



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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 340 del 2012, proposto da:

Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi Attività a 360° della Rete Ferroviaria Italiana - Soc. Coop., rappresentato e difeso dagli avv. Erica Paniccia, Gianluca Talanti, con domicilio eletto presso la Segreteria T.A.R. Marche, in Ancona, via della Loggia, 24;

***contro***

Rete Ferroviaria Italiana - R.F.I. S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Pezzuto, con domicilio eletto presso l'Avv. Maurizio Fabiani, in Ancona, via San Martino, 23;

***nei confronti di***

C.I.C.L.A.T. Soc. Coop., non costituita;

***per l'annullamento, previa sospensione,***

- della comunicazione prot. UA 30/3/2012 rfi-

dleleg.ba/a0011/p12012/0000531 trasmessa via fax in data 30 marzo 2012 con cui RFI comunicava che "dall'esame della documentazione prodotta a corredo della busta a - documentazione risulta che codesto concorrente non ha presentato i seguenti allegati, debitamente sottoscritti: lo schema di contratto e l'atto clausole penali, di cui all'allegato n. a) alla lettera di invito e richiesto al punto II.1.a.1) della stessa sotto comminatoria di esclusione. per l'effetto, ai sensi di quanto previsto dal punto d) 'motivi di esclusione delle offerte' della lettera di invito, l'offerta del suddetto concorrente non viene ammessa alla successiva fase di ricognizione delle offerte economiche";

- degli atti presupposti al provvedimento di esclusione di cui non si conoscono gli estremi né il contenuto per il diniego alla richiesta di accesso di cui infra;
- della lettera di invito in data 25 gennaio 2012 prot. rf1-dleleg.ba/a0018/p/2012/0000154;
- della nota prot. ua17/4/2012 ri71-dlie-leg.ba/a0011/p/2012/0000588 con cui RFI ha contestato le doglianze sollevate da parte ricorrente con l'informativa ex art. 243 bis d.lgs. 163/2006, ritenendole infondate;
- di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e consequenziale a quelli impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Rete Ferroviaria Italiana - R.F.I. S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2012 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Visto il dispositivo di sentenza 8/6/2012, n. 410;

Considerato che:

- il ricorso va accolto con sentenza resa in forma immediata, ai sensi degli artt. 60 e 120 cod. proc. amm., stante la sua manifesta fondatezza, tenuto conto del fatto che, trattandosi dell'impugnazione di un provvedimento di esclusione da una gara ad evidenza pubblica, non vi sono controinteressati in senso formale e che sussistono tutti gli altri presupposti di legge per l'adozione di una sentenza c.d. breve;

- ciò impone l'esame dell'eccezione preliminare di improcedibilità del ricorso medesimo, formulata dalla difesa di RFI. L'eccezione non può essere condivisa in quanto:

a) è sicuramente vero che nel caso di specie, trattandosi dell'impugnazione di un provvedimento di esclusione intervenuto in una fase intermedia della procedura di gara, non vi erano controinteressati da evocare in giudizio. Pertanto, sotto il profilo in esame, è irrilevante, ai fini del computo dei termini per il deposito del ricorso, la notifica effettuata nei riguardi di C.I.C.L.A.T.;

b) è invece rilevante la notifica effettuata presso la sede di Ancona

della S.O. Legale di Bari di RFI. A tal proposito, sono soprattutto due le ragioni che inducono il Collegio a ritenere del tutto giustificata la notifica del ricorso effettuata anche presso la predetta sede periferica di RFI;

c) in primo luogo, è sufficiente la lettura degli atti indittivi della procedura di gara per rendersi conto della difficoltà di individuazione della stazione appaltante. In effetti, sia dal bando che dalla lettera d'invito emerge che la procedura è stata bandita da "RFI – Rete Ferroviaria Italiana - Direzione Legale S.O. Legale Bari – Sede di Ancona", per conto della Direzione Territoriale Produzione Ancona. Inoltre, sia l'indirizzo postale che i recapiti telefonici sono tutti riferiti alla sede di Ancona, mentre nella lettera d'invito è specificato che, pur interessando le prestazioni oggetto dell'appalto esigenze della Direzione Territoriale di Ancona, per mere ragioni di carattere organizzativo di RFI lo svolgimento della gara avrebbe coinvolto la sede di Bari. Infine, l'autorità competente per l'impugnazione degli atti è stata indicata nel TAR Marche;

