazione e del potere decisionale accentrato che ne derivava, la Holding aveva la piena disponibilità giuridica dell'attività delle controllate, con conseguente immedesimazione organica e riferibilità diretta alla Holding di tutte le forniture di macchinari effettuate dalle società del Gruppo.

2.3.2 Ha aggiunto poi, la controinteressata, che la sua partecipazione all'appalto come rivenditore-concessionaria autorizzata dalla Casa Madre e con impegno di

quest'ultima ad onorare sotto la propria responsabilità l'eventuale contratto - secondo espressa previsione del § 6.3-rendeva a ben vedere persino superfluo l'avvalimento, potendo contare direttamente su qualificazione e risorse della holding.

2.3.3 Quanto infine alla violazione del § 7, lett. i) del Disciplinare (supra 2.1.1), la relativa prescrizione che imponeva l'esecuzione diretta da parte dell'ausiliario anche per la messa a disposizione di un ordinario requisito di capacità tecnica (forniture analoghe) non essendo collegata a titoli professionali o autorizzazioni soggettive andava ritenuta contraria all'art. 104, comma 3, del D.lgs. 36/2023. Ne conseguiva la necessità di un'interpretazione restrittiva e antiletterale ovvero la sua diretta dichiarazione di nullità.

2.3.4 La controinteressata ha pure invocato, da ultimo, la tutela del proprio affidamento in quanto lo schema adottato per il contratto di avvalimento vantava un pregresso positivo riscontro nel 2017 in una sentenza di questo TAR, sulla cui base era stata impostata la partecipazione "a numerose gare" con richiesta perciò, in caso di accoglimento dei motivi di ricorso, di non statuire l'annullamento dell'aggiudicazione ma di "ordinare all'Amministrazione di assegnarle un termine per integrare il contratto di avvalimento".

2.4 Trascorrendo all'esame dei motivi il Collegio osserva che il punto 7 del Disciplinare di gara disponeva che "il concorrente può avvalersi di dotazioni tecniche, risorse umane e strumentali messe a disposizione da uno o più operatori economici ausiliari per dimostrare il possesso dei requisiti di ordine speciale di cui al punto 6", tra i quali quelli di cui al punto 6.3 "Requisiti di capacità tecnica e professionale" concernenti l'esecuzione, negli ultimi dieci anni, di contratti per forniture analoghe per un importo minimo di € 12.000.000.

Lo stesso punto 7 del Disciplinare stabiliva poi che "Il concorrente può avvalersi di un ausiliario per comprovare il possesso del requisito di cui al punto 6.2 e 6.3 solo se l'ausiliario esegue direttamente la prestazione per cui tale requisito è

richiesto. In tal caso, l'ausiliario agisce in qualità di subappaltatore"

2.5 La (...), non essendo integralmente in possesso del predetto requisito, sceglieva di avvalersi della controllante (...) Holding sulla base di apposito contratto versato agli atti di gara, di avvalimento ex art. 104 del D. LGS. 36/2023.

2.5.1 È pacifico poi che detta Holding non possedesse in proprio il requisito di cui al punto 6.3 del disciplinare attingendolo, a sua volta, dal fatturato analogo pregresso che faceva capo, per sommatoria, ad altre tre sue controllate (al 100%) estere: (...) S.A., (...) ed (...), nessuna delle quali, però, sottoscriveva il contratto di avvalimento.

2.5.2 Si leggeva, tra l'altro, nel predetto contratto all'art. 3 :"*Ai sensi dell'art. 104 del D.lgs. 36/2023 i requisiti tecnico-professionali prestati, per tutta la durata dell'appalto, in modo determinato e specifico da parte di (...) Holding AG e relativi al gruppo nel suo complesso sono: Requisiti di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 6.3 del Disciplinare di gara: Requisiti posseduti da (...) S.A… € 2.336.154… Requisiti posseduti da (...) …€ 7.640.904 … Requisiti posseduti da (...)…€ 722.743,74; e poi all'art. 4: "Ai sensi dell'art. 104 del DLgs 36/2023, le risorse e i mezzi tecnici prestati, in modo determinato e specifico da parte di (...) Holding AG e relativi al gruppo nel suo complesso sono: n. 5 Stabilimenti Produttivi c/o le seguenti filiali: • (...) (Albtalstrasse, 36 – 79837 St. Blasien, Germania) • (...) (Handelsweg, 6-8, 7451 Holten, Olanda) • (...)(ul. Skrajna, 80A, 25650 Kielce, Polonia) • (Buchmattstrasse, 56, 3401 Burgdorf, Svizzera) • (…) (Valmetintie, 11 – 40420 Jyväskylä, Finlandia) Tutti i siti produttivi sono dotati di linea di produzione -banchi – chiavi dinamometriche -pressa oleodinamica – piegatrice elettrica -computer per diagnosi – elettrauto*".

