



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 678 del 2011, 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***

Construccion 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***

della esclusione dalla procedura aperta per l'aggiudicazione dell'appalto relativo alla 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, disposta nella seduta del 16 febbraio 2011; delle note di comunicazione fax prot. n. 368 del 17 febbraio 2011 e raccomandata prot. n. 365 del 17 febbraio 2011; e per la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento del danno in favore della società ricorrente mediante reintegrazione in forma specifica e, in subordine, per equivalente;

Visti il ricorso 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;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2011 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori avv.ti Maria Labianca, Vito Aurelio Pappalepore, Angelo Donato (per delega di Massimo Gentile), Francesco Buonanno (per delega di Stefano Crisci e Alessandra Quattrini), Domenico Damato (per delega di 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'appalto di 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, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e di importo a base di gara pari ad euro 13.000.000,00.

La Stadler Bussnang AG è stata esclusa, nella seduta pubblica del 16 febbraio 2011 (cfr. pag. 8 del verbale), perché i suoi amministratori avrebbero omesso la dichiarazione di non aver subito condanne con il beneficio della non menzione, ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 e del paragrafo II.2.1. del disciplinare di gara.

Con ricorso dapprima proposto al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (e ritualmente riassunto dinanzi a questo Tribunale, a seguito dell'ordinanza n. 2689/2011 con la quale il primo Giudice adito si è dichiarato incompetente per territorio), la Stadler Bussnang AG impugna il provvedimento di esclusione, deducendo violazione della *lex specialis* di gara, violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione dell'art. 48 del D.P.R. n. 445 del 2000 ed eccesso di potere per difetto d'istruttoria e travisamento: afferma, in sintesi, che l'ing. Maurizio Oberti, procuratore speciale incaricato di predisporre l'offerta e sottoscrivere gli atti per conto della società, avrebbe reso una dichiarazione autocertificata del tutto rispondente a quanto richiesto dal disciplinare di gara e dalla legge, riferita all'intera compagine societaria e ad ogni tipologia di fattispecie delittuosa.

Si sono costituite Ferrotramviaria s.p.a. e Construcciones Y Auxiliar De Ferrocarriles s.a. (unica concorrente rimasta in gara ed aggiudicataria provvisoria), per chiedere il rigetto del gravame.

Questa Sezione, con ordinanza n. 397 del 5 maggio 2011, ha accolto l'istanza di sospensiva ed ha disposto l'ammissione con riserva della società ricorrente.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 19 ottobre 2011, nella quale la causa è passata in decisione.

## DIRITTO

1. Preliminarmente, deve essere respinta l'eccezione di improcedibilità avanzata dalla difesa della controinteressata, sull'assunto che non sarebbe stata impugnata l'aggiudicazione provvisoria disposta dalla commissione di gara nella seduta pubblica svoltasi in data 1 luglio 2011, alla presenza di un rappresentante della Stadler Bussnang AG.

In contrario, è sufficiente richiamare il consolidato indirizzo giurisprudenziale, secondo il quale l'onere di impugnazione, per l'impresa esclusa, sorge soltanto in relazione all'aggiudicazione definitiva, mentre l'atto di aggiudicazione provvisoria conserva valenza endoprocedimentale e la sua immediata impugnazione costituisce una mera facoltà (così, tra molte, Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 2010 n. 4483; Id., sez. V, 8 settembre 2008 n. 4241).

2. Nel merito, il ricorso è fondato.

L'esclusione della Stadler Bussnang AG è stata così motivata dalla commissione di gara:

a) il presidente e legale rappresentante della società, Peter Spuhler, ha

prodotto la dichiarazione di insussistenza a proprio carico delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, ma non ha attestato di non aver subito condanne penali con beneficio della non menzione, così come richiesto dal secondo comma dell'art. 38 del codice e dal paragrafo II.2.1. del disciplinare di gara;

b) gli amministratori e direttori tecnici della società, Urs Bernhard Wieser, Hans Peter Schwald, Anton August Zimmermann, Renè Frischknecht, Klaus Potocnik, Matthias Keller, Jurg Gygax, Peter Jenelten, Vincenza Trivigno, Markus Bernsteiner, Jurg Schoning, Christian Konig, Peter Fehr, Christoph Keller Knellwolf ed Hans Rudolf Geel, sono incorsi in identica omissione, tutti avendo omesso di specificare, nelle rispettive dichiarazioni autocertificate, l'assenza a loro carico di condanne penali con beneficio della non menzione.

Per quanto qui rileva, il disciplinare di gara (pag. 6) stabiliva, a pena d'esclusione, che la dichiarazione sostitutiva ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 doveva comprendere anche le eventuali condanne assistite dal beneficio della non menzione e che tale specificazione era obbligatoria, anche se negativa.