d) in secondo e conseguente luogo, non si può certo pretendere che un soggetto esterno sia tenuto a conoscere nel dettaglio l'organizzazione interna di una società estremamente strutturata quale è sicuramente RFI. Peraltro, nel corso della discussione orale la difesa del consorzio ricorrente ha dato conto del contenuto del certificato camerale della Direzione Territoriale di Ancona, dal quale risulta che presso la suddetta Direzione sono presenti figure dirigenziali legittimate ad impegnare all'esterno ed anche a rappresentare in

giudizio la società.

In ogni caso (e tenuto anche conto del fatto che RFI ha bandito altre analoghe gare interessanti diverse sedi periferiche, ciascuna delle quali gestita dalla rispettiva articolazione territoriale), l'eventuale errore nella individuazione dell'autorità a cui andava notificato il ricorso sarebbe comunque scusabile. Il ricorso è dunque procedibile, essendo stato depositato nel termine dimidiato di cui agli artt. 45 e 119 cod. proc. amm., decorrente dalla data in cui si è perfezionata la notifica presso la sede di Ancona di RFI;

- nel merito, è da condividere sostanzialmente il primo motivo di ricorso, in quanto:

a) in primo luogo, venendo in evidenza una procedura ristretta, il bando di gara non contiene tutte le regole del procedimento (e ciò è a dirsi in particolare proprio per quanto riguarda le modalità di invio delle offerte e della documentazione amministrativa e tecnica a corredo delle stesse). Pertanto, ragionando in un'ottica che deve essere necessariamente sostanzialistica – anche per rispetto della *ratio* che ha indotto il legislatore a recepire con la novella dell'art. 46 D.Lgs. n. 163/2006 orientamenti giurisprudenziali prevalenti – nella specie il riferimento al bando di gara operato dall'art. 4, comma 3, del D.L. n. 70/2011 deve essere esteso anche alla lettera d'invito, formata dalla stazione appaltante in epoca successiva all'entrata in vigore del D.L. n. 70/2011. A questo proposito va osservato che, come purtroppo spesso accade, l'eccessiva fretta con cui il Legislatore interviene su materie delicate (quale è sicuramente la normativa sugli

appalti pubblici) produce norme di non immediata leggibilità. Ciò è a dirsi in particolare per le disposizioni transitorie, le quali hanno invece un'importanza cruciale con riguardo alla disciplina intertemporale. Nella specie, il predetto comma 3 dell'art. 4 D.L. n. 70/2011 distingue in maniera eccessivamente rigida le procedure per le quali è prevista la pubblicazione del bando da quelle nelle quali il primo atto avente rilevanza esterna è la lettera d'invito. Questa scelta (che in assoluto non è priva di una sua razionalità) non tiene però conto di fattispecie nelle quali il bando non contiene l'intera disciplina di gara, la quale è invece completata dalla lettera d'invito. Nella presente gara tale fattispecie è plasticamente osservabile, non essendovi dubbio alcuno sul fatto che il bando di gara non stabilisce alcunché con riguardo all'onere documentale omesso dal consorzio ricorrente. Era pertanto dovere della stazione appaltante emendare la lettera d'invito da prescrizioni (il cui mancato rispetto era peraltro sanzionato con l'esclusione) sovrabbondanti rispetto alle disposizioni dell'art. 46, comma 1-*bis* D.Lgs. n. 163/2006;

b) il discorso si lega al fatto che, come emerge *per tabulas*, alcune articolazioni periferiche di RFI hanno indetto, in esecuzione del medesimo bando, altre gare aventi ad oggetto lo stesso servizio, ma non hanno imposto, nelle lettere d'invito, la presentazione a pena di esclusione dei documenti in questione (vedasi documenti allegati nn. 5 – 9 e 5.1 – 9.1. al ricorso). A questo rilievo la difesa di RFI non ha praticamente replicato, avendo testualmente affermato che “... *occorre prendere le distanze dalla conferma che controparte trae da altre situazioni che*

