

Publicato il 15/05/2023

**N. 08295/2023 REG.PROV.COLL.
N. 06574/2023 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 6574 del 2023, proposto da Co.Mec.El. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Marta Mengozzi, Salvatore Alberto Romano, con domicilio eletto presso lo studio Salvatore Alberto Romano in Roma, v.le XXI Aprile n. 11;

contro

Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. - Gruppo Ferrovie dello Stato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Sandro Mento, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Mosdorfer Rail S.r.l., Stamperia Carcano Giuseppe Spa, Bonomi Eugenio Spa, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara di cui alla nota del 22.3.2023 con oggetto: “Procedura di affidamento n. DAC.0207.2022 avente ad oggetto la fornitura di “Dispositivi di tensionatura a pulegge per linee aeree di contatto” del 10/02/2022 [rectius 2023] – Comunicazione ai sensi dell'art. 76 co. 5 lett. b)”;
- del provvedimento di cui alla nota del 23.3.2023 con oggetto: “Procedura di affidamento n. DAC.0207.2022 avente ad oggetto la fornitura di “Dispositivi di tensionatura a pulegge per linee aeree di contatto” del 10/02/2023 – Comunicazione ex art. 76 co. 5 lett. a). Lotto 3: CIG 9469942B59”, recante comunicazione della aggiudicazione del lotto n. 3 in questione all'impresa BONOMI Eugenio s.p.a.;
- della nota RFI 31.3.2023 che respinge l'istanza Comecel di annullamento in autotutela dell'esclusione;
- di tutti gli atti ai predetti collegati e connessi e, in particolare, dei verbali di gara e relativi allegati, nella parte relativa alla esclusione dalla gara della ricorrente e in quella relativa alla aggiudicazione del lotto n. 3 alla impresa Bonomi Eugenio spa; nonché, per quanto possa occorre, del disciplinare di gara DAC.0207.2022 in parte qua (disposizione di cui alle pagg. 17 e 18).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. - Gruppo Ferrovie dello Stato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2023 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il proposto gravame la società ricorrente ha impugnato il provvedimento con cui l'intimata spa Rete Ferroviaria Italiana l'ha esclusa dalla gara, in epigrafe indicata, (lotto n.3) nonché il successivo provvedimento di aggiudicazione del lotto in questione a favore della spa Bonomi Eugenio Spa.

L'impugnato provvedimento di esclusione è stato adottato in quanto “ il contratto di avvalimento presentato dall'impresa CO.MEC.EL srl, in avvalimento con l'impresa Fondmec srl, è da considerarsi nullo. Quest'ultimo, infatti risulta non solo sprovvisto dell'indicazione del corrispettivo economico previsto alla base del contratto a favore dell'impresa ausiliaria, ma al suo interno, non fa evincere in alcun modo né il rapporto sinallagmatico, né l'interesse patrimoniale dell'ausiliaria”.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di doglianza:

- 1) Violazione e falsa applicazione dell'art.83, comma 9, del D.Lgvo n.50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art.89 del D.lgvo n.50 del 2016. Violazione e falsa applicazione del punto E del Disciplinare di gara;
- 2) Illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione del lotto n.3 alla Bonomi Eugenio spa. Violazione punto J del Disciplinare di gara.

Si è costituita l'intimata stazione appaltante contestando con dovizia di argomentazioni la fondatezza delle dedotte doglianze e concludendo per il rigetto delle stesse.

Il ricorso – chiamato all'odierna camera di consiglio del 10.5.2023 per la delibazione dell'istanza cautelare proposta da parte ricorrente - viene ritenuto per la decisione del merito, ai sensi dell'art. 60 del d.lgvo n.104/2010, il quale stabilisce che " In sede di decisione della domanda cautelare, purchè siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, il Collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata, salvo che una delle parti dichiari che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza ovvero regolamento di giurisdizione"

Ricorrono, quanto alla sottoposta vicenda contenziosa, i presupposti contemplati dalla citata disposizione al fine di consentire un'immediata definizione della controversia mediante decisione da assumere "in forma semplificata".

