**N. 02075/2012 REG.PROV.COLL.**

**N. 00107/2012 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**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 107 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da Stadler Bussnang AG, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Labianca e Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso il secondo in Bari, via Pizzoli, 8;

*contro*

Ferrotramviaria s.p.a., rappresentata e difesa dall’avv. Massimo Gentile, con domicilio eletto presso l’avv. Angelo Donato in Bari, via Principe Amedeo, 25;

*nei confronti di*

Construcciones Y Auxiliar De Ferrocarriles s.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Benedetto Carbone, Stefano Crisci, Alessandra Quattrini, Michele Didonna, con domicilio eletto presso quest’ultimo in Bari, via Calefati, 61/A;

*per l'annullamento*

del provvedimento di aggiudicazione nella procedura aperta indetta per la fornitura di due elettrotreni a quattro casse a trazione elettrica, omologati per l’esercizio sulla rete RFI ed autorizzati per l’esercizio sulla rete delle Ferrovie del Nord Barese, con opzione per la fornitura di ulteriori due elettrotreni aventi le medesime caratteristiche;

della deliberazione prot. 2452 del 5 dicembre 2011, recante l’approvazione degli atti di gara;

della nota prot. 2613 del 22 dicembre 2011 e della nota prot. 2651 del 30 dicembre 2011, di diniego di accesso agli atti;

di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, ivi compreso il disciplinare di gara ed i verbali;

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato e per la condanna di Ferrotramviaria s.p.a. al risarcimento del danno, mediante reintegrazione in forma specifica e, in subordine, per equivalente;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ferrotramviaria s.p.a. e di Construcciones Y Auxiliar De Ferrocarriles s.a.;

Viste le memorie difensive ed il ricorso incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 7 novembre 2012 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori avv.ti Maria Labianca, Vito Aurelio Pappalepore, Massimo Gentile e Michele Didonna;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La resistente Ferrotramviaria s.p.a. ha indetto, con bando pubblicato il 14 dicembre 2010, una procedura aperta per l’affidamento della fornitura di due elettrotreni (con opzione per la fornitura aggiuntiva di ulteriori due elettrotreni), omologati per l’esercizio sulla rete nazionale ed autorizzati per l’esercizio sulla rete delle Ferrovie del Nord Barese, di importo a base di gara pari ad euro 13.000.000,00, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

La Stadler Bussnang AG (d’ora in poi: Stadler) è stata inizialmente esclusa, nella seduta pubblica del 16 febbraio 2011, per l’asserita incompletezza della dichiarazione resa ai sensi dell’art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006.

In accoglimento del ricorso di Stadler, il provvedimento di esclusione è stato annullato con sentenza di questa Sezione 15 novembre 2011 n. 1712, confermata in appello dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato con sentenza 20 giugno 2012 n. 3590.

La gara è proseguita e si è conclusa con l’aggiudicazione definitiva dell’appalto a Construcciones Y Auxiliar De Ferrocarriles s.a. (d’ora in poi: CAF), comunicata con nota del 12 dicembre 2011 ed impugnata da Stadler con il ricorso in epigrafe.

Le censure, integrate attraverso plurimi motivi aggiunti notificati nel corso del giudizio, possono essere così riassunte:

1) violazione del disciplinare di gara ed eccesso di potere per carenza d’istruttoria, travisamento e disparità di trattamento: secondo quanto risultante dall’accesso agli atti di gara, CAF non avrebbe allegato alla propria offerta tecnica ed economica la copia autentica della procura speciale, richiesta dai paragrafi II.3.1), II.3.2) e II.3.3) del disciplinare di gara a pena d’esclusione;

2) violazione degli artt. 84, 86 e 88 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione dell’art. 3 della legge n. 241 del 1990, incompetenza ed eccesso di potere per carenza d’istruttoria, difetto di motivazione e disparità di trattamento: la verifica dell’anomalia dell’offerta sarebbe stata effettuata dal responsabile del procedimento coadiuvato da alcuni dirigenti tecnici di Ferrotramviaria s.p.a. (in numero pari), anziché dalla commissione giudicatrice; inoltre, il giudizio finale di congruità sarebbe motivato in modo del tutto insufficiente, rispetto al ribasso offerto del 27,38% sul corrispettivo a base d’asta;

