

Pubblicato il 04/11/2024

N. 19271/2024 REG.PROV.COLL.
N. 04298/2024 REG.RIC.



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 per il Lazio

(Sezione Quarta Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4298 del 2024, integrato da motivi aggiunti, in relazione alla procedura CIG 9741821501, proposto dalla LB Facility S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Brugnoletti e Francesca Sciuto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Antornio Bertoloni 26/B;

contro

Trenitalia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaella Zagaria, Alessandro Botto, Giacomo Testa e Marco Lucchetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via di San Nicola da Tolentino, n. 67;

nei confronti

di Guerrato S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Sonia Macchia, Stefano Vinti e

Roberto Milia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
di Fenix Consorzio Stabile Società Consortile A R.L., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- della delibera n. 74 del 13 marzo 2024, comunicata il 14 marzo 2024, con la quale Trenitalia S.p.A. ha aggiudicato alla Guerrato S.p.A. il lotto 3 dell'accordo quadro per la gestione integrata dei fabbricati industriali e annessi locali di servizio e di uso comune e degli impianti tecnologici della DBR di Trenitalia e di Trenitalia TPER;
- dei verbali della commissione giudicatrice delle offerte tecniche, nella parte in cui quest'ultima ha illegittimamente decurtato il punteggio assegnato all'offerta della ricorrente con riferimento ai sub criteri 3.4. e 3.5.;
- ove occorra, in parte qua, dei par. V.1 e VII.1 del disciplinare ove interpretati nel senso di ammettere alla valutazione del sub criterio 3.4. le sole certificazioni SA 8000 rilasciate da enti di certificazione europei e/o accreditati da organismi di accreditamento europei o firmatari di accordi di mutuo riconoscimento, con esclusione delle certificazioni equivalenti rilasciate da enti extra-europei;
- ove occorra, dei par. V.1 e VII.1 del disciplinare nella parte in cui, con riferimento all'attribuzione del sub punteggio 3.5. associato al possesso del *rating* di legalità, non ha previsto misure compensative per evitare di penalizzare le imprese carenti del fatturato minimo necessario per accedere alla richiesta in quanto di piccole dimensioni e di recente costituzione;
- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso; nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente ad accedere, *ex art. 22 e ss. della legge n. 241/90* e art. 53 del d.lgs. 50/2016, alla documentazione non rilasciata dalla

Stazione appaltante, con conseguente ordine alla stessa di esibirla e consegnarla all'esponente ex 116 c.p.a.;

e per la dichiarazione di inefficacia e/o nullità del contratto, ove medio tempore stipulato, e per il risarcimento del danno mediante subentro o, in subordine, per equivalente monetario;

quanto al ricorso incidentale presentato dalla Guerrato S.p.A. il 6 maggio 2024:

- per la mancata esclusione della ricorrente per carenza dei requisiti di partecipazione richiesti dalla *lex* di gara, con riferimento al Lotto n. 3;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati dalla Lb Facility S.r.l. il 19 luglio 2024:

per l'annullamento

- della nota del 19 giugno 2024, con la quale il RUP ha chiesto alla commissione di gara di riaprire i lavori al fine di procedere alla valutazione della documentazione contenuta nella "Busta Amministrativa" presentata da LB Facility per il Lotto 3;

- del verbale delle sedute riservate del 20, 21 giugno e 3 luglio 2024 durante le quali la commissione di gara ha ritenuto i contratti di avvalimento conclusi dalla ricorrente inidonei al trasferimento del requisito di partecipazione relativo all'attestazione SOA per la categoria OG1, per l'effetto proponendo al RUP l'esclusione della ricorrente dal lotto 3;

- della delibera n. 186 del 5 luglio 2024 con cui il RUP ha disposto l'esclusione della ricorrente dal lotto 3 "in ragione del mancato possesso del requisito di partecipazione di cui al paragrafo III.1.3., lettera c) del bando di gara" e della successiva comunicazione alla ricorrente;

- ove occorra, del verbale delle sedute riservate del 20, 21 giugno e 3 luglio 2024 nella parte in cui la commissione di gara ha rilevato la mancanza nella busta amministrativa della dichiarazione della ricorrente di intrattenimento dei rapporti con unica banca, nonché l'errata indicazione in lettere dell'importo della cauzione provvisoria;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso;
nonché per la dichiarazione di inefficacia e/o nullità del contratto, ove
medio tempore stipulato;

e per il risarcimento del danno mediante subentro o, in subordine, per
equivalente monetario;

quanto ai motivi aggiunti presentati dalla Guerrato S.p.a. il 2 agosto 2024:
per l'annullamento