Con il primo profilo di doglianza la società ricorrente sostiene, richiamando a tal fine il disposto dell'art.89 del codice degli appalti pubblici, che l'assenza nel contratto di avvalimento di un corrispettivo economico predeterminato a favore dell'ausiliaria non è indice di non serietà dell'avvalimento atteso che il profilo attinente ai rapporti interni al rapporto di avvalimento cui è estranea la stazione appaltante, è normativamente irrilevante per l'istituto, la cui funzione è invece quella di integrare la qualificazione mancante del concorrente, consentendone la partecipazione alla gara.

Afferma altresì che il disciplinare di gara stabilisce che il contratto di avvalimento deve contenere a pena di nullità la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria, senza far riferimento a tal fine alla necessità dell'indicazione del corrispettivo.

La dedotta censura non è suscettibile di favorevole esame.

Al riguardo il Collegio, uniformandosi a quanto statuito con la recente sentenza n.7251/2023, sottolinea che

a) la giurisprudenza ha affermato il principio consolidato secondo cui nelle gare pubbliche di appalto il contratto di avvalimento deve ritenersi validamente prestato anche a titolo non oneroso ed anche se manca il corrispettivo in favore dell'ausiliario, ma a condizione che dal testo contrattuale emerga chiaramente l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'impresa ausiliaria ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto in questione e le relative responsabilità;

b) poiché nella fattispecie in esame nel contratto versato agli atti è indicato unicamente l'oggetto del contratto di avvalimento operativo (impianto di fusione in leghe di alluminio) senza alcuna indicazione né del corrispettivo pattuito a favore dell'impresa ausiliaria né in alternativa la sussistenza di un interesse anche non patrimoniale di quest'ultima che ha giustificato l'impegno assunto senza corrispettivo, la censura in esame deve essere rigettata.

Pure infondata è anche l'argomentazione di parte ricorrente basata sulle indicazioni del disciplinare di gara atteso che, come si evince chiaramente, quest'ultimo prevedeva tra gli elementi essenziali del contratto di avvalimento “ il corrispettivo previsto per la messa a disposizione dei requisiti in favore del soggetto ausiliario, ovvero l'interesse – direttamente o indirettamente patrimoniale – che ha indotto l'ausiliario medesimo ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento” stabilendo che l'omissione dello stesso avrebbe comportato l'esclusione dalla procedura di gara.

Da rigettare è anche il profilo di doglianza prospettante la violazione del principio del soccorso istruttorio in quanto a tal fine è sufficiente richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale in materia, meticolosamente indicato da parte resistente, secondo il quale in presenza di una previsione chiara – quale è incontestabilmente quella del disciplinare della gara in questione – e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente, l'invito all'integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della

sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte di un concorrente che non ha presentato con le modalità previste dalla lex specialis una dichiarazione o documentazione non conforme al bando.

Con il secondo e criptico motivo di doglianza la società ricorrente sostiene che la illegittimità del gravato provvedimento di esclusione comporterebbe in via derivata l'illegittimità dell'aggiudicazione del lotto n.3 alla società Bonomi in quanto già aggiudicataria del lotto n.2, giusta la previsione lettera J del Disciplinare di gara che prevede il divieto di aggiudicare ad una stessa Ditta più di un lotto.

Al riguardo il Collegio, in disparte la circostanza che l'aggiudicazione a favore della Bonomi è conseguente alla legittimità del provvedimento di esclusione e non della sua illegittimità, sottolinea che:

- a) la ricorrente una volta legittimamente esclusa dalla gara de qua non ha alcun interesse a prospettare l'illegittimità della successiva aggiudicazione a favore di un'altra impresa concorrente;
- b) la citata disposizione del disciplinare di gara (lettera J) stabilisce chiaramente che “nel caso in cui in uno o più lotti non ci sia alcuna offerta valida in considerazione del vincolo di aggiudicazione sopra riportato, la stazione appaltante si riserva di aggiudicare il lotto in questione all'operatore economico primo in graduatoria nonostante abbia già raggiunto il limite massimo dei lotti aggiudicabili”.

Alla luce di tali considerazioni la censura de qua è manifestamente infondata.

Ciò premesso, il proposto gravame deve essere rigettato.

Le spese del presente giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la società ricorrente al pagamento a favore di parte resistente delle spese del presente giudizio liquidate in Euro 5.000,00=.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente, Estensore

Chiara Cavallari, Referendario

Roberto Montixi, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Giuseppe Sapone

IL SEGRETARIO