2.6 Come visto la ricorrente nel primo motivo (v.si 2.1.1) ha contestato l'ammissibilità del siffatto avvalimento che (...) ha invece giustificato (v.si 2.3.1-2.3.3) sostenendo che il controllo totalitario sulle società citate nel contratto da parte di (...) Holding AG consentisse a quest'ultima di impegnarne efficacemente risorse e responsabilità di fronte alla SA, da qui la sufficienza della sola sottoscrizione della holding quale sua ausiliaria.

2.7 Il motivo I) merita accoglimento nei termini seguenti.

2.7.1 Non risulta ammissibile alla stregua del quadro normativo, neanche alla luce degli argomenti da ultimo profusi dall'aggiudicataria, la pretesa di avvalersi di requisiti e risorse di soggetti non direttamente firmatari del contratto di avvalimento attraverso il consenso prestato, in loro luogo ma senza procura o equivalenti, da un altro soggetto, ove pure questo abbia il controllo totalitario delle loro quote.

L'art. 104, comma 1, del D.Lgs 36/2023 definisce l'avvalimento come il contratto - normalmente oneroso- "con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto" da stipularsi "in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione".

Il comma 2 chiarisce che detta acquisizione di dotazioni e risorse può essere funzionale anche ad acquisire un requisito di qualificazione per la gara.

Il comma 4 aggiunge poi che "L'impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante: …c) di impegnarsi verso l'operatore economico e verso la stessa stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse oggetto del contratto di avvalimento."

Mentre il comma 7 specifica che "L'operatore economico e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico dell'operatore economico si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara."

Su tali basi normative reputa il Collegio anzitutto che l'avvalimento, in quanto delineato quale contratto tipico, oneroso e formale, che realizza il "prestito" dei requisiti e delle risorse da parte di un operatore economico che ne abbia l'effettiva disponibilità a quello che ne necessita ai fini della partecipazione ad una gara di

appalto, non ammetta succedanei "atipici" od "impliciti" per realizzare le stesse finalità giuridiche, dovendo quindi esplicitamente emergere dal contratto profili, obblighi ed assunzioni di responsabilità dei soggetti coinvolti nell'operazione economica.

Reputa poi il Collegio che l'impegno dell'ausiliario che metta a disposizione requisiti e risorse non possa risolversi in una promessa di fatto del terzo e debba invece tradursi in un'acquisizione di disponibilità giuridica effettiva e verificabile da parte della SA.

Perciò, qualora l'ausiliario faccia a sua volta affidamento in tutto o in parte su risorse di uno o più soggetti terzi, occorre un impegno legalmente vincolante -in sostanza un ulteriore contratto di avvalimento-di costoro verso l'ausiliario, verso il concorrente ausiliato e verso la SA, con la loro sottoposizione alle responsabilità e ai controlli previsti dal citato comma 7 dell'art. 104.

Rispetto a tali coordinate è evidente la devianza del caso di specie dove la sola holding, di per sé pacificamente priva di ogni requisito e risorsa di cui è prevista la messa a disposizione, ha assunto quale ausiliaria tutti gli obblighi del contratto di avvalimento, promettendone l'adempimento da parte di società sue controllate, rimaste però giuridicamente estranee alla stipula.

Non può condividersi l'argomento di (...) per cui il controllo totalitario sulle società citate nel contratto da parte di (...) Holding AG consentirebbe a quest'ultima di impegnarne efficacemente risorse e responsabilità di fronte alla SA ed all'ausiliata. Permane insormontabile l'ostacolo dell'alterità soggettiva e dell'autonomia patrimoniale tra la capogruppo e le società estere controllate, le quali ultime, pro quota, possiedono integralmente i requisiti di fatturato e le risorse produttive che la loro holding -unica firmataria del contratto di avvalimento-ha promesso di mettere a disposizione, senza averne giuridica titolarità.

