

Pubblicato il 12/07/2018

N. 01609/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01337/2016 REG.RIC.



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 Sicilia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1337 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla NEWAG S.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe La Rosa, Jacek Bieniak, Carlo Comandè, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Carlo Comandè, in Palermo, via Nunzio Morello n.40;

contro

Assessorato delle Infrastrutture e Mobilità della Regione Siciliana - Dipartimento Regionale delle Infrastrutture della Mobilità e dei Trasporti, in persona dell'Assessore *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliata *ex lege* in Palermo, via A. De Gasperi 81;

nei confronti

Società STADLER Bussnang Ag, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Labianca, Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso lo studio degli avv.ti Simona Fell e Francesco Leone, in Palermo, via Libertà n. 62;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- del verbale di gara del 13 aprile 2016, relativo all'appalto bandito dal Dipartimento regionale delle Infrastrutture, della Mobilità e dei Trasporti della Regione Siciliana relativo alla fornitura, "chiavi in mano", di n. 5 treni automotori completi, bidirezionali, ad uno o più piani, a trazione elettrica alimentati a 3 kV cc, reversibili di lunghezza massima di 110 metri, con capacità totale di almeno 180 posti a sedere per ciascun convoglio" (CIG n. 5519567AC5), sia nella parte in cui è stata disposta l'esclusione della società NEWAG S.A. sia nella parte in cui, conseguentemente, è stato aggiudicato in via provvisoria l'appalto in questione alla società STADLER Bussnang AG;
- ove occorra, della nota prot. n. 19339 del 15 aprile 2016 di comunicazione dell'intervenuta esclusione della NEWAG dalla procedura di gara e contestuale aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore della STADLER Bussnang SA;
- ove occorra, del bando di gara (punto III 2.3.) e del disciplinare di gara (punto 8.1, lett. e. 3 ed e. 4.), relativi al possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale, nonché di ogni altra disposizione similare contenuta nella lex specialis, ove interpretati nel senso fatto proprio dalla Stazione appaltante in relazione alla definizione del criterio di analogia per la valutazione delle pregresse forniture;
- ove occorra, delle cd. "FAQ" n. 1, quesito 24, "FAQ" n. 2, quesiti nn. 16 e 45, nonché di ogni altro quesito similare contenuto nelle FAQ nn. 1 e 2, ove interpretate nel senso fatto proprio dalla Stazione appaltante in relazione alla definizione del criterio di analogia per la valutazione delle pregresse forniture;
- ove occorra, dei verbali di sedute di gara in sede riservata del 26 gennaio 2016 e del 3 febbraio 2016, nonché di altre sedute riservate svoltesi, nelle

parti in cui viene esaminata la posizione della NEWAG in relazione alla suddetta motivazione di esclusione;

- ove occorra, della nota prot. 3919 del 27 gennaio 2016, con la quale il RUP trasmette alla Commissione di gara la corrispondenza intercorsa con la NEWAG in relazione al requisito della capacità tecnica;

- ove occorra, della nota prot. n. 57289 del 13 novembre 2015, emessa dal RUP sempre con riferimento alla verifica sul possesso del requisito tecnico da parte di NEWAG;

- di ogni altro atto e provvedimento antecedente e/o successivo, comunque presupposto, connesso e consequenziale anche se non specificamente menzionato, ad oggi sconosciuto;

nonché per l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del conseguente contratto (tutela in forma specifica), e nell'ipotesi in cui nelle more del giudizio venisse stipulato il contratto per la declaratoria di inefficacia del contratto stesso e della conseguente domanda di subentro;

nonché, in via subordinata, per l'accoglimento della domanda di condanna della Stazione appaltante al risarcimento per equivalente monetario per la refusione degli asseriti danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, nella misura che, si indica già nel 30% dell'importo a base d'asta del contratto (25er lucro cessante e 5er perdita di qualificazione e di chances), ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizio, anche in via equitativa, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria;

quanto al primo ricorso per primi motivi aggiunti:

- delle norme della lex specialis (punto VI.3 del bando di gara; artt. 8.2 "Il plico "BUSTA B – Offerta tecnica", 9 e 10 del disciplinare di gara e i corrispondenti artt.3.1 e 3.11 del capitolato speciale d'appalto, relativi al "Servizio di manutenzione") se interpretate nel senso che la produzione di tale documento sia richiesto a pena di esclusione;

quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti:

per l'accoglimento di tutte le domande già formulate con il ricorso principale nonché di quelle formulate in via gradata i motivi aggiunti subordinati anche ai fini della dedizione dell'intera procedura di gara;

quanto al terzo ricorso per motivi aggiunti:

per l'accoglimento di tutte le domande già formulate con il ricorso principale nonché di quelle formulate in via gradata i motivi aggiunti subordinati anche ai fini della dedizione dell'intera procedura di gara;

quanto al quarto ricorso per motivi aggiunti:

- del D.R.S. n. 0019531S2 (ex S4) del 30 agosto 2016, della Regione Siciliana, Assessorato regionale delle Infrastrutture e Mobilità della Regione Siciliana - Dipartimento delle infrastrutture della mobilità e dei trasporti, Servizio 2, comunicato con nota prot. n. 40795 del 31 agosto 2016, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della STADLER Bussnang AG e ribadita l'esclusione di NEWAG dalla procedura di gara;

- ove occorra, della suddetta nota prot. n. 40795 del 31 agosto 2016, della Regione Siciliana, Assessorato regionale delle Infrastrutture e Mobilità della Regione Siciliana - Dipartimento delle Infrastrutture della Mobilità e dei Trasporti, Servizio 2;

- ove occorra degli atti - non conosciuti - relativi al procedimento di verifica dei requisiti in capo a STADLER nonché di conformità dell'offerta;

- in subordine, del bando di gara, del disciplinare e del capitolato tecnico per le parti di interesse;

- in subordine, di tutti gli atti, verbali delle sedute di gara e provvedimenti della procedura anche ai fini della ripetizione della procedura di gara;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

quanto al primo ricorso incidentale:

degli atti e dei verbali di gara nella misura in cui non è stata disposta sotto altro profilo, l'esclusione della NEWAG;

quanto al secondo al ricorso incidentale:

- del D.R.S. n. 0019531S2 (ex S4) del 30 agosto 2016, della Regione Siciliana, Assessorato regionale delle Infrastrutture e Mobilità della Regione Siciliana - Dipartimento delle infrastrutture della mobilità e dei trasporti, Servizio 2, comunicato con nota prot. n. 40795 del 31 agosto 2016, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della STADLER Bussnang AG nella parte in cui non è stata disposta, sotto altro profilo, l'esclusione di NEWAG dalla procedura di gara.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Assessorato delle Infrastrutture e Mobilità - Dipartimento Regionale delle Infrastrutture della Mobilità e dei Trasporti e della Società STADLER Bussnang Ag;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2018 il dott. Francesco Mulieri e uditi per le parti i difensori Avv.ti Andrea Ciulla, Carlo Comandè, Francesco Pignatone, Maria Labianca e Vito Aurelio Pappalepore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Con ricorso introduttivo notificato il giorno 11.5.2016 e depositato il giorno 25 seguente, la società NEWAG S.A. adiva questo Tribunale al fine di ottenere l'annullamento della sua esclusione dalla gara di appalto con accordo quadro avente a oggetto la *“fornitura, chiavi in mano, di n. 5 treni automotori completi, bidirezionali, ad uno o più piani, a trazione elettrica alimentati a 3 kV cc, reversibili di lunghezza massima di 110 metri, con capacità totale di almeno 180 posti a sedere per ciascun convoglio. Full service manutentivo”* (bando di gara pubblicato sulla G.U.U.E. del

28.12.2013, poi rettificato, con scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione il 22.4.2014) e del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e, poi, con motivi aggiunti - notificati il 6.7.2016 e depositati il giorno 8 seguente - di quella definitiva in favore della STADLER Bussnang AG.

L'esclusione era disposta dalla Commissione di gara per mancanza del requisito di cui al punto III.2.3. "Capacità tecnica" del bando e, dunque, dell'affidabilità della società ricorrente, da dimostrarsi con la dichiarazione ex D.P.R. 445/2000 di avere prodotto negli ultimi tre esercizi n.30 convogli per il trasporto passeggeri su rete ferroviaria con caratteristiche analoghe a quelli oggetto della gara: la NEWAG, invero, aveva dichiarato e provato di avere fornito solo 25 treni a trazione elettrica e altri 5 treni a trazione endotermica diesel.