3) violazione dell’art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara e violazione dei principi di trasparenza ed imparzialità: le offerte tecniche avrebbero dovuto essere esaminate e valutate in seduta pubblica e non in seduta riservata, come illegittimamente previsto dal disciplinare di gara;

4) violazione del capitolato tecnico ed eccesso di potere per difetto d’istruttoria, disparità di trattamento, illogicità manifesta e sviamento: l’offerta tecnica di CAF sarebbe gravemente incompleta e comunque difforme dalle prescrizioni tecniche contenute nel capitolato speciale d’appalto (in particolare: per il rapporto sulla sicurezza, per il manuale di emergenza e recupero, per il sistema di frenatura, per i pantografi);

5) violazione degli artt. 86 e 87 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per difetto d’istruttoria, erronea presupposizione, illogicità manifesta, travisamento e sviamento: il bando di gara sarebbe illegittimo, in quanto privo della specificazione degli oneri per la sicurezza; in ogni caso, CAF avrebbe omesso di indicare, nell’offerta economica, i costi relativi agli oneri per la sicurezza.

Si sono costituite Ferrotramviaria s.p.a. e l’aggiudicataria CAF, chiedendo il rigetto dell’impugnativa.

L’istanza incidentale di accesso all’integrale documentazione tecnica allegata da CAF alle giustificazioni è stata respinta con ordinanza di questa Sezione 8 marzo 2012 n. 516.

La società controinteressata ha poi notificato ricorso incidentale, volto a dimostrare l’illegittimità dell’ammissione della ricorrente Stadler, per motivi così riassumibili:

I) violazione del capitolato tecnico ed eccesso di potere per difetto d’istruttoria, travisamento e disparità di trattamento: anche l’offerta tecnica di Stadler sarebbe, per molti aspetti, incompleta ed equivoca (in particolare: per il sistema di frenatura, per i carrelli, per il telaio, per le sale montate);

II) sotto altro profilo, violazione del capitolato tecnico ed eccesso di potere per difetto d’istruttoria, travisamento e disparità di trattamento: l’offerta tecnica di Stadler sarebbe inoltre difforme dalle prescrizioni tecniche contenute nel capitolato speciale d’appalto (in particolare: per la velocità massima, per i parametri fondamentali di trazione e comfort, per il passo minimo tra sedili, per la tensione di alimentazione dell’impianto di illuminazione, per il dimensionamento dell’impianto di climatizzazione, per l’impianto di diffusione sonora, per l’alimentazione dell’impianto pneumatico);

III) sotto ulteriore profilo, violazione del capitolato tecnico ed eccesso di potere per difetto d’istruttoria, travisamento e disparità di trattamento: il convoglio progettato ed offerto da Stadler sarebbe differente da quello già omologato per la rete ferroviaria italiana e, ai fini della nuova omologazione, non rispetterebbe talune delle norme tecniche di riferimento (in particolare: per le caratteristiche della rampa di collegamento, per la composizione multipla di tre convogli a quattro vetture).

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 7 novembre 2012, nella quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. La ricorrente Stadler, seconda classificata, impugna l’aggiudicazione definitiva della fornitura di due elettrotreni omologati per l’esercizio sulla rete nazionale ed autorizzati per l’esercizio sulla rete delle Ferrovie del Nord Barese, deliberata da Ferrotramviaria s.p.a. in favore della controinteressata CAF, prima classificata con un ribasso del 27,38% sull’importo a base d’asta pari ad euro 13.000.000,00.

Per ragioni di economia processuale, può prescindersi dall’esame del ricorso incidentale di CAF volto a dimostrare l’illegittimità dell’ammissione di Stadler (per l’asserita incompletezza ed erroneità dell’offerta tecnica), in quanto il ricorso principale va respinto.

2. Con il primo motivo, la ricorrente afferma che CAF non avrebbe rispettato il disciplinare di gara, nella parte in cui prescrive a pena d’esclusione di allegare all’offerta tecnica ed all’offerta economica la copia autentica della procura speciale, rilasciata dalla società concorrente al soggetto che sottoscrive gli atti di gara.

Il motivo è infondato.

La difesa della stazione appaltante ha prodotto in giudizio la copia della procura speciale conferita dal vice-presidente esecutivo di CAF al sig. Jesus Esnaola Altuna, autenticata da notaio spagnolo (doc. 18, depositato il 6 febbraio 2012).

Il fatto che tale copia sia stata allegata da CAF, in unico esemplare, nella sola busta contenente la documentazione amministrativa e non anche nelle buste contenenti l’offerta tecnica e quella economica, non può costituire motivo di esclusione.