*coinvolgono la società deducente: infatti, in ogni gara è stata seguita la normativa di settore e non è stata .... fornita la prova della divergente applicazione della normativa vigente...".* Ora, pur non essendo ovviamente possibile desumere di per sé l'illegittimità di un provvedimento adottato da una certa amministrazione dal contenuto di atti emanati da altre amministrazioni, ci si deve necessariamente chiedere il motivo per cui uffici periferici della medesima società, in occasione della coeva indizione di gare aventi ad oggetto il medesimo servizio, abbiano ritenuto non necessario prevedere la presentazione da parte dei concorrenti di documenti che la difesa di RFI ritiene addirittura fondamentali nell'economia dell'appalto (nel corso della discussione orale si è infatti affermato che la sottoscrizione dello schema di contratto e dell'"Atto clausole penali" era assolutamente necessario in quanto funzionale alla garanzia del rispetto della sicurezza del trasporto ferroviario). Fra l'altro, a riprova dell'estremo formalismo che caratterizza la lettera d'invito elaborata dalla sede di Ancona, i concorrenti erano onerati di presentare un'altra dichiarazione (vedasi punto A3, primo e secondo alinea), che in parte costituisce un "doppione" di altre dichiarazioni (dichiarazione che non è stata invece richiesta dalle altre Direzioni Territoriali di RFI nei rispettivi atti indittivi). In ogni caso, RFI non ha addotto particolari ragioni che giustificassero una così diversa disciplina di gara in presenza di un appalto avente ad oggetto il medesimo servizio;

c) dal punto di vista sostanziale, non ricorre nessuna delle fattispecie indicate dal predetto art. 46, comma 1-*bis*. In effetti, la

documentazione non prodotta dalla ricorrente è funzionale solo a prevenire (e non già ad eliminare, visto che non si può certo impedire all'appaltatore di formulare eccezioni, riserve, etc. in corso di esecuzione del contratto) il rischio di possibili future contestazioni sulle condizioni contrattuali e/o sulle penalità. Pertanto, per un verso non vi è incertezza sulla riconducibilità dell'offerta all'impresa che risulta averla sottoscritta, per altro verso la funzione dei predetti documenti è stata assolta *aliunde* dalla dichiarazione con cui la ricorrente ha accettato tutte le condizioni contenute nella lettera d'invito, nel disciplinare di gara, nello schema di contratto e nei relativi allegati;

- una volta stabilito che nella specie trovava applicazione l'art. 46, comma 1-*bis*, va rigettato l'altro argomento difensivo (questo molto più serio) sollevato dalla difesa di RFI. In effetti, si potrebbe in generale condividere l'assunto per cui è in ogni caso irrilevante il fatto che una dichiarazione avente il medesimo contenuto sostanziale della documentazione non prodotta dal consorzio ricorrente è inserita nella busta contenente l'offerta economica; ciò in quanto, dovendo la citata busta essere aperta solo se il concorrente supera gli *steps* precedenti della gara (fra cui quello della verifica della completezza della documentazione amministrativa), la stazione appaltante non può comunque verificare se tale dichiarazione è presente, dovendo escludere immediatamente il concorrente che non ha prodotto la documentazione amministrativa secondo le regole della lettera d'invito. Ma se si applica l'art. 46, comma 1-*bis*, l'omessa

presentazione della documentazione per cui è causa non può comportare l'esclusione del concorrente, per cui delle due l'una: o la stazione appaltante fa uso del c.d. dovere di soccorso e consente l'integrazione postuma della documentazione oppure ammette il concorrente alle fasi successive e verifica se nei plichi che debbono essere ancora aperti è presente documentazione che sia idonea ad assolvere alla medesima funzione di quella non inserita nella busta contenente la documentazione amministrativa;

- in conclusione, il ricorso va accolto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna RFI al pagamento in favore della ricorrente delle spese di giudizio, che ritiene di liquidare in € 3.000,00, oltre ad accessori di legge. Contributo unificato come per legge (art. 13, comma 6-*bis*.1, del T.U. n. 115/2002).

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Passanisi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/06/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)