Il contratto di avvalimento, in altre parole, si è configurato come promessa del fatto del terzo da parte della holding verso la SA e l'ausiliata e come res inter alios

acta dal punto di vista delle controllate, con mancanza di strumenti legali in capo alla SA per far valere direttamente la loro responsabilità solidale e la loro soggezione ai poteri di controllo in sede di gara e nel corso dell'eventuale esecuzione ai sensi del comma 9 del citato art. 104.

Lo schema realizzatosi nell'appalto de quo appare perciò inadatto a soddisfare l'obiettivo della normativa che è chiaramente quello di dare concretezza all'avvalimento -prevenendo lo storicamente paventato rischio di "scatole vuote" e rapporti meramente cartolari-collegandolo contrattualmente ai soggetti effettivamente titolari delle risorse da impiegare nonché di responsabilizzare giuridicamente e direttamente questi ultimi verso la Stazione Appaltante come effettivi ausiliari coinvolti, consentendo le verifiche sul possesso da parte loro di tutti i requisiti di moralità necessari.

2.7.1.1 Non convincono gli argomenti in senso contrario declinati via via nelle sue difese dall'aggiudicataria.

Si è innanzitutto richiamato l'art. 63 della Direttiva 2014/24 (v.si 2.3.1) laddove afferma che "Se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine" per inferire che il coinvolgimento delle consociate nell'avvalimento de quo poteva risultare anche in forme diverse (quali l'appartenenza allo stesso gruppo abbinato ad uno stringente ruolo di coordinamento della holding) dalla presentazione di un loro impegno scritto, come richiesto invece indefettibilmente dalla norma di recepimento nazionale (art. 104 del ccp).

Siffatta esegesi dell'art. 63 della Direttiva -che imporrebbe un conseguenziale stigma di illegittimità unionale dell'art. 104 del CCP-non può essere condivisa.

Pur a voler prescindere dal dato formale del citato art. 63, che fa riferimento alla prova della disponibilità di mezzi di terzi da darsi da parte dell'operatore

economico che partecipi come concorrente e non come ausiliario, e allargando anche a quest'ultimo la portata dell'art. 63, emerge che la scelta operata con l'art. 104 CCP di richiedere l'impegno scritto del soggetto terzo sulle cui capacità si faccia affidamento per disporre dei mezzi necessari all'appalto, è rispettosa della norma UE.

Invero l'art. 63 della Direttiva tipicamente affida alla regolazione esecutiva nazionale la scelta dei mezzi con cui dimostrare l'acquisita disponibilità di un terzo ad integrare o aumentare le capacità dell'operatore economico concorrente, affermando pure già l'idoneità a tal fine dell'impegno scritto.

Arduo sarebbe allora "accusare" l'art. 104 di contrasto con il quadro unionale, per aver scelto proprio quel mezzo indicato dalla Direttiva come esemplarmente idoneo a garantirne gli effetti.

Ne consegue l'insostenibilità della pretesa di poter dimostrare, in contrasto con la disciplina nazionale, l'acquisizione di requisiti e risorse appartenenti a terzi con un mezzo diverso dall'impegno scritto di tali soggetti terzi, invocando una presunta "libertà di prova" su "base europea".

L'esegesi prospettata dalla controinteressata risulta poi anche monca dell'analisi del prosieguo del citato art. 63 della Direttiva laddove stabilisce che «Se un operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, l'amministrazione aggiudicatrice può esigere che l'operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto».

Con disposizione in tutto conforme al quadro unionale il comma 7 dell'art. 104 CCP prevede proprio la responsabilizzazione in solido dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto, oltre alla soggezione diretta ai controlli previsti dalla normativa antimafia.

Tale responsabilizzazione manca però del tutto nello schema di avvalimento

adottato dalla ricorrente, che coinvolge a garanzia della corretta esecuzione la sola holding e non anche, con la loro sottoscrizione, quelle società controllate (poste pure in diversi stati esteri e regolate dalle relative legislazioni) che sono le effettive titolari delle capacità necessarie al concorrente per integrare il possesso dei requisiti e delle risorse necessarie.

La già richiamata alterità soggettiva e l'autonomia patrimoniale tra la Holding e le sue consociate estere, impediscono di poter considerare sufficiente il consenso della prima per impegnare la responsabilità delle seconde e creare il titolo giuridico per poterle poi assoggettare alle verifiche della SA ed al suo potere di controllo nel corso dell'esecuzione.