Al riguardo, il paragrafo II.2.1) del disciplinare di gara prevede l’esclusione soltanto per l’ipotesi della mancanza della copia autentica della procura speciale nella busta “A”, che contiene la documentazione amministrativa e la domanda di partecipazione. Non si rinviene analoga sanzione nei paragrafi II.3.1), II.3.2) e II.3.3) del disciplinare, che descrivono il contenuto obbligatorio delle buste contenenti le offerte tecniche ed economiche.

Deve perciò giudicarsi sufficiente, ai fini dell’ammissione, l’allegazione della copia autentica della procura nella busta “A”, non potendo la lex specialis di gara essere interpretata oltre il significato letterale da essa desumibile, specialmente quando si pretenda farne discendere l’esclusione di un concorrente per l’asserita incompletezza della documentazione amministrativa allegata all’offerta (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2010 n. 3213).

3. Il secondo ordine di censure attiene al sub-procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta, che secondo parte ricorrente sarebbe viziato sotto molteplici profili:

- per incompetenza, in quanto il responsabile unico del procedimento avrebbe condotto da sé l’istruttoria, con la collaborazione di alcuni dirigenti tecnici della stazione appaltante, invece di rimettere la verifica alla commissione giudicatrice;

- per l’illegittima composizione dell’organo collegiale atipico chiamato a provvedere, composto da un numero pari di membri, alcuni dei quali in situazione di incompatibilità ai sensi dell’art. 84, quarto comma, del d.lgs. n. 163 del 2006;

- per difetto d’istruttoria e di motivazione, in relazione all’abnorme ribasso offerto da CAF ed alle problematiche di carattere tecnico ed organizzativo che conseguirebbero alla fornitura entro 18 mesi di un treno di nuova progettazione, non ancora omologato per la rete ferroviaria italiana.

Anche per tale parte il ricorso è infondato.

3.1. Quanto al primo aspetto, la verifica delle giustificazioni prodotte da CAF è stata esperita dal responsabile unico del procedimento, ing. Pio Fabietti (al contempo presidente della commissione di gara), che ha sottoscritto il relativo verbale insieme ad altro dirigente tecnico di Ferrotramviaria s.p.a., ing. Vito Mastrodonato (anch’egli membro della commissione di gara). All’esame in contraddittorio con l’impresa aggiudicataria hanno preso parte altri dirigenti tecnici della stazione appaltante, l’ing. Giulio Roselli, l’ing. Michele Ronchi e l’ing. Massimo Nitti.

Il Collegio ritiene di aderire all’orientamento interpretativo secondo il quale, specialmente dopo la modifica apportata all’art. 88 del d.lgs. n. 163 del 2006 dall’art. 4-quater del d.l. n. 78 del 2009, resta rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante l’individuazione dell’organo deputato ad esaminare le giustificazioni in ordine alle offerte sospette di anomalia: è cioè consentito dal Codice che la competenza spetti alla commissione giudicatrice, ovvero che si nomini un’apposita commissione di valutazione, ovvero che si decida di rimettere l’esame dell’anomalia al giudizio tecnico del responsabile unico del procedimento (si veda, tra molte, Cons. Stato, sez. III, 16 marzo 2012 n. 1467; Id., sez. VI, 13 dicembre 2011 n. 6531; TAR Lazio, sez. III-bis, 21 gennaio 2011 n. 643; TAR Campania, Napoli, sez. I, 21 ottobre 2010 n. 20634).

La conclusione, oltre ad essere avvalorata dal disposto dell’art. 121 del d.P.R. n. 207 del 2010 (che, tuttavia, non è direttamente applicabile *ratione temporis* alla gara qui controversa), poggia sulla formulazione testuale dell’art. 88, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici, ai cui sensi la stazione appaltante “… ove lo ritenga opportuno, può istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte”.

La norma, applicabile anche nei settori speciali in virtù del richiamo contenuto nell’art. 206, primo comma, del Codice, va interpretata nel senso che, in mancanza di una commissione nominata a tale scopo, è il responsabile unico del procedimento a dover condurre la valutazione di congruità delle offerte sospette di anomalia, restando altresì salva la facoltà della stazione appaltante di demandare tale compito alla commissione giudicatrice eventualmente istituita, ai sensi dell’art. 84 del Codice, per la valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

In altri termini, dall’art. 88, comma 1-bis, del Codice deve farsi discendere la più ampia discrezionalità per l’Amministrazione in merito alla conduzione del sub-procedimento di verifica dell’anomalia delle offerte, che può essere indifferentemente rimesso al responsabile unico del procedimento o ad un organo collegiale.

