



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 la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 67 del 2015, proposto da Newag S.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Jacek Bieniak, Carlo Comandè e Giuseppe La Rosa, con domicilio eletto presso l'avv. Caterina Bavaro in Bari, via Marchese di Montrone, 106;

***contro***

Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l.;  
Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

***per l'annullamento,***

*previa sospensione dell'efficacia,*

- del verbale di gara relativo alla seduta pubblica del 10 dicembre 2014 inerente “alla procedura aperta ai sensi del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i. suddivisa in undici lotti mediante stipula di accordo quadro, della durata di cinque anni, per la fornitura di n. 5 elettrotreni a tre casse (M+R+M) a trazione elettrica (3kv c.c.) omologati per l'esercizio sulla rete R.F.I. ed autorizzati per l'esercizio sulla rete Ferrovie del Sud Est, con opzione per la fornitura di ulteriori n. 10 elettrotreni aventi le medesime

caratteristiche”, nonché del verbale della seduta riservata del 22 novembre 2014, nella parti in cui è stata disposta l’esclusione della società Newag;

- della nota prot. n. SGC/925 del 10 dicembre 2014 con la quale la Stazione appaltante ha comunicato alla odierna ricorrente l’intervenuta esclusione dalla procedura di gara de qua;

- dei verbali di gara relativi alle sedute riservate del 10 maggio 2014, del 7 giugno 2014 e del 22 novembre 2014, sempre inerenti alla suddetta procedura di gara, nelle parti meglio specificate in ricorso;

- di ogni altro verbale e/o provvedimento con il quale è stata disposta e/o confermata l’esclusione di Newag dalla procedura di gara in questione;

- ove occorra, del bando, disciplinare e capitolato di gara laddove interpretati nel senso fatto proprio dalla stazione appaltante e nelle parti meglio specificate in ricorso;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e udito nell’udienza pubblica del giorno 13 maggio 2015 per la parte ricorrente il difensore avv. Andrea Ciulla, su delega dell’avv. Carlo Comandè;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO e DIRITTO

Con bando pubblicato la società Ferrovie del Sud-Est e Servizi Automobilistici s.r.l. avviava la gara relativa alla “procedura aperta ai sensi del D.Lgs. n. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i. suddivisa in undici lotti mediante stipula di accordo quadro, della

durata di cinque anni, per la fornitura di n. 5 elettrotreni a tre casse (M+R+M) a trazione elettrica (3kv c.c.) omologati per l'esercizio sulla rete R.F.I ed autorizzati per l'esercizio sulla rete Ferrovie del Sud Est, con opzione per la fornitura di ulteriori n. 10 elettrotreni aventi le medesime caratteristiche”.

Alla suddetta procedura partecipava la ricorrente Newag S.A.

In occasione delle sedute di gara pubbliche del 15 aprile 2014 e del 6 maggio 2014 il seggio di gara verificava la correttezza della documentazione amministrativa presentata da Newag ammettendo quest'ultima al prosieguo delle operazioni di gara. Inoltre, sempre nella suddetta seduta pubblica del 6 maggio 2014 il seggio di gara accertava che il contenuto della busta “B1”, recante l'offerta tecnica, si presentava “conforme alle prescrizioni del disciplinare”.

Veniva, altresì, dato atto che “il plico contiene n. 4 volumi così intitolati: ... (e) che i volumi contengono, in ossequio alle prescrizioni del disciplinare a pena di esclusione” tutta la documentazione richiesta dalla legge di gara.

Terminata la seduta pubblica, sempre in data 6 maggio 2014, il seggio di gara avviava le sedute riservate ai fini della valutazione delle offerte tecniche presentate dalle concorrenti.

Nella seduta riservata del 10 maggio 2014 il seggio di gara procedeva all'apertura del plico di Newag recante l'offerta tecnica.