La NEWAG deduceva la "Violazione e falsa applicazione dell'art. 42, D.lgs. 163/2006 e del punto III.2.3. del bando di gara e punto 8.1., lett.E.3 ed E.4 del Disciplinare di gara; eccesso di potere per travisamento, difetto d'istruttoria, sviamento, contraddittorietà e disparità di trattamento; violazione dei principi posti a tutela della par condicio e della massima partecipazione".

La società ricorrente - argomentando sul discrimine tra caratteristiche analoghe e caratteristiche identiche come enucleate dalla giurisprudenza formatasi in materia di "servizi analoghi" - sosteneva che l'analogia va identificata nel medesimo settore imprenditoriale e nel complesso delle esperienze pregresse, non rilevando il fatto che 5 dei 30 treni prodotti abbiano il sistema di trazione diesel.

Su tali basi contestava pertanto l'interpretazione della *lex specialis* data dal Seggio di gara.

Qualora poi il provvedimento di esclusione fosse stato ritenuto conforme alla *lex specialis* e ai chiarimenti offerti dalla stazione appaltante, la

ricorrente impugnava quest'ultimi, chiedendone l'annullamento in parte qua.

2. - La controinteressata STADLER si costituiva in giudizio con controricorso e, con successiva memoria - notificata il 6-7/06/2016 - eccependo in rito la irricevibilità del ricorso (per tardiva impugnazione delle clausole del bando di gara immediatamente escludenti e l'inammissibilità in forza della natura vincolata del provvedimento di esclusione) e, nel merito, sostenendo la tesi secondo cui poiché il bando e il disciplinare di gara fanno riferimento a convogli con caratteristiche analoghe a quelli oggetto della gara non può che trattarsi di treni a "trazione elettrica" e ciò troverebbe conferma nella interpretazione fornita tramite le FAQ rese dalla stazione appaltante sul punto (FAQ n.1, Quesito n.24, del 20.2.2014 e FAQ n.2, Quesito n.16, del 31.3.2014). L'analogia tra treni a trazione elettrica e treni diesel sarebbe stata poi da escludere in quanto la costruzione e l'omologazione dei primi comporterebbero maggiori complessità progettuali e omologative rispetto ai secondi.

Veniva, altresì, sostanzialmente proposto ricorso incidentale, sostenendosi che la NEWAG avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara anche a causa della mancata allegazione della documentazione relativa alla manutenzione dei treni post gara (full service) asserendone la previsione a pena di esclusione nella lex specialis e sottolineando, peraltro, che per tale servizio è stato attribuito il punteggio aggiuntivo senza il quale la NEWAG non si sarebbe classificata al primo posto. La Commissione di gara, quindi, facendo un uso illegittimo del soccorso istruttorio avrebbe consentito alla NEWAG di sanare l'originario difetto documentale, piuttosto che escluderla; e, comunque, nessun punteggio ulteriore avrebbe potuto esserle attribuito per tale servizio.

3. - Con memoria del 21 giugno 2016, la ricorrente NEWAG illustrava ulteriormente le proprie tesi difensive con precisi riferimenti giurisprudenziali e replicava agli assunti incidentali della controinteressata,

spiegando che la lex specialis non prevedrebbe a pena di esclusione l'allegazione della documentazione relativa alla manutenzione dei treni post gara (full service) e che, comunque, tale elemento farebbe parte dell'offerta economica e non di quella tecnica (cfr. verbale del 7.8.2015).

In via subordinata, proponeva motivi aggiunti sulla base delle doglianze incidentali, impugnando le norme della lex specialis (punto VI.3 del bando di gara; artt. 8.2 "Il plico "BUSTA B – Offerta tecnica", 9 e 10 del disciplinare di gara e i corrispondenti artt.3.1 e 3.11 del capitolato speciale d'appalto, relativi al "Servizio di manutenzione") se interpretate nel senso che la produzione di tale documento fosse richiesto a pena di esclusione e ciò per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, co.1 bis, D.lgs. n.163/06.