3.2. Per le stesse considerazioni, non sussiste la dedotta violazione dell’art. 84 del Codice.

L’ing. Pio Fabietti ha infatti agito individualmente nelle qualità di responsabile del procedimento, avvalendosi del mero apporto specialistico di altri dirigenti tecnici di Ferrotramviaria s.p.a. per la valutazione della congruità dei costi stimati dall’aggiudicataria: non possono, pertanto, trovare diretta applicazione le regole e le fattispecie di incompatibilità poste dall’art. 84 del Codice per la composizione della commissione giudicatrice, nella gare che si svolgono con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

3.3. E’ altresì infondata la censura attinente al difetto di motivazione e d’istruttoria.

Come è noto, in tema di anomalia delle offerte sussiste un puntuale ed analitico onere di motivazione solo nel caso in cui l’Amministrazione esprima un giudizio negativo sulle giustificazioni, mentre nel caso di esito positivo della relativa verifica è ben possibile motivare il provvedimento *per relationem*, mediante richiamo espresso delle giustificazioni presentate dal concorrente, sempreché queste non presentino manifesti indici di illogicità o incompletezza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 aprile 2012 n. 1513; Id., sez. V, 20 giugno 2011 n. 3675; TAR Puglia, Bari, sez. I, 8 marzo 2012 n. 506; Id., sez. I, 27 settembre 2011 n. 1396).

Nella vicenda in esame, la verifica di congruità svolta dal responsabile del procedimento deve essere giudicata soddisfacente e resta immune dalle censure dedotte, alla luce delle giustificazioni fornite da CAF sia per iscritto che in sede di audizione, secondo quanto è dato desumere dalla produzione difensiva di Ferrotramviaria s.p.a. (doc. 9, depositato il 6 febbraio 2012) e di CAF (doc. 13 – 21, depositati il 6 febbraio 2012).

Per quanto detto, sono respinti tutti i motivi formali e sostanziali dedotti in relazione al sub-procedimento di verifica dell’anomalia.

4. E’ manifestamente infondato il terzo dei motivi rubricati in narrativa, con cui la ricorrente lamenta che l’esame delle offerte tecniche è avvenuto in seduta non pubblica.

Secondo una regola pacifica ed ormai consolidata, è necessario che l’operazione di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche venga effettuata in seduta pubblica, mentre la successiva attività di valutazione delle stesse e di attribuzione dei relativi punteggi deve avvenire in seduta riservata (cfr., per tutte, Cons. Stato, ad. plen., 28 luglio 2011 n. 13).

Donde la legittimità, per tale profilo, del disciplinare di gara e dell’operato del seggio di gara.

5. Con il quarto nucleo di censure, la ricorrente afferma che l’offerta tecnica di CAF sarebbe incompleta in relazione a diversi elementi e, comunque, si porrebbe in contrasto con le specifiche tecniche contenute nel capitolato speciale.

Anche per tale profilo il ricorso è infondato.

Da un lato, infatti, va rilevato che il paragrafo II.3.1) del disciplinare di gara prevede l’esclusione solo per il caso in cui manchino del tutto gli elaborati tecnici relativi ai sub-elementi di valutazione ivi elencati (posti offerti, percentuale di sedili a sbalzo, numero di porte per fiancata, *lay-out* del pavimento, passo dei sedili, autorizzazioni ed omologazioni, indici RAM). Per nessuno dei predetti elementi la ricorrente ha dimostrato l’assoluta carenza di documentazione tecnica nell’offerta presentata dall’aggiudicataria.

D’altronde, non può trascurarsi che l’art. 11 del capitolato speciale obbliga i concorrenti a consegnare nella fase di esecuzione dell’appalto il progetto costruttivo dei treni.

Analogamente, tutti gli adempimenti attinenti alla redazione della manualistica di sicurezza devono considerarsi differiti alla procedura dell’omologazione e del rilascio delle autorizzazioni amministrative di competenza del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e dell’Agenzia Nazionale per la Sicurezza Ferroviaria e, come tali, riguardano la fase esecutiva della commessa e non possono di per sé determinare l’esclusione di un concorrente dalla gara.