Preliminarmente, il seggio di gara rilevava che “L'offerta tecnica del concorrente è completa di n. 44 documenti sopra richiamati come prescritto dagli atti di gara, pertanto in ordine a questo punto non si hanno rilievi da formulare”.

Successivamente, il seggio di gara avviava una verifica circa la corrispondenza delle “caratteristiche riportate nei documenti dell'offerta tecnica in atti con quelle richieste dal Capitolato messo a base di gara”.

Il seggio di gara, pertanto, procedeva ad una comparazione punto per punto tra l'offerta di Newag e le prescrizioni del capitolato di gara, rilevando l'assenza delle "dichiarazioni di conformità".

Stessa attività di "comparazione" veniva effettuata nella successiva seduta riservata del 7 giugno 2014.

Nelle sedute di gara del 14 giugno 2014 e del 12 luglio 2014 il seggio di gara provvedeva ad esaminare l'offerta tecnica presentata dall'altro concorrente ammesso.

Infine, in occasione della seduta riservata del 22 novembre 2014 il seggio di gara decideva di disporre l'esclusione di Newag dalla procedura di gara in conseguenza delle riscontrate carenze documentali.

In particolare, a sostegno della esclusione, la stazione appaltante adottava la seguente motivazione:

«... Per quanto attiene l'impresa Newag, prescindendo da altre questioni marginali, a fronte di specifiche richieste di capitolato tecnico, ha mancato di dichiarare la conformità, su numerosi punti (come meglio specificato nei verbali precedenti), alle caratteristiche del materiale rotabile previste specificamente dal capitolato tecnico a base di gara. A tal proposito il disciplinare di gara prevede che l'offerta tecnica "dovrà essere corredata, a pena di esclusione, di tutti i documenti elencati al punto 15 del capitolato tecnico e tutti gli ulteriori documenti che consentono di individuare e verificare le caratteristiche tecniche e funzionali richieste dal capitolato tecnico e quelle offerte dal concorrente" (...). Di conseguenza, alla luce di quanto richiamato e riportato nei precedenti verbali, la Commissione dà atto che non sussistono tutti gli elementi per ritenere il materiale rotabile di cui all'offerta tecnica ... prodotta ... dall'Impresa Newag ... corrispondente in pieno a quello richiesto e illustrato dal capitolato tecnico a base di gara. ...».

Alla successiva seduta pubblica del 10 dicembre 2014 il seggio di gara comunicava l'intervenuta esclusione di Newag sulla scorta della suddetta motivazione.

Con l'atto introduttivo del presente giudizio Newag contestata gli atti di gara relativi alla propria esclusione.

Contestava, altresì, la legge di gara laddove interpretata nel senso fatto proprio dalla stazione appaltante ed in particolare laddove richiede, a pena di esclusione, l'inserimento nella busta "B.1 - offerta tecnica" della dichiarazione di conformità punto per punto delle caratteristiche del materiale rotabile a quelle previste al capitolato tecnico.

Deduceva censure così sinteticamente riassumibili:

1) violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, in particolare, del paragrafo rubricato "busta B.1 - offerta tecnica"; violazione e falsa applicazione dei principi della massima concorrenza e della parità di trattamento; violazione e falsa applicazione degli artt. 46 e 68 dlgs n. 163/2006; violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 6 legge n. 241/1990; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e travisamento; carenza di motivazione: secondo la prospettazione di parte ricorrente l'esclusione sarebbe avvenuta sulla scorta di un formalistico rilievo in ordine alla mancata presentazione della attestazione di conformità; il seggio di gara, pur dando correttamente atto della presenza di tutta la documentazione richiesta a pena di esclusione, avrebbe successivamente proceduto ad una formalistica verifica circa la produzione di dichiarazioni di conformità tra l'offerta presentata e le prescrizioni richieste dal capitolato; il disciplinare prescriverrebbe la necessità di depositare, a pena di esclusione, tutti i documenti elencati al punto 15 del capitolato e tutti gli ulteriori documenti che consentano di individuare e verificare le caratteristiche tecniche e funzionali richieste dal capitolato tecnico e quelle offerte dal concorrente; i documenti previsti dal citato art. 15 del capitolato sarebbero stati regolarmente prodotti dalla ricorrente come accertato dallo stesso seggio di gara; in nessuna parte