- delle previsioni contenute nel disciplinare agli artt. VII.1 e X, laddove
interpretate nel senso di impedire l'apertura della busta amministrativa
della ricorrente principale;

- della valutazione dell'offerta della ricorrente principale, nella parte in cui
non si è tenuto conto che l'avvalimento fornitole dalla Lupo Costruzione è
di natura meramente premiale e, comunque, inidoneo a trasferire la
certificazione SA 8000.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Trenitalia S.p.A. e della Guerrato
S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2024 il dott. Valentino
Battiloro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I. Con bando pubblicato il 21 aprile 2023, Trenitalia S.p.A. (in prosieguo,
“Trenitalia”) ha indetto, ai sensi del d.lgs. n. 50/2016, la “gara a procedura
aperta per l'affidamento delle attività di gestione integrata dei fabbricati
industriali e annessi locali di servizio e di uso comune e degli impianti
tecnologici della DBR di Trenitalia e di Trenitalia TPER”, suddivisa in 6
lotti territoriali.

I.1. La controversia in esame riguarda, in particolare, il Lotto 3: Centro-Nord (CIG: 9741821501), da aggiudicare sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo, con una ponderazione di 70 per l'offerta tecnica e di 30 punti per l'offerta economica; la gara prevedeva altresì l'inversione procedimentale ex art. 133, comma 8, d. lgs. 50/2016.

I.2. Il disciplinare contemplava l'attribuzione di un punteggio pari a 2 punti per il possesso di n. 5 diverse certificazioni di qualità (per un massimo complessivo di 10 punti), tra cui, per quanto di interesse:

- la certificazione di responsabilità sociale ed etica SA 8000 edizione 2014, emessa da enti di certificazione accreditati in conformità alle norme UNI CEI EN ISO/IEC 17021 (*sub* criterio 3.4 del disciplinare);
- il c.d. *rating* di legalità, previsto dall'art. 5-ter, d.l. n. 1/2012, di livello pari ad almeno una "stelletta" (*sub* criterio 3.5 del disciplinare).

I.3. All'interno della propria offerta tecnica, LB Facility S.r.l. (in prosieguo "LB Facility") produceva una certificazione SA 8000 rilasciata dall'ente statunitense *American Quality Standards Registrars - AQSR* in favore di Lupò Costruzioni S.r.l. (in prosieguo, "Lupò Costruzioni"), società ausiliaria della ricorrente.

I.4. Nell'ambito delle valutazioni delle offerte tecniche del Lotto 3, la commissione giudicatrice rilevava che la certificazione SA 8000 prodotta dalla ricorrente risultava emessa da un ente di certificazione americano e, conseguentemente, chiedeva appositi chiarimenti a LB Facility, al fine di poter verificare che la certificazione *de qua* fosse "*stata emessa da un ente di certificazione accreditato in conformità alle norme UNI CEI EN ISO/IEC 17021, come richiesto al par.VII.1 Valutazione dell'offerta – pag. 44 del Disciplinare di Gara*".

I.5. In riscontro a tale richiesta di chiarimenti LB Facility dichiarava: "*l'Ente Certificatore AQSR – American Quality Standards Registrars [...] è*

in linea con i requisiti della Norma ISO/IEC 17021, così come può evincersi dalla consultazione del loro sito internet [...]”.

I.6. La commissione di gara, quindi, in relazione al criterio in esame circa il possesso della Certificazione SA 8000, attribuiva zero punti a LB Facility, annotando nella griglia di valutazione che *“L’impresa dichiara che l’ente certificatore che rilascia la SA 8000 alla LUPO COSTRUZIONI non risulta accreditata in conformità alla norma UNI CEI 17021”*

I.7. Con Delibera n. 74 del 13 marzo 2024, previa esclusione del Consorzio Fenix primo in graduatoria per irregolarità della propria garanzia provvisoria, la Stazione Appaltante aggiudicava il Lotto 3 alla società Guerrato S.p.a. (in prosieguo “Guerrato”), dandone comunicazione ai partecipanti il successivo 14 marzo 2024.