6. E’ viceversa irricevibile l’ultima censura riferita all’omessa specificazione degli oneri per la sicurezza, nel bando e nell’offerta economica di CAF, censura che è stata dedotta per la prima volta da Stadler con motivi aggiunti notificati a mezzo posta il 23 gennaio 2012 (a distanza di oltre trenta giorni dalla comunicazione dell’aggiudicazione definitiva, perfezionatasi al più tardi il 15 dicembre 2011 mediante raccomandata a/r).

Quanto alla mancata quantificazione dei costi per la sicurezza nel bando, è senz’altro dal momento della sua pubblicazione che deve farsi decorrere il termine per impugnare, attesa l’immediata percepibilità del vizio da parte delle imprese interessate alla partecipazione, che non possono strumentalmente riservarsi di chiedere l’annullamento della lex specialis di gara, e dell’intera procedura in via consequenziale, nell’ipotesi di esito non favorevole (in questo senso: Cons. Stato, sez. VI, 26 febbraio 2010 n. 1140; Id., sez. IV, 7 novembre 2012 n. 5671).

Poiché la pubblicazione del bando di gara risale, nella fattispecie, al 14 dicembre 2010, i motivi aggiunti risultano irrimediabilmente tardivi, nella parte in cui sono volti ad ottenere l’annullamento del bando stesso per violazione degli artt. 86 e 87 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Essi sono altresì irricevibili in relazione al provvedimento di aggiudicazione definitiva dell’appalto a CAF, della quale la ricorrente lamenta la mancata esclusione, sull’assunto (confortato da alcuni precedenti giurisprudenziali) che l’impresa concorrente che ometta di specificare i costi relativi alla sicurezza del lavoratori, sia per l’eliminazione dei rischi da interferenze che per la prevenzione dei rischi aziendali, debba essere esclusa anche laddove la lex specialis di gara e la modulistica predisposta dalla stazione appaltante nulla prescrivano al riguardo.

Invero, tale vizio (insito nell’offerta economica di CAF) era desumibile dall’esame della documentazione di gara e poteva essere dedotto già nell’ambito del ricorso originario, notificato in data 10 gennaio 2012.

Né può condividersi la replica di parte ricorrente, secondo la quale dovrebbe trovare applicazione in suo favore l’aumento di trenta giorni del termine per impugnare, ai sensi dell’art. 41, quinto comma, cod. proc. amm. (sia la ricorrente Stadler che la controinteressata CAF hanno infatti la sede legale in altri Stati d’Europa).

In materia di pubblici appalti, infatti, il termine legale accelerato per l’impugnazione degli atti di gara non tollera deroghe ed è destinato a prevalere sulla disciplina generale dei termini processuali, alla stregua delle considerazioni che seguono:

- l’art. 120, quinto comma, cod. proc. amm. si pone in rapporto di specialità rispetto all’art. 41 cod. proc. amm.;

- l’ art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006 assicura, anche nei confronti dei concorrenti che hanno sede all’estero, l’immediata ed esaustiva conoscenza delle decisioni assunte dalla stazione appaltante, cosicché non può configurarsi in astratto una disparità di trattamento o una diminuzione della tutela in pregiudizio delle imprese operanti in altri Stati UE;

- diversamente opinando, sarebbe del tutto alterata la correlazione tra il termine breve per ricorrere ed i termini dilatori per la stipula del contratto prescritti dall’art. 11, commi 10-ss., del d.lgs. n. 163 del 2006.

Donde l’irricevibilità del motivo.

7. In conclusione, il ricorso principale è integralmente respinto, anche con riguardo alla domanda di risarcimento del danno in forma specifica e per equivalente.

Il ricorso incidentale di CAF è improcedibile, per difetto d’interesse.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo, che tiene conto dell’attività difensiva svolta dalle parti resistenti e del valore dell’appalto.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge ed in parte lo dichiara irricevibile.

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna Stadler Bussnang AG al pagamento delle spese di giudizio in favore di Ferrotramviaria s.p.a. e Construcciones Y Auxiliar De Ferrocarriles s.a., a ciascuna nella misura di euro 20.000,00 (ventimila) oltre i.v.a., c.a.p. ed accessori di legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2012 con l’intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Savio Picone, Primo Referendario, Estensore

Francesco Cocomile, Referendario

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/12/2012

IL SEGRETARIO

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