4. - Con atto notificato il 16.6.2016 e depositato il giorno 23 seguente, la STADLER proponeva ricorso incidentale, a seguito dell'accesso – solo parzialmente consentito dalla stazione appaltante - alla offerta tecnica della ricorrente principale, lamentando ulteriormente:

- a) l'illegittimità del diniego di accesso alla documentazione relativa alla manutenzione dei treni post gara (full service) prodotta in gara dalla ricorrente principale solo a seguito del soccorso istruttorio che, nel caso di specie, non poteva essere consentito atteso che, tra l'altro, il bando di gara è stato pubblicato il 28.12.2013 prima della novella del D.L. n.90 del 2014 che ha introdotto il co. 2 bis dell'art. 38 del codice dei contratti;
- b) l'illegittima attribuzione dei punti relativi al predetto servizio, decurtati i quali la ricorrente risulterebbe ultima in graduatoria e priva di interesse al ricorso che sarebbe, dunque, inammissibile;
- c) l'omessa prova da parte della ricorrente dell'equivalenza tecnica ai sensi dell'art. 68 del D.lgs. n.163/2006;
- d) che i sei tram modello INSPIRO ricompresi tra i treni a trazione elettrica – peraltro prodotti dalla società Siemens e non dalla NEWAG che ne ha curato l'assemblaggio finale - non sarebbero equivalenti a quelli

oggetto della fornitura in appalto e, perciò, non potrebbero concorrere a integrare il requisito minimo di 30 treni analoghi.

5. - Con memoria depositata il 27 giugno 2016, l'Avvocatura dello Stato, già costituita in giudizio per l'amministrazione regionale con atto di mera forma, argomentava al fine di dimostrare la ragione per la quale i convogli a trazione diesel non possono ritenersi "analoghi" a quelli a trazione elettrica, alla stregua del punto 11.1.5), pag. 2 del bando di gara e della FAQ n.1 in risposta al quesito n.16, tenuto conto dell'ambito del sindacato del giudice amministrativo sugli apprezzamenti tecnico-discrezionali della P.A., confinato alle ipotesi della manifesta illogicità e/o irragionevolezza.

6. - Con memoria depositata il 27 giugno 2016, la controinteressata ha insistito nella domanda di accesso e ulteriormente dissertato su tematiche tecniche al fine di contestare, in particolare, la corrispondenza ai sensi dell'art. 68 del D.lgs. 163/2006 dei treni prodotti dalla NEWAG ai requisiti del Capitolato speciale d'appalto (Capitolo II "Caratteristiche dei convogli" – art.2.1 – "Caratteristiche tecniche dei convogli": v. pagg. 1 e 3) sotto il profilo della non conformità del limite superiore dell'intervallo di tensione di funzionamento a 3600 V a fronte di quello di 4000 V richiesto che, come tale, sarebbe insufficiente a garantire il corretto comportamento del treno sotto la catenaria a 3 kV cc..

7. - Con memoria del 28 giugno 2016 la ricorrente principale (oltre ad opporsi all'istanza di accesso alla documentazione tecnica prodotta in gara) replicava al ricorso incidentale con particolare riferimento all'assunto secondo cui, in sede di gara, non avrebbe dato prova della corrispondenza ai sensi dell'art. 68 del D.lgs. 163/2006 dei treni ai requisiti del Capitolato speciale d'appalto, poiché l'unico onere posto era quello di dimostrare il possesso della capacità tecnica: la censura così proposta sarebbe infondata e inammissibile, fermo restando che il prodotto offerto è conforme alla lex specialis.

Quanto ai treni INSPIRO, precisava che la stazione appaltante con la FAQ n.16 aggiornata al 31 marzo 2014, li ha ritenuti valutabili ai fini del prescritto requisito della capacità tecnica di cui all'art.42 del D.lgs. n.163/2206, così come ha ritenuto adeguata la attestazione del 17.6.2016 rilasciata dal Committente "Metropolitana di Varsavia" circa la realizzazione dei treni INSPIRO da parte della società NEWAG.

8. - Con ordinanza collegiale n. 1682 del 4.7.2016 veniva accolta la domanda di accesso agli atti proposta dalla STADLER Bussnang Ag e, per l'effetto, si ordinava all'Amministrazione depositaria della documentazione di gara, di esibire copia della documentazione relativa all'offerta tecnica della NEWAG, e si è fissata, per il prosieguo della trattazione del ricorso, l'udienza camerale del 20 luglio 2016.

L'Amministrazione onerata dava esecuzione alla predetta ordinanza depositando la documentazione richiesta il 7.7.2016.