II. Con ricorso tempestivamente notificato e depositato LB Facility, seconda in graduatoria, ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione adottato in favore della Guerrato, chiedendone l'annullamento sulla base dei seguenti motivi di censura:

II.1. *“Violazione dell’art. 133 e 87 del d.lgs. 50/2016. Violazione art. 62, par. 1 della Direttiva 2014/25/UE. Violazione art. 49 e 114 del d.lgs. 50/2016. Violazione dell’Accordo sugli appalti pubblici (AAP). Violazione art. 95, comma 6 del d.gs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione del par. V.1 e VII.1 del disciplinare. Violazione del principio di par condicio. Eccesso di potere per carenza di istruttoria. Violazione del principio di massima partecipazione alla gara”*.

In via principale, LB Facility censura l’operato della Stazione Appaltante per non aver considerato “equivalente” la certificazione SA 8000 della Lupò Costruzioni - rilasciata dall’ente certificatore americano AQSR - alle certificazioni SA 8000 “emesse da enti di certificazione accreditati in conformità alle norme UNI CEI EN ISO/IEC 17021”, come richiesto dal disciplinare di Gara;

II.2. “*Violazione art. 133 e 95, comma 13 del d.lgs. 50/2016. Violazione delle Linee Guida ANAC n. 2 “Offerta economicamente più vantaggiosa”. Violazione dell’art. 5-ter del D.L. n. 1/2012 convertito con L. n. 27/2012. Violazione del principio di parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità*”.

Con tale doglianza, proposta in via subordinata, la ricorrente censura la *lex specialis* nella parte in cui, nell’attribuire 2 punti all’offerta tecnica dei concorrenti in possesso del *rating* di legalità di livello pari ad almeno una “stelletta”, non prevedeva alcuna misura “compensativa” per i concorrenti sprovvisti di tale certificazione;

II.3. “*Violazione e falsa applicazione dell’art. 95, comma 10, art. 97, comma 5, lett. d) e art. 23, comma 16 del d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione del par. V.2 del disciplinare. Eccesso di potere per carenza di istruttoria*”.

Con tale motivo di censura, in via ulteriormente subordinata, lamenta un vizio di istruttoria di Trenitalia, in quanto dagli atti di gara non emergerebbe *per tabulas* la compiuta verifica del rispetto dei minimi salariali da parte dell’aggiudicataria ai sensi dell’art. 95, co. 10, del d.lgs. 50/2016.

II.4. Con il ricorso introduttivo la ricorrente ha altresì formulato “*istanza di accesso ex art. 116 c.p.a. a valere anche come istanza di esibizione ex art. 64, comma 3 c.p.a.*”, avente ad oggetto:

- il file contenente l’offerta tecnica dell’aggiudicatario;
- la documentazione inerente alla verifica del possesso dei requisiti dell’aggiudicatario;
- la documentazione presentata in sede di soccorso istruttorio dall’aggiudicatario e dal Consorzio escluso;
- la busta amministrativa, tecnica ed economica del Consorzio escluso,
- le giustificazioni dell’offerta del Consorzio escluso e verbale di congruità della stessa.

III. Trenitalia, costituitasi in giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso, controdeducendo che:

- dall'esame della documentazione amministrativa allegata al ricorso si evincerebbe la natura meramente premiale dell'avvalimento, come tale non consentito dal d.lgs. 50/2016, nonché la sua genericità, con conseguente carenza dei requisiti richiesti dalla giurisprudenza per la sua validità; in ogni caso, la certificazione SA 8000 non sarebbe conforme alle norme UNI CEI EN ISO/IEC 17021;

- la ricorrente avrebbe potuto agevolmente dimostrare di essere in possesso del *rating* di legalità, facendo valere il fatturato del “gruppo di appartenenza”, superiore ai due milioni di euro; ciò posto, si afferma che il quadro normativo di riferimento non conterrebbe disposizioni cogenti che impongano alle stazioni appaltanti di inserire nella disciplina di gara misure alternative/compensative rispetto al possesso *rating* di legalità e che dunque, la scelta di non prevedere tali misure rientrerebbe nell'ambito della discrezionalità tecnica della Stazione Appaltante, come tale insindacabile, salvo profili di manifesta irragionevolezza assenti nella fattispecie;

- la terza doglianza, infine, si risolverebbe nella semplice rilevazione della carenza, negli atti di gara, di una rappresentazione “grafica/scritta” dello svolgimento della verifica sul costo della manodopera da parte della commissione di gara, non supportata dal corrispondente rilievo sostanziale dell'effettiva insufficienza di tali costi.

Quanto all'istanza di accesso agli atti, Trenitalia espone di aver evaso le istanze di accesso presentate dalla ricorrente con riferimento alla aggiudicataria Guerrato, mentre, con riferimento alle richieste documentali concernenti l'escluso Consorzio Fenix, la domanda sarebbe all'evidenza infondata, in quanto non assistita da un interesse diretto, concreto e attuale.

