

Pubblicato il 06/07/2018

N. 01436/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00954/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 954 del 2018, proposto da:

OMISSIS s.r.l. (mandataria)/OMISSIS Cooperativa Di Produzione Lavoro (mandante)/Omissis s.r.l. (mandante), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Clemente Manzo, con domicilio eletto presso il suo studio,

contro

Rfi Rete Ferroviaria Italiana Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A., non costituita in giudizio; Rete Ferroviaria Italiana Società per Azioni, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio eletto presso il suo studio in Catania, piazza Trento, 2;

nei confronti

OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Luciano Pennacchio, Domenico Pennacchio e Gianluca Pennacchio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luciano Pennacchio;

per l'annullamento

della comunicazione di esclusione trasmessa a mezzo pec in data 23.04.2018 DAC.0037/18 prot. n. RFI_DAC/A0011/P/2018/0001691 mediante la quale il Responsabile del Procedimento ha disposto la sanzione espulsiva con la seguente motivazione: "...esaminata la documentazione prodotta a seguito del soccorso istruttorio, vi comunichiamo l'esclusione dalla gara in oggetto, avendo proposto, in riscontro dello stesso, una modifica soggettiva in riduzione dell'ATI (escludendo l'O.E. OMISSIS s.r.l.) e così palesando una carenza ab origine di un requisito di partecipazione del raggruppamento come inizialmente composto. In particolare, non è stata soddisfatta la percentuale

minima di cui all'art. 92 comma 2 del DPR 207/2010. Quanto sopra è emerso a seguito delle verifiche effettuate che hanno evidenziato la carenza, in capo alla mandante estromessa, del possesso della SOA richieste dalla lex specialis di gara. Inoltre, sempre a comprova di quanto sopra, non è stata rappresentata alcuna esigenza organizzativa a giustificazione di tale modifica. Tuttavia la modifica soggettiva non può mai valere a sanare ex post una situazione di preclusione all'ammissione della procedura di gara in ragione della esistenza, a carico dell'ATI, di cause di esclusione....”;

della comunicazione trasmessa a mezzo pec in data 05.04.2018 DAC.0037/18 prot. n. RFI_DAC/A0011/P/2018/0001440 mediante la quale il Responsabile del Procedimento ha disposto in favore della ricorrente il soccorso istruttorio;

del provvedimento di aggiudicazione definitiva prot. n. RFI_DAC/A0011/P/2018/0001861 comunicato in data 07.05.2018 dal quale emerge che l'aggiudicatario dell'appalto dei “Lavori di manutenzione di fabbricati, manufatti ferroviari, piazzali ed impianti tecnologici ricadenti in aree di giurisdizione di Messina, Reggio Calabria e Villa S. Giovanni Direzione Produzione CIG:7371923F4B” è la società OMISSIS s.r.l. per l'importo di euro 986.878,50 con il ribasso offerto del 35,82%;

della comunicazione ai sensi dell'art. 76 comma 5 del d.lgs n. 50/16 prot. n. RFI_DAC/A0011/P/2018/0001864 del 07.05.2018;

del verbale di seduta pubblica del giorno 19.03.2018 composto da n. 6 pagine mediante il quale la Commissione di gara si è insediata ed ha scrutinato la documentazione amministrativa delle concorrenti alla procedura concorsuale, con interruzione della seduta di gara alle ore 17:30 e contestuale avviso di aggiornamento di nuova seduta per il giorno 20.03.2018;

del verbale di seconda seduta pubblica composto da n. 4 pagine del giorno 20.03.2018 di esame della documentazione amministrativa delle concorrenti in gara tra cui la ricorrente nei confronti della quale la Commissione si è riservata di procedere ad attivare la procedura di soccorso istruttorio per le seguenti ragioni: “ Nel DGUE della OMISSIS s.r.l., nella parte II punto A) (Attestazione SOA) non ha indicato il possesso della Categoria OG 11, nonostante sia nella domanda di partecipazione che nel documento di composizione dell'ATI abbia dichiarato di voler eseguire il 26,47 della categoria OG 11. Nel DGUE della OMISSIS Soc. cooperativa di Produzione Lavoro, nella parte II punto A) risultano barrate entrambe le opzioni relative al possesso dell'Attestazione SOA. Inoltre nella parte IV punto d) non ha dichiarato il possesso o meno della certificazione ISO 9001. Nel DGUE della OMISSIS s.r.l., nella parte II punto A) (Attestazione SOA) risulta barrata l'opzione di non possedere l'attestazione SOA nonostante la sua dichiarazione di voler eseguire il 26,47% per la categoria OG 11. Inoltre nella parte IV punto d) non ha dichiarato il possesso della certificazione ISO 9001. Nel DGUE della OMISSIS Soc. Cooperativa di Produzione Lavoro presentato come ausiliaria, nella parte II punto A) risultano barrate entrambe le opzioni relative al possesso dell'attestazione SOA. Inoltre nella parte IV punto d) non ha dichiarato o meno il possesso della certificazione ISO 9001. La restante documentazione presentata è regolare e conforme.....Per quanto sopra per l'O.E. in questione si procederà al soccorso istruttorio.”;