9. - Con memoria dell'8 luglio 2016, la controinteressata STADLER insisteva nelle proprie difese e replicava ulteriormente a quelle di parte avversa.

10. - Con memoria e ulteriori motivi aggiunti - depositati l'8 luglio 2016 - subordinati all'accoglimento delle doglianze incidentali in ordine alla presunta illegittimità del soccorso istruttorio a suo favore, la ricorrente principale ribadiva quanto già espresso nei precedenti scritti difensivi e precisava, inoltre, che pure la controinteressata STADLER avrebbe beneficiato del soccorso istruttorio al fine dell'integrazione della documentazione afferente all'offerta tecnica, in violazione della lex specialis (punti 8.2.e 9 del disciplinare, VI.3 del bando) e che perciò la stessa avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara o, comunque, avrebbe dovuto esserle attribuito un punteggio pari a zero per l'offerta tecnica e la seconda posizione nella classifica, dopo la NEWAG medesima.

In via ancora più subordinata, deduceva che, in caso di accoglimento delle censure della STADLER e della ricorrente comportanti l'esclusione di

entrambe, tutta la gara, in quanto andata deserta, avrebbe dovuto essere annullata.

11. - Con memoria depositata il 20 luglio 2016, la controinteressata STADLER ha eccepito l'irricevibilità dei motivi aggiunti depositati l'8 luglio 2016 dalla ricorrente principale e l'inammissibilità per carenza d'interesse alla ripetizione della gara.

12. - Con terzi motivi aggiunti al ricorso principale, depositati il 27/07/16, la NEWAG deduceva, innanzitutto, che i treni offerti dalla controinteressata avrebbero le medesime caratteristiche di quelli offerti dalla stessa, con riferimento al *range* di tensione e che nessuna dichiarazione di equivalenza sarebbe stata prodotta in gara al riguardo, al pari di quanto contestato dalla STADLER con il ricorso incidentale che, quindi, nell'ipotesi di accoglimento della censura de qua, andrebbe parimenti esclusa dalla gara, precisando, in secondo luogo, che la stazione appaltante con la FAQ n.2 al quesito 11 ha chiarito che la *lex specialis* richiede la conformità alla normativa CEI EN 50163.

Infine, chiedeva l'ostensione integrale dell'offerta tecnica della STADLER e insiste nelle domande già articolate nei precedenti scritti.

13. - Con il quarto ricorso per motivi aggiunti, depositato il 28/9/16, la società NEWAG impugnava l'aggiudicazione definitiva, nelle more intervenuta, deducendo il vizio di illegittimità derivata.

14. - Con il secondo ricorso incidentale depositato il 7 ottobre 2016, anche la STADLER impugnava tale atto, richiamando le censure prima dedotte.

15. - Con ordinanza n. 674 del 9.3.2016, la Sezione disponeva la nomina di un CTU, Ing. Angelo Di Figlia, al fine di dare risposta ai seguenti quesiti:

1. *“Dica il CTU se ai fini della dimostrazione del possesso dell'idonea capacità tecnica per l'ammissione alla gara, possano ritenersi “convogli analoghi e aventi caratteristiche analoghe” a quelli oggetto del bando (a propulsione elettrica), i treni a propulsione endotermica (diesel) della tipologia offerta dall'impresa NEWAG”;*

2. *“Dica il CTU se la fornitura di convogli ferroviari offerta dalla NEWAG, quanto alla caratteristica tecnica della “tensione nominale di alimentazione” e degli “azionamenti di trazione”, sia conforme a quanto previsto in merito dal Capitolato Speciale di Appalto al fine di garantire i requisiti prestazionali richiesti”.*

16. - Il C.T.U. incaricato depositava la relazione finale il 26.4.2017 e, con relazione integrativa depositata il 22/05/17, replicava alle osservazioni delle controparti.

17. - In vista dell'udienza di merito tutte le parti producevano memorie.

18. - All'udienza pubblica del 7.7.2017, il ricorso veniva discusso e quindi posto in decisione.