IV. L'aggiudicataria Guerrato, costituitasi in giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso, rilevando che:

- non sussisterebbe alcuna “equivalenza” tra il certificato presentato dalla ricorrente e quello richiesto dal disciplinare;
- il secondo motivo di ricorso sarebbe inammissibile per carenza di interesse, considerato che l’eventuale annullamento, in *parte qua*, della *lex* di gara non modificherebbe in ogni caso la graduatoria finale e conseguentemente non inciderebbe sull’aggiudicazione impugnata, considerato che neanche la Guerrato ha usufruito del punteggio premiale legato alla certificazione del *rating* di legalità; in ogni caso, la ricorrente non avrebbe dimostrato di essere in grado di ottenere il punteggio premiale in caso di riedizione della gara;
- quanto alla mancata verifica di congruità, nell’offerta economica formulata è indicato un importo della manodopera pari a complessivi Euro 8.920.766,00, con uno scarto, quindi, minimo rispetto alle stime già compiute dalla Stazione Appaltante.

V. Con successivo ricorso incidentale la Guerrato, dopo aver esaminato la documentazione amministrativa della LB Facility (allegata al ricorso introduttivo), ha articolato i seguenti motivi di censura:

- con un una prima doglianza ha dedotto il carattere condizionato dei contratti di avvalimento stipulati da LB Facility con la Lupò Costruzioni S.r.l. (per il prestito dell’attestazione SOA OG1 in classifica VIII) e con la GFF Impianti S.r.l. (per il prestito dell’attestazione SOA OG1 in classifica VI, nonché della certificazione SOA per progettazione e costruzione, in classifica VIII) e ha quindi concluso per l’assenza dei requisiti di partecipazione in capo alla ricorrente;
- con una seconda censura ha sottolineato il carattere meramente premiale dell’avvalimento fornito dalla Lupò con riferimento alla certificazione SA 8000, non consentito dal d.lgs. 50/2016 *ratione temporis* applicabile alla gara;
- con un terzo motivo ha comunque dedotto l’inidoneità della certificazione in parola ai fini dell’assegnazione del punteggio premiale previsto dalla *lex*

di gara;

- con una quarta doglianza, con riferimento al contratto di avvalimento con la GGG Impianti, ha dedotto che mancherebbe la dichiarazione dell'ausiliaria ex art. 89, d.lgs. 50/2016;

- con un quinto motivo di ricorso, infine, ha contestato l'attribuzione del punteggio premiale alla ricorrente per le ulteriori certificazioni (in particolare, la Certificazione del Sistema di Gestione dell'energia in conformità alla Norma UNI CEI EN ISO 50001:2018 e la Certificazione del Sistema di Gestione per la prevenzione della corruzione in conformità alla Norma UNI CEI EN ISO 37001:2016) perché sarebbero state rilasciate da un soggetto non accreditato.

VI. Con memoria successiva la ricorrente, nel replicare agli scritti delle parti avverse, premesso che la gara prevedeva l'inversione procedimentale e che, pertanto, la Stazione Appaltante aveva valutato la sola busta amministrativa dell'aggiudicataria, ha eccepito l'inammissibilità dei motivi aggiunti al ricorso incidentale (il primo, il secondo ed il quarto) fondati sulla valutazione della documentazione amministrativa allegata al ricorso introduttivo, in quanto censure relative a un potere non ancora esercitato dall'Amministrazione, con conseguente preclusione per il Collegio di ogni sindacato sul punto ai sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.a.

VII. Nelle more del giudizio, all'esito del procedimento di verifica della documentazione contenuta nella busta amministrativa presentata da LB Facility, con delibera del RUP n. 186 del 5 luglio 2024 è stata disposta l'esclusione di quest'ultima dalla gara in quanto le clausole contenute nei contratti di avvalimento (segnatamente quelle che prevedono la decadenza del contratto in caso di inadempimento dei corrispettivi pattuiti da parte dell'avvalente e di mancato rispetto del diritto di prelazione dell'ausiliaria in caso di subappalto) renderebbero *“incerta l'efficacia dei predetti avvalimenti ... il che si traduce in un impegno contrattuale aleatorio destinato a ripercuotersi anche nei confronti della stazione appaltante in*

termini di sterilizzazione della responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria ... ”, risultando così “... vulnerata la funzione dei contratti di avvalimento che richiedono una effettiva, sostanziale ed incondizionata messa a disposizione da parte della ausiliaria delle risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto” .