del verbale di terza seduta pubblica composto da n. 2 pagine del giorno 20.04.2018 mediante il quale la commissione di gara ha dichiarato l'elenco degli ammessi ed ha escluso l'ATI OMISSIS s.r.l. (mandataria)/OMISSIS Cooperativa Di Produzione Lavoro (mandante)/Omissis s.r.l. (mandante) per i seguenti motivi: “l'ATI costituenda in riscontro al soccorso istruttorio ha proposto una modifica soggettiva in riduzione escludendo dall'ATI l'O.E. Omissis s.r.l. (mandante) e così palesando una carenza di un requisito di partecipazione del raggruppamento così come

originariamente composto; in particolare, non è stata soddisfatta la percentuale minima prevista dall'art. 92 comma 2 del DPR 207/2010. Quanto sopra è emerso a seguito delle verifiche effettuate che hanno evidenziato la carenza, in capo alla mandante estromessa, del possesso delle SOA richieste dalla lex specialis di gara; la modifica soggettiva, infatti, non può mai valere a sanare ex post una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura di gara in ragione della esistenza, a carico dell'ATI di cause di esclusione. Inoltre, a comprova di quanto sopra, non è stata rappresentata alcuna esigenza organizzativa a giustificazione di tale modifica.”;

del verbale di quarta seduta pubblica composto da n. 4 pagine del giorno 03.05.2018 mediante il quale la commissione di gara ha scrutinato le offerte economiche dei concorrenti in gara e assegnato l'appalto alla società OMISSIS s.r.l. che ha offerto il ribasso del 35,82%;

del bando-disciplinare di gara e dei relativi allegati in parte qua e nei limiti dell'interesse qui fatto valere in giudizio se ed in quanto lesivi dell'interesse del ricorrente;

di ogni altro atto ad esso preordinato, connesso, consequenziale e conseguente;

nonche' per la declaratoria

di inefficacia del relativo contratto, ove stipulato, nelle more della decisione della presente controversia tra il RFI S.p.A. e la contro interessata e, comunque, soggetto diverso dalla odierna ricorrente

e del diritto della ricorrente a subentrare nel medesimo contratto, ove concluso prima della decisione della causa di merito, anche per la parte residua.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di OMISSIS S.r.l. e di Rete Ferroviaria Italiana Società per Azioni;

Visto l'art. 16, co. 2, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2018 la dott.ssa Maria Stella Boscarino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

L'ATI costituenda è stata esclusa dalla gara in epigrafe perché in riscontro al soccorso istruttorio ha proposto una modifica soggettiva in riduzione escludendo dall'ATI la O.E. OMISSIS (mandante) e così, secondo l'Amm.ne, palesando una carenza di un requisito di partecipazione del raggruppamento così come originariamente composto; in tesi, non era stata soddisfatta la percentuale minima prevista dall'art 92 comma 2 del DPR 207/2010.

Quanto sopra è emerso a seguito delle verifiche effettuate nel corso di gara, che hanno evidenziato la carenza, in capo alla mandante estromessa, del possesso delle SOA richieste dalla lex specialis di gara; la modifica soggettiva, precisa l'Amm.ne, non può mai valere a sanare ex post una situazione di preclusione originaria all'ammissione alla procedura di gara.

Si sono costituite in giudizio sia Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. che la controinteressata.

Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., in via preliminare, ha eccepito, ai sensi dell'articolo 13, comma 1, del c.p.a., l'incompetenza territoriale del TAR Sicilia Catania in favore di quella del TAR Lazio – Roma, <in ragione del fatto che la procedura di gara, oggetto del giudizio, è destinata alla conclusione di un accordo quadro e ad esplicare i suoi effetti nel territorio della Regione Sicilia e della Regione Calabria, trattandosi dell'affidamento “di lavori di manutenzione di fabbricati, manufatti ferroviari, piazzali ed impianti tecnologici ricadenti in aree di giurisdizione di Messina, Reggio Calabria e Villa S. Giovanni di Direzione Produzione – S.O. Navigazione”, per cui i lavori di manutenzione riguardano beni immobili siti non solo nella provincia di Messina ma anche a Reggio Calabria e a Villa San Giovanni, ossia in località ricomprese nella Regione Calabria>.

Pertanto, osserva RFI, la cognizione della controversia deve essere devoluta al Tribunale Amministrativo Regionale nella cui circoscrizione ha sede RFI e, quindi, al TAR, Lazio, Roma.

Visto l'art. 13 Cod. proc. amm. Il quale dispone:

"1. Sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni è inderogabilmente competente il tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione territoriale esse hanno sede. Il tribunale amministrativo regionale è comunque inderogabilmente competente sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni i cui effetti diretti sono limitati all'ambito territoriale della regione in cui il tribunale ha sede.

2. Per le controversie riguardanti pubblici dipendenti è inderogabilmente competente il tribunale nella cui circoscrizione territoriale è situata la sede di servizio.

3. Negli altri casi è inderogabilmente competente, per gli atti statali, il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma e, per gli atti dei soggetti pubblici a carattere ultra regionale, il tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede il soggetto.

4. La competenza di cui al presente articolo e all'articolo 14 è inderogabile anche in ordine alle misure cautelare.

4-bis. La competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere attrae a sé anche quella relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento tranne che si tratti di atti normativi o generali, per la cui impugnazione restano fermi gli ordinari criteri di attribuzione della competenza". Ritenuto che dalla documentazione prodotta in giudizio si evince che:

- R.F.I. s.p.a. ha sede a Roma;

- la gara è stata bandita da “Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. – Società con socio unico soggetta alla direzione e coordinamento di Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A. a norma dell'art. 2497 sexies Codice Civile e del D.Lgs. 112/2015. Direzione Acquisti – Sede di Roma”, sebbene gestita dalla “Direzione acquisti area sud” di Bari;

- la gara ha ad oggetto “lavori di manutenzione di fabbricati, manufatti ferroviari, piazzali ed impianti tecnologici ricadenti in aree di giurisdizione di Messina, Reggio Calabria e Villa S. Giovanni”, quindi in Comuni aventi sede nelle regioni Sicilia e Calabria.

In siffatti casi la giurisprudenza ha chiarito che, ove l'atto impugnato (segnatamente in materia di gare di appalto) sia destinato a produrre effetti che si estendono sul territorio di comuni appartenenti

a due diverse regioni e non sia stato emanato da un'autorità statale, ma da un soggetto pubblico a carattere ultra regionale, deve aversi riguardo al criterio della sede legale dell'ente aggiudicatore (Consiglio di Stato, sez. V, 29/04/2016, n. 1647).

Pertanto, alla stregua del criterio della circoscrizione ove ha sede l'Ente che ha indetto la gara (Roma), non derogato attesa l'efficacia ultra regionale degli atti impugnati (dato che ai sensi del citato art.13 il criterio ordinario rappresentato dalla sede dell'Autorità amministrativa, cui fa capo l'esercizio del potere oggetto della controversia, cede il passo a quello dell'efficacia spaziale solo nel caso in cui la potestà pubblicistica spieghi i propri effetti diretti esclusivamente nell'ambito territoriale di un Tribunale periferico), effettivamente risulta competente il TAR per il Lazio, sede di Roma.

Ritenuto, pertanto, di dichiarare l'incompetenza territoriale del T.A.R. di Catania, compensando le spese della presente fase in ragione della natura della pronuncia adottata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima), dichiara la propria incompetenza territoriale ed indica quale giudice territorialmente competente il TAR del Lazio, Sede di Roma;

compensa fra le parti le spese della presente fase.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Maria Stella Boscarino, Consigliere, Estensore

Giuseppina Alessandra Sidoti, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Maria Stella Boscarino

IL PRESIDENTE
Pancrazio Maria Savasta

IL SEGRETARIO