Basti considerare che, sempre nello schema adottato nel caso di specie, in mancanza di un diretto impegno vincolante verso la SA delle controllate, sarebbe sufficiente la successiva cessione ad altri della quota di controllo di una o di tutte loro durante l'esecuzione, per recidere ogni pur lato legame, anche *de facto*, con l'appalto e la SA, con conseguente perdita dei requisiti da parte dell'aggiudicataria e residuando solo un vago possibile obbligo risarcitorio, se non addirittura meramente indennitario ex art.1381 c.c., in capo alla Holding.

Anche per tali ragioni non basta, per superare detta alterità tra holding e controllate e dimostrare l'unitarietà anche giuridica del gruppo (...), la "Chart of Competencies" (v.si 2.3.1.1) che attribuisce al CEO della Holding il potere unilaterale di approvare le offerte vincolanti fatte nelle gare dalle controllate e la ripartizione dei compiti esecutivi infragruppo secondo il Tender Calculation Request.

Aldilà delle contestazioni di (...) su mancanza di data certa e di sottoscrizione idonea, si tratta di meri documenti organizzativi interni -tra l'altro, in quanto tali, superabili in ogni momento nel corso dell'appalto con altre delibere degli organi decisionali-incapaci di creare un'unità giuridica tra soggetti distinti con efficacia legale plurinazionale, senza contare che, a voler portare alle estreme conseguenze

la tesi della controinteressata sull'effetto "esterno" della "Chart of Competencies", non sarebbe stata allora sufficiente la sua sottoscrizione in calce per dare validità all'offerta poi aggiudicata, essendo necessaria anche quella del CEO della Holding.
Si rivela quindi fallace l'idea dell'aggiudicataria di sostituire alla via maestra di un contratto di avvalimento diretto con le controllate in possesso effettivo di risorse e requisiti necessari, quella di un contratto con la sola loro Holding, senza però che quest'ultima almeno stipulasse a sua volta formali contratti di sub-avvalimento con dette controllate (dando luogo così ad un avvalimento "a cascata" che, nei fatti, non si è pertanto verificato, rendendo così priva di concretezza e attualità la relativa questione posta da (...) nell'ambito del motivo I (v.si 2.1.1.1).
Fonte di equivoco può essere stata la passata vigenza, all'epoca del D.Lgs. n. 163 del 2006, di un regime di facilitazione nella dimostrazione dell'avvalimento per le holding capogruppo che fossero concorrenti, regime poi superato già con il successivo codice degli appalti (né tantomeno riprodotto nel vigente D. Lgs. n. 36 del 2023). Ha affermato in merito T.A.R. Lazio Roma, Sez. II quater, Sent., 5/1/2021, n. 155 che merita seguito "*quel recente e condiviso orientamento giurisprudenziale, anche di questo Tribunale, formatosi a seguito dell'entrata in vigore del cd. Codici appalti, secondo cui giacché l'*art. 89 D.Lgs. n. 50 del 2016 *non riproduce più, per il c.d. avvalimento infragruppo, le facilitazioni probatorie previste nell'art. 49, comma 2, lettera g), dell'abrogato D.Lgs. n. 163 del 2006 (per cui, in luogo del contratto di avvalimento, vi era la possibilità di presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo), anche in caso di appartenenza ad un medesimo gruppo societario, la concorrente, pena l'esclusione dalla gara, è, comunque, tenuta a produrre un contratto di avvalimento nel quale devono essere cristallizzati gli impegni assunti nei suoi confronti dall'ausiliaria cd. Infragruppo (cfr T.A.R. Roma, Lazio, sez. II, 15/02/2021, n. 1841; Consiglio di Stato sez. VI, 13/02/2018, n. 907; TAR Lazio, Roma, III, 9.5.2017, n. 5545)* ".
Allo stato, perciò, la rilevanza di un rapporto di controllo infragruppo tra ausiliari e