19. - Con sentenza del n. 2200 del 19/09/2017, la Sezione aderiva all'eccezione di irricevibilità del ricorso principale per tardività sollevata dalla controinteressata STADLER, ritenendo la natura immediatamente lesiva delle clausole del bando (punto III 2.3) e del disciplinare di gara (punto 8.1, lett. e, punti 3 e 4) nella parte in cui imponevano ai concorrenti di dimostrare il possesso del requisito di capacità tecnica a mezzo della dimostrazione di aver fornito almeno n. 30 convogli per il trasporto di passeggeri su rete ferroviaria con caratteristiche analoghe di quelli di cui alla presente gara, assumendo che l'esclusione ricorrente fosse maturata in diretta applicazione di tali clausole di *lex specialis* e dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante ai quesiti posti dai concorrenti.

20. - Con sentenza del 1 marzo 2018 n. 123, in accoglimento dell'appello proposto dalla NEWAG, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana annullava la predetta sentenza *“rimettendo la causa al giudice di primo grado, affinché la decida nel merito, con diversa composizione del collegio”.*

21. - Con atto, notificato il 5 aprile 2018 e depositato il 9 aprile successivo, la NEWAG ha riassunto il presente giudizio ed ha insistito - previa declaratoria di inammissibilità e/o infondatezza dei motivi di ricorso

incidentale proposti da STADLER, anche in ragione e in accoglimento dei “motivi aggiunti” al ricorso principale – perché sia accolto il ricorso introduttivo del presente giudizio.

22. - La STADLER, con atto di costituzione depositato il 12 aprile 2018, si è opposta all'accoglimento delle avverse richieste, siccome inammissibili, improcedibili ed infondate, sulla scorta delle considerazioni esposte nei molteplici scritti difensivi versati in giudizio e ha riproposto i motivi di ricorso incidentale preordinati ad ottenere l'annullamento degli atti della procedura selettiva nella parte in cui hanno omesso di escludere dal confronto concorrenziale la società NEWAG.

23. - In vista dell'udienza di discussione, nel merito, del ricorso in epigrafe tutte le parti hanno depositato memorie e repliche.

24. - Alla pubblica udienza del 25 maggio del 2018, l'Avvocato dello Stato ha chiesto la rinnovazione della (CTU). L'avv. Pappalè ha eccepito la irrivalenza della perizia allegata alla memoria di replica depositata dalla NEWAG in data 14 maggio 2018 chiedendone lo stralcio. L'avv. Ciulla si è opposto richiamando il disposto dell'art. 73 c.p.a.; indi il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. - Il Collegio in via preliminare rileva la tardività della memoria di replica dell'Assessorato resistente, depositata in data 16 maggio 2018.

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha puntualizzato che “i termini previsti dall'art. 73 comma 1, cod. proc. amm. sono perentori e, in quanto tali, non possono essere superati neanche ove sussistesse accordo delle parti, essendo il deposito tardivo di memorie e documenti ammesso in via del tutto eccezionale nei soli casi di dimostrazione dell'estrema difficoltà di produrre l'atto nei termini di legge, siccome previsto dall'art. 54 comma 1, dello stesso cod. proc. amm.” (cfr. Cons. Stato Sez. V, 27-07-2017, n. 3705).

Nel caso di specie, rispetto all'odierna udienza di discussione in data 25 maggio 2018, il deposito della memoria di replica del resistente Assessorato, avvenuto in data 16 maggio 2018, non rispetta il termine perentorio, dimezzato in materia di appalti, di dieci giorni liberi. Occorre, pertanto, disporre lo stralcio di detta memoria dagli atti del giudizio.

Il Collegio rileva, inoltre, la ritualità della replica della NEWAG (depositata in data 14 maggio 2018) essendo stata prodotta nel rispetto del termine e della funzione descritta dal comma 1 dell'art. 73, comma 1, c.p.a. che è, appunto, quella di replicare "ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista dell'udienza" (art. 73, comma 1, c.p.a.).

2. - Sempre in via preliminare il Collegio ritiene di non accogliere alcuna delle istanze di rinnovazione della CTU, proposte dall'Avvocatura dello Stato e dalla difesa della STADLER.

Costituisce *jus receptum* nella giurisprudenza del Consiglio di Stato il principio secondo il quale "la circostanza che sulle questioni affidate e trattate dal consulente tecnico d'ufficio non si sia raggiunto il consenso delle parti in causa, anche in ragione della loro novità, complessità e tecnicità delle questioni trattate, con conseguente opinabilità delle soluzioni proposte, non può in alcun modo determinare l'invalidità della consulenza tecnica d'ufficio (e della sentenza che ne recepisce le conclusioni), la nullità della stessa potendo ricollegarsi soltanto alla violazione del principio del contraddittorio per non essere stato consentito alle parti e ai loro difensori e consulenti, di partecipare al procedimento e di svolgervi le opportune osservazioni e controdeduzioni; né può a tal fine rilevare il mero rigetto delle tesi di una delle parti e l'accoglimento, anche parziale, di quelle dell'altra parte" (Cons. Stato, Sez. IV, 13 dicembre 2017, n. 5871; Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2012, n. 5962).