VIII. Con atto di motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato la delibera di esclusione sulla base delle seguenti censure:

VIII.1. *“Violazione e falsa applicazione dell’art. 133, comma 8 d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione degli artt. VII.1 e X del disciplinare di gara. Violazione del principio dell’autovincolo. Violazione dell’art. 1, comma 2 della L.241/1990. Violazione del principio di non aggravamento, di concentrazione e speditezza delle procedure di gara. Violazione art. 119 e 120 c.p.a. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e violazione del principio di indipendenza di giudizio”.*

La delibera impugnata sarebbe illegittima perché assunta in violazione della regola della c.d. inversione procedimentale ex art. 133, comma 8, del d.lgs. 50/2016;

VIII.2. *“Violazione e falsa applicazione dell’art. 89 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione del paragrafo III.1.3, lettera c) del bando di gara. Violazione del paragrafo III.1.2), lettera a) del bando di gara. Violazione del principio di favor participationis. Violazione e falsa applicazione dell’art. VI lett. a) del disciplinare”.*

Secondo la ricorrente le clausole in discussione avrebbero la funzione di rafforzare il vincolo contrattuale tra le parti senza intaccare la responsabilità solidale nei confronti della Stazione Appaltante;

VIII.3. *“Violazione e falsa applicazione dell’art. 83 del d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione del paragrafo III.1.2, lett.a) del bando di gara e dell’art. IV.2 e IV.5 del disciplinare”.*

Sarebbe altresì illegittimo il verbale di riunione della commissione del 3 luglio 2024 nella parte in cui si fa riferimento alla mancanza della

dichiarazione di intrattenimento rapporti con un'unica banca e all'erronea indicazione degli importi a lettere nella cauzione provvisoria, trattandosi di irregolarità sanabili.

IX. Avverso la delibera di esclusione è insorta anche la Guerrato, che, con atto di motivi aggiunti, ha articolato le seguenti doglianze:

- le previsioni contenute nel disciplinare, paragrafi VII.1 e X, sarebbero illegittime per violazione del principio di "parità delle armi", se interpretate come un autovincolo che impedirebbe, in una fase ormai contenziosa e patologica, l'apertura della busta amministrativa della ricorrente principale;
- la valutazione compiuta dalla Stazione Appaltante con riferimento alla documentazione presentata in gara da LB Facility sarebbe illegittima perché la commissione avrebbe omesso di rilevare il carattere meramente premiale dell'avvalimento fornito dalla Lupò con riferimento alla certificazione SA 8000, come tale non consentito dal d.lgs. n. 50/2016 *ratione temporis* applicabile alla gara;
- da ultimo, il contratto di avvalimento in questione sarebbe formulato in modo da non consentire il trasferimento della certificazione in esame, con conseguente illegittimità del punteggio premiale riconosciuto per detto requisito.

X. Trenitalia, con memoria di replica sui motivi aggiunti proposti dalla ricorrente, ha controdedotto come segue:

- l'apertura della busta amministrativa di LB Facility risponderebbe ad evidenti esigenze di economia e, in ogni caso, sarebbe conforme al bando che, al paragrafo VI.3), comma 5, contempla la possibilità di procedere alla verifica a campione delle condizioni di partecipazione delle altre offerenti;
- i contratti di avvalimento sarebbero oggettivamente inidonei a garantire alla ricorrente principale il possesso pieno, effettivo e incondizionato del requisito di partecipazione;
- il terzo motivo di censura avrebbe ad oggetto profili non menzionati nel provvedimento di esclusione.

XI. Con successive memorie di replica tempestivamente depositate LB Facility e Guerrato hanno ribadito le ragioni poste a sostegno dei rispettivi scritti difensivi.

XII. Alla pubblica udienza dell'8 ottobre 2024 la causa è stata chiamata e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La questione all'esame del Collegio attiene alla legittimità della procedura di gara per l'affidamento delle attività di gestione integrata dei fabbricati industriali, degli annessi locali di servizio di uso comune e degli impianti tecnologici della DBR di Trenitalia e di Trenitalia TPER.

In particolare, sono oggetto di controversia le determinazioni assunte dalla Stazione Appaltante in sede di valutazione delle offerte tecniche ed economiche delle concorrenti, nonché il provvedimento di esclusione della ricorrente principale adottato nelle more del giudizio.