concorrenti, in caso di avvalimento, resta limitata alla creazione di una presunzione di utilità economica del contratto anche a fronte della mancata previsione di un corrispettivo, soddisfacendo così il carattere di normale onerosità dell'avvalimento.
In definitiva lo schema adottato da (...) per dimostrare -in nome della "libertà di prova"- la disponibilità delle risorse delle controllate estere basato su un impegno unilaterale della holding e sul suo stringente potere organizzativo interno sulle società del gruppo (v.si supra 2.3.1.1) non risulta idoneo a garantire alla SA né il potere di controllo e verifica su dette controllate estere, né la loro corresponsabilità solidale, rimanendo quindi validamente responsabilizzate non le imprese in possesso effettivo dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento, ma la sola holding che senza dubbio ne è priva, portando al paradosso in cui parte rilevante delle prestazioni dell'appalto verrebbero eseguite da soggetti non direttamente responsabili verso l'Amministrazione e di cui non sarebbe stato dichiarato nè verificato il possesso dei requisiti, neanche generali e di moralità, di partecipazione.
2.7.2 Non maggiore pregio hanno le obiezioni formulate dalla (...) (supra 2.3.2) riguardo alla configurabilità della sua partecipazione alla gara, da intendersi di mera fornitura, come rivenditore-concessionario autorizzata dalla Casa Madre-holding e l'assunzione da parte di quest'ultima della responsabilità contrattuale, con conseguente superfluità dell'avvalimento essendo direttamente in campo qualificazione e risorse della Holding.
A parte la contraddizione con l'espressa adozione in gara dell'avvalimento della Holding e della sua configurazione come ausiliaria da parte della ricorrente nonché la non riconducibilità dell'appalto a mera fornitura in presenza di rilevanti servizi aggiuntivi (manutenzione, assistenza, formazione, verifica di conformità), è evidente che la Holding rimaneva comunque priva dei requisiti di capacità tecnica e delle risorse posseduti invece delle controllate, con necessità di coinvolgerle lo stesso attraverso separati contratti di avvalimento.
2.7.3 Per tutto quanto detto la controinteressata avrebbe già dovuto essere esclusa

dalla gara. Nondimeno la sua offerta risulta anche in aperto contrasto con la prescrizione del § 7, lett. i) del Disciplinare secondo cui "Il concorrente può avvalersi di un ausiliario per comprovare il possesso del requisito di cui al punto … 6.3 solo se l'ausiliario esegue direttamente la prestazione per cui tale requisito è richiesto. In tal caso, l'ausiliario agisce in qualità di subappaltatore".

La controinteressata si è difesa (supra 2.3.3) senza negare che l'Ausiliaria holding non si fosse resa disponibile ad eseguire la prestazione (né avrebbe potuto del resto, non avendo direttamente risorse e requisiti), ma invocando una "diversa" e antiletterale interpretazione del citato § 7, lett. i) del Disciplinare e comunque la sua nullità per contrasto con l'art. 104, comma 3, del D.lgs. 36/2023 che limita la possibilità di imporre che l'ausiliario si faccia diretto subappaltatore al caso in cui sia "in possesso di autorizzazione o altro titolo abilitativo richiesto per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 100, comma 3, o… di titoli di studio o professionali necessari all'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto", casi che non ricorrevano pacificamente nella vicenda de qua.

Gli argomenti non convincono.

Troppo chiara è la disposizione del § 7, lett. i) del Disciplinare per pensare di poterla interpretare nella chiave antiletterale proposta dalla controinteressata, dandole un significato diverso da quello di obbligare l'ausiliario a farsi subappaltatore.

Non priva di ragioni apparirebbe, invece, in astratto, la questione dell'annullabilità della citata disposizione del Disciplinare per contrarietà con l'art. 104, comma 3, CCP, senonchè la mancata tempestiva impugnazione, neanche in via incidentale, della lex di gara sul punto ne preclude l'esame.

Né può invocarsi la nullità della citata disposizione, dal momento che l'innovativo art. 10 del CCP stabilisce al comma 2 che «Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non

apposte» limitando così il perimetro delle nullità alla sola introduzione di cause di esclusione atipiche riguardanti i requisiti soggettivi di ordine generale (c.d. di moralità e affidabilità professionale) regolati dagli artt. 94 e 95 e non anche i requisiti speciali di capacità economica-finanziaria di cui qui si discute.

2.7.4 Ciò posto, esaminando poi -per mero ossequio ai noti canoni di cui ad AP CdS n. 5/2015-il secondo motivo articolato dal ricorrente (v.si sub 2.1.2), se ne rileva invece l'infondatezza.

Ha lamentato (...) che la SA avrebbe omesso di indicare nella lex specialis di gara, "elementi specifici" sui quali si sarebbe dovuta fondare la scelta di procedere o meno all'avvio nei confronti dell'aggiudicatario della verifica dell'anomalia ai sensi dell'art. 110, comma 1, del Codice dei contratti.