L'ing. Maurizio Oberti, procuratore speciale della Stadler Bussnang AG, ha allegato all'offerta una dichiarazione sostitutiva ai sensi del D.P.R. n. 445 del 2000 (cfr. doc. 7 di parte ricorrente), nella quale ha tra l'altro attestato:

- che *“né la società Stadler Bussnang AG, in persona del suo presidente e legale rappresentante pro-tempore, sig. Peter Spubler, né il direttore tecnico, ing. Matthias Keller, né il direttore finanziario – CFO, dott. Hans Rudolf Geel, e né*

*il sottoscritto, unitamente a tutti membri della compagine sociale di seguito indicati (segue, al successivo capoverso, l'elenco comprendente tutti gli amministratori e procuratori sopra nominati), si trovano nelle condizioni di esclusione di partecipazione alla gara di cui all'art. 38 c. 1 del D.lgs. n. 163/06 e s.m.i. lett. a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m), m-ter), m-quater) e c. 2 del D.Lgs. n. 163/06 e s.m.i. e da qualsiasi altra disposizione legislativa e regolamentare secondo cui sono esclusi dalla partecipazione alla gara e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti ivi indicati?";*

*- che "in capo ai seguenti soggetti: sig. Peter Spuhler, presidente e legale rappresentante, ing. Matthias Keller, direttore tecnico, e dott. Hans Rudolf Geel, CFO – direttore finanziario, vi è assenza delle cause di esclusione, di sentenze passate in giudicato, di decreti penali irrevocabili o di sentenze di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per qualsiasi reato".*

L'ing. Oberti ha inoltre allegato le singole dichiarazioni autocertificate, sottoscritte dal presidente Peter Spuhler, dai direttori Matthias Keller e Hans Rudolf Geel e dai procuratori Urs Bernhard Wieser, Hans Peter Schwald, Anton August Zimmermann, Renè Frischknecht, Klaus Potocnik, Jurg Gygax, Peter Jenelten, Vincenza Trivigno, Markus Bernsteiner, Jurg Schoning, Christian Konig, Peter Fehr, Christoph Keller Knellwolf, tutte rese su identico modello prestampato, nelle quali effettivamente manca l'espresso riferimento alle condanne penali con beneficio della non menzione, secondo quanto richiesto dal paragrafo II.2.1. del disciplinare di gara.

Ma per tale carenza, che la commissione di gara ha giudicato essenziale ai fini dell'esclusione, supplisce la dichiarazione del

procuratore speciale ing. Oberti, che ha attestato, per sé e per i soggetti indicati all'art. 38, primo comma – lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006 (e cioè il presidente Peter Spuhler, il direttore tecnico Matthias Keller ed il direttore finanziario Hans Rudolf Geel), l'assenza di qualsivoglia precedente penale, anche con il beneficio della non menzione, dovendo a questa stregua interpretarsi i due periodi della dichiarazione sopra testualmente trascritti.

Ad avviso del Collegio, dal disciplinare di gara non può farsi discendere la sanzione dell'esclusione, peraltro riferibile alla sola residuale ipotesi delle condanne con non menzione nel casellario, qualora il procuratore speciale dell'impresa abbia reso la dichiarazione onnicomprensiva anche per conto degli altri amministratori e direttori, nominativamente indicati.

Né incombeva sulla società ricorrente l'onere di impugnare immediatamente, per tale parte, il bando di gara, come affermato dalla difesa della controinteressata. Il paragrafo II.2.1. del disciplinare di gara, correttamente inteso, consentiva la presentazione della dichiarazione autocertificata anche per conto di soggetti terzi, amministratori e direttori dotati di poteri di rappresentanza all'interno della società.

Siffatta interpretazione è conforme al principio generale del *favor participationis* ed a quanto affermato, di recente, proprio da questa Sezione, nel senso che le dichiarazioni relative all'assenza di condanne penali, in sede di offerta, sono rese non nell'interesse del solo soggetto dichiarante, bensì nell'interesse dell'impresa concorrente,

sicché è ben possibile che l'amministratore che sottoscrive gli atti di gara renda le dichiarazioni anche in vece degli altri soggetti coinvolti, osservando le prescrizioni di cui all'art. 47, commi 1 e 2, del D.P.R. n. 445 del 2000 (così TAR Puglia, Bari, sez. I, 24 febbraio 2009 n. 399; Id., sez. I, 18 novembre 2010 n. 3916).

3. Discende da quanto detto la fondatezza del motivo e l'illegittimità dell'esclusione della Stadler Bussnang AG, che va annullata.

E' invece respinta la domanda di risarcimento del danno, poiché l'accoglimento dell'istanza cautelare ha consentito alla ricorrente di partecipare alla gara e di classificarsi seconda. Nessun pregiudizio, dunque, è scaturito dal verbale di esclusione.

Le spese processuali seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo, che tiene conto del valore dell'appalto e delle difese svolte.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'esclusione disposta nella seduta del 16 febbraio 2011. Respinge la domanda di risarcimento del danno.

Condanna Ferrotramviaria s.p.a. e Construcciones Y Auxiliar De Ferrocarriles s.a. al pagamento delle spese di giudizio in favore di Stadler Bussnang AG, ciascuna nella misura di euro 20.000 (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 19 ottobre  
2011 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere

Savio Picone, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/11/2011

IL SEGRETARIO

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