2. In via preliminare, ritiene il Collegio di dover esaminare prioritariamente, per evidenti ragioni di pregiudizialità logico-giuridica, l'atto di motivi aggiunti della ricorrente principale, avente ad oggetto il provvedimento di esclusione dalla gara sopraggiunto in corso di causa.

2.1. Con una prima doglianza la ricorrente sostiene l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione che, procedendo in corso di causa alla valutazione della sua busta amministrativa, avrebbe disatteso l'autovincolo imposto dal bando e prolungato indebitamente i tempi per la definizione della procedura di gara e dell'odierno contenzioso.

Il motivo è infondato.

Come evidenziato dall'Amministrazione resistente, in base al paragrafo VI.3, comma 5, del bando di gara: *«Trenitalia si riserva la facoltà di effettuare la verifica in ordine all'effettiva sussistenza dei requisiti di cui al precedente paragrafo III.1, anche a campione, nei confronti di altri offerenti. In caso di esito negativo, Trenitalia procederà alla loro esclusione dalla gara»*.

Si tratta, ad avviso del Collegio, di un potere ampiamente discrezionale della Stazione Appaltante che non può in alcun modo essere inficiato dalla circostanza che la valutazione della busta amministrativa della ricorrente sia occasionata dal ricorso incidentale della Guerrato, come pacificamente risultante dalla delibera di convocazione della commissione e dal verbale di esclusione che esplicitamente lo richiamano.

Ed invero, tale scelta è da ritenersi coerente con i principi di "economicità, efficacia, tempestività e correttezza" che, secondo l'art. 30, comma 1, d. lgs. 50/2016, devono informare le fasi di affidamento e di esecuzione vieppiù in fattispecie, quale quella in esame, in cui dall'eventuale accoglimento del ricorso principale deriverebbe la necessaria verifica dei requisiti di partecipazione in capo alla ricorrente.

Né può sostenersi che la verifica dei requisiti di partecipazione abbia recato un *vulnus* ai tempi del presente giudizio: la pendenza di una controversia, invero, non può comportare *ex se* la "paralisi" dell'azione amministrativa, soprattutto nei casi in cui l'Amministrazione, nell'ambito del procedimento amministrativo *sub iudice*, ricorra all'utilizzo di poteri non ancora esercitati, per loro intrinseca natura estranei al *thema decidendum*.

Non può non rilevarsi, da ultimo, che l'apertura della busta contenente la documentazione amministrativa della ricorrente non abbia compromesso in modo sostanziale i valori in gioco e che le censure proposte siano in realtà dirette a far valere una mera irregolarità priva di attitudine invalidante alla luce del canone antiformalistico di cui all'art. 21 *octies* l. n. 241/1990.

2.2. Passando all'esame della seconda censura, viene qui in rilievo l'incidenza delle clausole contrattuali sull'effettività dell'avvalimento prestato, questione, come noto, al centro di un vivace dibattito giurisprudenziale, puntualmente riportato dalle parti del giudizio nei rispettivi scritti difensivi.

Nel ripercorrere le differenti tesi emerse sul pinto in giurisprudenza, occorre evidenziare che le pronunce richiamate, pur offrendo spunti di

riflessione in merito ai principi di diritto applicabili alla controversia in esame, non possono che connettersi allo specifico tenore letterale delle clausole contenute nei contratti oggetto dei giudizi (in particolare, sia pure con sensibili differenze, si trattava di clausole con le quali l'impresa avvalente si impegnavava fornire all'impresa ausiliaria, a sue spese ed al costo di mercato, le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto).

Tanto premesso, un primo orientamento esclude l'ammissibilità dell'avvalimento c.d. condizionato: infatti, in tal caso il contratto non sarebbe idoneo al trasferimento dei requisiti di partecipazione mancanti, non essendo il concorrente in grado di dimostrare di poter disporre, se non in via solo ipotetica, delle risorse umane e materiali necessarie all'esecuzione della prestazione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 maggio 2021, n. 3773; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 8 luglio 2022, n. 1834; nello stesso senso T.A.R. Toscana, Sez. I, 20 dicembre 2022, n. 1485; T.A.R. Campania, sez. III, 16 marzo 2023, n. 1697; T.A.R. Bologna, Sez. II, 12 luglio 2024, n. 510).

Del resto, il contratto condizionato farebbe venir meno la responsabilità solidale dell'ausiliaria verso la stazione appaltante che, invece, sorge solo in ragione di un contratto valido ed efficace sin dalla sua stipulazione.