Nel caso di specie l'istruttoria è stata condotta nel rispetto del principio del contraddittorio ed in maniera esaustiva, fornendo elementi di giudizio più che sufficienti ad assumere una decisione consapevole; il consulente

nominato da questo Tribunale ha infatti esaurientemente chiarito tutte le questioni che era necessario approfondire.

3. - Ciò premesso, il Collegio ritiene di procedere - nell'ordine logico delle questioni - ad esaminare le censure proposte dalla controinteressata STADLER con il primo ed il secondo ricorso incidentale, il cui accoglimento comporterebbe l'esclusione della NEWAG.

Il Collegio intende prescindere dai rilievi mossi dalla difesa della NEWAG (da ultimo nell'udienza di discussione del 25 maggio 2018) in ordine alle modalità della proposizione di dette censure (rispetto alla sequenza degli atti impugnati) in quanto le stesse devono ritenersi destituite di ogni fondamento.

4. - Secondo la controinteressata l'offerta tecnica della NEWAG - in quanto priva dell'elaborato prescritto al punto c), pag. 24, del disciplinare di gara (come segnalato dalla STADLER nel corso della seduta pubblica del 14 luglio 2015 e riconosciuto dalla Commissione nella successiva seduta pubblica del 20 luglio 2015) - avrebbe dovuto essere per ciò stesso sanzionata con l'esclusione; nondimeno, il seggio di gara, in luogo di disporre l'esclusione del predetto concorrente, avrebbe indebitamente ritenuto di fare ricorso al soccorso istruttorio.

Deduce, in particolare, che il disciplinare di gara, al citato punto c), pag. 24, ricomprende tale elaborato tra quelli da inserire nell'offerta tecnica precisando, nel contempo, che *“Non dovranno essere indicati valori economici all'interno dell'offerta tecnica”*; ciò perché il costo del servizio di manutenzione viene premiato attribuendo ben 10 punti.

La censura è infondata.

Sul punto vale la pena osservare che, in generale, l'istituto del soccorso istruttorio - nella sua configurazione a seguito dell'introduzione del comma 1 bis nell'art. 46 del D.lgs. n. 163/2006 - ha un ambito applicativo complementare rispetto al principio di tassatività delle cause di esclusione ivi previsto, non essendo possibile la regolarizzazione o l'integrazione

documentale con riferimento ai casi ove sia prevista *expressis verbis* l'esclusione dell'operatore economico (cfr. Cons. Stato Ad Plen. n. 9/2014).

Nel caso di specie, tuttavia, l'elenco dei motivi di esclusione, contenuto all'art. 9 del disciplinare di gara (pag. 24), non indica in alcuna parte che possa considerarsi motivo di esclusione la mancata presentazione della relazione relativa al "Servizio di manutenzione".

L'art. 3.11 del capitolato, prevedeva che fosse il "Fornitore" a dover redigere il Piano di manutenzione (art. 3.11: *"Il Fornitore dovrà consegnare al Committente il progetto costruttivo Il Fornitore dovrà redigere un Piano di manutenzione dettagliato del materiale rotabile"*). Inoltre il disciplinare di gara (art. 5) specificava espressamente che *"gli interventi di manutenzione in garanzia e le operazioni di manutenzione post-vendita saranno regolati da uno specifico Contratto da stipularsi fra il Committente e l'Impresa aggiudicataria"*.

Ma ancor più dirimente appare la circostanza, evidenziata dalla NEWAG, secondo cui la relazione sul "Servizio di manutenzione" non integrava in alcun modo l'offerta tecnica, non essendo oggetto di alcuna valutazione ai fini dell'attribuzione del relativo punteggio.