Ritiene il Collegio che detta omissione nel bando di gara non possa determinare l'automatica illegittimità dell'aggiudicazione per impossibilità di verificare la congruità dell'offerta, come preteso in sostanza dalla ricorrente, dal momento che "Nel vigore del D.Lgs. n. 36 del 2023, la verifica di anomalia non è più rigidamente ancorata a soglie o parametri matematici predeterminati, ma costituisce espressione di discrezionalità tecnica della stazione appaltante, che può attivarla ogniqualvolta l'offerta "appaia anormalmente bassa" sulla base di elementi specifici" (così, da ultimo, CdS n. 2368/2026).

Anche in mancanza di indici predeterminati dal bando, perciò, è sempre possibile all'Amministrazione promuovere una verifica di congruità dell'offerta tutte le volte che, nell'ampia sfera di discrezionalità che le compete, rilevi un sintomo oggettivamente rilevante di anomalia.

Nel caso di specie, però, detto sintomo non può rivenirsi tout court, come prospetta (...), nel divario del 21% tra il ribasso proposto dall'aggiudicataria e quello della ricorrente, in mancanza della prospettazione di elementi che facciano ritenere l'offerta vincitrice manifestamente insostenibile sul piano economico sì da poter considerare palesemente violato dall'Amministrazione l'ampio margine di

discrezionalità concesso.

2.7.5 Da ultimo va dato conto che la controinteressata (v.si supra 2.3.4) ha chiesto, anche a tutela dell'affidamento maturato sulla base di una precedente favorevole sentenza inter partes del 2017, che, in caso di accoglimento dei motivi prospettati dalla ricorrente, fossero consentite le necessarie modifiche del contratto di avvalimento senza pervenire all'annullamento dell'aggiudicazione.

Tale richiesta non può avere seguito.

L'esistenza di un precedente favorevole non può dar luogo ad un affidamento capace di ipotecare le valutazioni di un'altra gara svolta a quasi dieci anni di distanza, viste pure le pronunce di segno diverso nel frattempo intervenute sul tema a fronte dell'evoluzione normativa registratasi (v.si le già citate T.A.R. Lazio Roma, Sez. II quater, Sent., 5/1/2021, n. 155; T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 15/02/2021, n. 1841; Consiglio di Stato sez. VI, 13/02/2018, n. 907; TAR Lazio, Roma, III, 9.5.2017, n. 5545).

È del resto evidente come una sentenza resa nel 2017 non potesse che fare riferimento ad un quadro legislativo ben diverso dall'attuale, nel quale l'avvalimento ha registrato con l'art. 104 dell'ora vigente D. Lgs. n. 36/2023 ulteriori significative evoluzioni rispetto al previgente regime. Impercorribile è poi la via di riaprire la gara, attraverso una sorta di soccorso istruttorio postumo, ad un'offerta inammissibile per difetto di un requisito essenziale di partecipazione, dando modo di rimodulare un contratto di avvalimento inadeguato allo scopo attraverso l'ingresso di altri soggetti ausiliari, il che palesemente esulerebbe dalle finalità di regolarizzazione tipiche del soccorso istruttorio tracimando piuttosto in una modificazione dell'offerta.

3 Conclusivamente il ricorso merita accoglimento nel suo primo motivo e nella sua domanda di annullamento dell'aggiudicazione.

Non risultando in atti che sia avvenuta la stipula del contratto -che dovrebbe, anzi, fisiologicamente essere stata inibita dal provvedimento cautelare-non v'è luogo a

pronuncia sulla domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto e di subentro.
Nel rispetto dell'art. 34, comma 2, CPA competeranno all'Amministrazione le determinazioni conseguenti all'annullamento dell'aggiudicazione.
3.1 Le spese legali, comprensive anche della fase oggetto della precedente sentenza non definitiva n.12709/2026, ricadono sulle parti soccombenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:
lo accoglie per quanto attiene alla domanda di annullamento e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione e gli atti connessi nei limiti d'utilità del ricorrente, fatte salve le successive e conseguenti determinazioni dell'Amministrazione;
dichiara il non luogo a provvedere sulla domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto e di subentro;
condanna l'Amministrazione della difesa e la (...) srl in via solidale al pagamento ad (...) srl delle spese di lite che si quantificano complessivamente in euro 5000 (cinquemila/00) oltre rimborso forfetario per spese generali nella misura del quindici per cento, CNPA e IVA (se dovuta) sul coacervo e rimborso del contributo unificato come per legge.
Ogni altra domanda o istanza è respinta.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2026 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente

Chiara Cavallari, Primo Referendario

Domenico De Martino, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

Domenico De Martino **Giovanni Iannini**

IL SEGRETARIO