L'unica forma di condizionamento possibile sarebbe, quindi, quella che subordina l'efficacia del contratto all'aggiudicazione (Cons. Stato, sent. n. 3773/21 cit.).

Secondo un differente indirizzo giurisprudenziale, richiamato anche dalla ricorrente, eventuali clausole condizionali apposte al contratto di avvalimento avrebbero rilevanza meramente interna e, in assenza di una espressa ed inequivocabile manifestazione di volontà derogatoria, non sarebbero in grado di “scalfire” l'assunzione di responsabilità assunta dall'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 23 novembre 2021, n. 7836; 8 maggio 2014, n. 2356).

Ciò posto, l'analisi della questione in esame deve necessariamente prendere le mosse dalla formulazione delle clausole oggetto del contendere.

In particolare, l'art. 4 di entrambi i contratti di avvalimento stipulati dalla ricorrente contemplano la seguente clausola:

«Quale corrispettivo per l'istituto dell'avvalimento in caso di aggiudicazione, l'Avvalente riconosce all'Ausiliaria: a) un corrispettivo pari allo 0,50 % (leggasi zero/50) sull'importo dei lavori a base d'asta al netto del ribasso offerto in gara di cui in premessa ... Tale corrispettivo dovrà essere inderogabilmente corrisposto tramite bonifico bancario entro 30 (trenta) giorni naturali e consecutivi dalla sottoscrizione del contratto ; b) la facoltà, da esercitare ad insindacabile giudizio dell'Ausiliaria, di prelazione sull'esecuzione di lavori che l'Avvalente intenderà subappaltare, nei limiti di Legge e di Bando/Disciplinare/CSA, con un ribasso pari al 0,00% sui prezzi di contratto ... Resta espressamente inteso che il mancato rispetto, da parte dell'Avvalente, anche di una sola delle suddette pattuizioni comporterà l'immediata decadenza del contratto di avvalimento con immediata comunicazione all'Ente Appaltante».

Occorre sottolineare che, a differenza dei casi oggetto delle pronunce in precedenza richiamate, nella fattispecie in esame le parti hanno disciplinato gli effetti del contratto stabilendo espressamente, in caso di mancato rispetto delle richiamate condizioni, la decadenza del contratto di avvalimento.

Ciò posto, occorre in primo luogo interrogarsi sulla natura giuridica delle pattuizioni in esame, ovvero se si sia in presenza di condizioni risolutive o di clausole risolutive espresse.

Deve premettersi che, in tema di contratti, si ha condizione risolutiva (art. 1353 c.c.) allorquando le parti subordinino la risoluzione del contratto o di un singolo patto a un evento futuro e incerto. Qualora si verifichi la

condizione risolutiva, gli effetti del negozio si considerano come mai verificati.

La clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), invece, è la clausola con la quale le parti prevedono che il contratto dovrà considerarsi risolto qualora una determinata obbligazione non venga adempiuta affatto o non venga adempiuta secondo le modalità stabilite. In tal caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte non inadempiente (la quale ha diritto di scegliere tra il mantenimento del contratto e la sua risoluzione) dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva.

La clausola risolutiva espressa, pertanto, attribuisce al contraente il diritto potestativo di ottenere la risoluzione del contratto per l'inadempimento di controparte senza doverne provare l'importanza.

Lo stabilire se nel caso concreto sussista una condizione risolutiva o una clausola risolutiva espressa dipende dalla interpretazione della volontà delle parti.

Nel caso in esame, ritiene il Collegio che si sia in presenza di una clausola risolutiva espressa azionabile dalla sola impresa ausiliaria, nel cui interesse è letteralmente posta.

Depone in tal senso il concetto di “*immediata decadenza del contratto di avvalimento*” in caso di inadempimento dell'impresa avvalente, che è perfettamente coincidente con il meccanismo di privazione degli effetti del contratto tipico della clausola risolutiva espressa.

Non convince pertanto la tesi che quella in esame sarebbe una mera clausola interna, valevole nei rapporti tra impresa ausiliaria e impresa ausiliata e tale da non incidere sull'assunzione di responsabilità della prima nei confronti della Stazione Appaltante.

In primo luogo, se così fosse, non si comprende per quale ragione, in caso di operatività della clausola e di decadenza del contratto, le parti abbiano espressamente stabilito di darle “*immediata comunicazione all'Ente Appaltante*”.