del disciplinare sarebbe imposta la presentazione, a pena di esclusione, di non meglio precisate attestazioni di conformità tra l'offerta e le singole prescrizioni del capitolato; l'offerta di Newag sarebbe comunque conforme alle prescrizioni del capitolato; ciononostante il seggio di gara decideva di escludere la stessa solo in conseguenza della suddetta carenza documentale; la stazione appaltante avrebbe certamente dovuto e potuto attivare il potere *ex artt.* 6 legge n. 241/1990 e 46, comma 1 dlgs n. 163/2006 di soccorso istruttorio e di richiesta di chiarimenti, senza con ciò in alcun modo intaccare il principio di immodificabilità dell'offerta; in via estremamente subordinata, laddove la clausola della *lex specialis* debba essere intesa nel senso fatto proprio dal seggio di gara, la stessa sarebbe illegittima per violazione del principio di tassatività di cui all'art. 46, comma 1 *bis* dlgs n. 163/2006 poiché si tratterebbe di una clausola che impone l'esclusione per una violazione meramente formale; detta clausola sarebbe, altresì, illegittima per irragionevolezza e indeterminazione;

2) violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara con particolare riferimento alla verifica delle prescrizioni poste dal capitolato; violazione e falsa applicazione dei principi in tema di massima partecipazione; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 legge n. 241/1990; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e travisamento; carenza di motivazione: in ogni caso la Newag nella propria offerta avrebbe espressamente dichiarato che il veicolo 36WE-IT è stato costruito in base ai requisiti tecnici del committente ed alle normative in vigore; inoltre, la ricorrente avrebbe espressamente sottoscritto per accettazione l'intero capitolato tecnico; tali circostanze non sarebbero state prese in considerazione dal seggio di gara; in più punti della propria offerta l'interessata avrebbe reso le attestazioni di conformità; alla luce di ciò anche le singole asserite carenze di attestazioni di conformità si appaleserebbero errate e frutto di un evidente difetto di istruttoria.

Nessuno si costituiva per la parte resistente.

Con ordinanza n. 51/2015 l'istanza cautelare formulata dalla ricorrente veniva accolta ai fini del riesame.

All'udienza pubblica del 13 maggio 2015 la causa passava in decisione.

Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che il ricorso sia fondato nei sensi e nei limiti sotto indicati.

Invero, l'esclusione della ricorrente, come condivisibilmente affermato dalla difesa, è fondata su un dato meramente formale (*i.e.* mancata produzione di dichiarazioni di conformità del materiale offerto) in contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 46, comma 1 *bis* dlgs n. 163/2006.

Conseguentemente, la stazione appaltante dovrà procedere al riesame della posizione della società ricorrente al fine di verificare la conformità sul piano sostanziale del materiale offerto alla *lex specialis* di gara, anche in considerazione della innovativa regola di generale sanabilità delle irregolarità (essenziali e non) dettata dagli artt. 38, comma 2*bis* e 46, comma 1 *ter* dlgs n. 163/2006.

Dalle argomentazioni espresse in precedenza discende l'accoglimento del ricorso e, per l'effetto, l'annullamento degli atti impugnati nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Ogni altra censura formulata da parte ricorrente resta assorbita, ravvisandosi una delle ipotesi individuate da Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5.

In considerazione della natura e della peculiarità della presente controversia, sussistono giusti motivi per dichiarare irripetibili le spese di lite.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Dichiara irripetibili le spese di lite.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 13 maggio 2015 con  
l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Francesco Cocomile, Primo Referendario, Estensore

Alfredo Giuseppe Allegretta, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/05/2015

IL SEGRETARIO

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