Inoltre, va evidenziato che il contratto di avvalimento, per sua intrinseca natura, è diretto al soddisfacimento anche l'interesse della Stazione Appaltante: diversamente, non vi sarebbe ragione per cui il contratto di avvalimento debba essere allegato all'offerta. Ed è allegato all'offerta anche perché la stazione appaltante verifichi che non contenga clausole per sé lesive.

Diversamente opinando, ai fini della validità dell'avvalimento dovrebbe ritenersi sufficiente la dichiarazione unilaterale di responsabilità assunta dall'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, così impedendo a quest'ultima qualsiasi forma di controllo sull'effettività dell'impegno assunto.

Il contratto di avvalimento, pertanto, non può considerarsi *res inter alios acta*, ma è attratto nell'orbita pubblicistica in forza della dichiarazione dell'ausiliaria resa ai sensi dell'art. 89, d.lgs. 50/2016, e come tale, non è estraneo alle valutazioni dell'Amministrazione, beneficiaria della prestazione, chiamata a verificare la serietà e l'affidabilità degli impegni assunti e l'idoneità dell'avvalimento all'assolvimento dello scopo a cui è preposto.

In quest'ottica devono leggersi le considerazioni espresse dalla Stazione Appaltante che, sulla scorta delle pattuizioni su richiamate, dubita dell'efficacia dell'avvalimento in quanto la sua concreta esecuzione è legata a eventi esterni e come tali da essa non controllabili.

Si tratta di una valutazione senza dubbio discrezionale, legata anche alla fiducia che necessariamente deve assistere il rapporto trilaterale instaurato con l'avvalimento, come tale, sindacabile solo in caso di manifesta irragionevolezza, assente nel caso di specie.

2.3. Quanto alla terza doglianza, è sufficiente rilevare che le irregolarità riscontrate in sede di verifica della busta amministrativa della ricorrente non sono state poste a fondamento della delibera di esclusione, con conseguente carenza di interesse a coltivare la censura.

3. L'infondatezza dei motivi aggiunti comporta l'improcedibilità del ricorso principale per difetto di interesse: la ricorrente, per effetto dell'esclusione, rimane priva, non solo del titolo legittimante a partecipare alla gara, ma anche dell'interesse a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali.

Conseguentemente, il consolidamento dell'esclusione dalla procedura di gara rende improcedibile, per difetto di interesse, l'impugnativa dell'aggiudicazione e, più in generale, di tutti i successivi atti della procedura.

4. Quanto al ricorso incidentale, come integrato da motivi aggiunti, va parzialmente accolta l'eccezione di inammissibilità formulata dalla ricorrente.

Al riguardo sottolinea il Collegio che con il ricorso incidentale la Guerrato ha articolato tre motivi (il primo, il secondo ed il quarto) incentrati sulla carenza dei requisiti di partecipazione in capo alla ricorrente, in una fase della procedura in cui la Stazione Appaltante non aveva ancora valutato la busta amministrativa della LB Facility, con conseguente inammissibilità *in parte qua* dell'impugnazione alla luce del divieto di cui all'art. 34, comma 2, c.p.a.

4.1. Le ulteriori censure poste a sostegno del ricorso incidentale (in particolare il terzo e quinto motivo di ricorso) e dell'atto di motivi aggiunti, in quanto dirette a contestare la valutazione dell'offerta della ricorrente, non possono essere dichiarate inammissibili.

Tuttavia, in considerazione delle statuizioni di rigetto sul ricorso principale e sui motivi aggiunti, ne va dichiarata l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse.

5. In definitiva:

- l'atto di motivi aggiunti della ricorrente LB Facility deve essere respinto, con conseguente improcedibilità, per sopravvenuto difetto di interesse, del ricorso principale;

- il ricorso incidentale della controinteressata Guerrato va dichiarato in parte inammissibile e in parte improcedibile, in uno con i motivi aggiunti, per sopravvenuta carenza di interesse, essendo stata definitivamente sancita la legittimità della disposta esclusione della ricorrente principale.

6. La complessità delle questioni trattate e l'andamento della complessa vicenda contenziosa giustificano, tuttavia, la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta Ter), definitivamente pronunciando:

- rigetta i motivi aggiunti presentati dalla ricorrente principale;
- dichiara l'improcedibilità del ricorso principale per sopravvenuto difetto di interesse;
- dichiara il ricorso incidentale in parte inammissibile e in parte improcedibile, in uno con i motivi aggiunti, per sopravvenuta carenza di interesse;
- compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente

Valerio Bello, Referendario

Valentino Battiloro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Valentino Battiloro

IL PRESIDENTE
Rita Tricarico

IL SEGRETARIO