Ciò che, invece, rilevava era il *"9. Costo del servizio di manutenzione (full service)"*, al quale veniva riconosciuto un punteggio pari a 10, costo che, correttamente (come da modello della Stazione appaltante), veniva legittimamente esposto da NEWAG nell'ambito della propria offerta economica, anche in ossequio alla prescrizione dello stesso disciplinare che escludeva, altrettanto correttamente, l'indicazione di *"valori economici all'interno dell'offerta tecnica"*.

Da quanto fin qui esposto consegue la infondatezza della censura proposta dalla STADLER e la correttezza dell'operato sul punto della Stazione appaltante in linea con la teleologica funzione del soccorso istruttorio

quale strumento amministrativo preordinato a garantire il *favor participationis* ed evitare misure espulsive inappropriate e formalistiche.

5. – Sotto altri due distinti profili la STADLER lamenta la mancata esclusione della NEWAG in violazione dell'art. art. 68 del D.Lgs. n.163/2006.

Posto che la *lex specialis* ha disciplinato i requisiti e le caratteristiche dei convogli oggetto di fornitura, la ricorrente incidentale muove dalla seguente premessa:

- se si riconosce sussistere una specifica disciplina relativa ai requisiti di capacità economico-finanziaria, diversa rispetto a quella afferente ai requisiti di capacità tecnico-professionale, deve necessariamente concludersi che solo per i primi e non anche per i secondi può parlarsi di “servizi analoghi” [cfr. punto III.2.2) bando di gara; art. 8.1., lett. e), sub. 2), disciplinare di gara]; invece per i requisiti di capacità tecnico - professionale verrebbe in rilievo il diverso concetto di “equivalenza tecnica”, così come ritenuto dal RUP nella relazione datata 27.1.2016;
- l'onere della prova (che effettivamente siano stati prodotti i trenta convogli per trasporti passeggeri su rete ferroviaria con analoghe caratteristiche di quelle di cui è gara) incombeva sulla NEWAG ai sensi dell'art. 68, co. 4, D.Lgs. n.163/2006: verrebbe dunque in rilievo la diversa questione concernente le caratteristiche tecniche dei convogli realizzati e la loro riconducibilità nell'alveo della gara, sicché più correttamente dovrebbe parlarsi di “equivalenza tecnica”;

Fatta questa premessa sulla portata dell'art. art. 68 del D.Lgs. n.163/2006, la STADLER deduce che:

A) il capitolato speciale, all'art. 1, prevedeva che “*il materiale oggetto della fornitura*” fosse di tipo “*a trazione elettrica alimentato a 3kVcc.*”; veniva altresì richiesto che il treno venisse realizzato “*collegando permanentemente quattro o più casse intercomunicanti in composizione bloccata*” e che i rotabili offerti fossero “*atti alla circolazione su tutta la*

rete nazionale convenzionale (rete RFI) con ammissione tecnica definitiva ed immatricolazione a cura del fornitore entro la data di consegna del primo rotabile” (pag. 1, capitolato).

Già solo per questo la NEWAG avrebbe dovuto essere esclusa. In ogni caso, ove si ritenessero suscettibili di valutazione anche i convogli privi di attestazione di equivalenza proveniente dal concorrente, nondimeno non si sarebbero potuti ritenere valutabili per carenza del prescritto requisito di equivalenza tecnica i sei TRAM – modello INSPIRO di cui al punto 14 della relazione del RUP datata 13.11.2015; con la conseguenza che, stralciando i predetti sei convogli, la NEWAG vedrebbe comunque confermata la disposta esclusione dalla gara per mancanza del prescritto requisito di capacità tecnica e professionale. Infatti, pur considerando i treni di tipo DIESEL, il numero complessivo dei convogli prodotti nel triennio di riferimento sarebbe comunque inferiore alle prescritte trenta unità: il predetto convoglio INSPIRO, prodotto e commercializzato dalla Società Siemens e non dalla NEWAG, per caratteristiche tecniche e strutturali, sarebbe sostanzialmente un veicolo metropolitano (Metrò) che non sarebbe omologato per la *“circolazione su tutta la rete nazionale convenzionale”*, come invece espressamente prescritto dal capitolato speciale. Tale veicolo sarebbe utilizzato soltanto su alcune linee del Metrò di Varsavia (Linee 1, 20 e 2) e non su linee ferroviarie. In quanto prodotti *“nell’ambito del Consorzio Siemens–NEWAG con Leader del Consorzio Siemens”*, i predetti sei convogli non potevano essere ritenuti idonei a comprovare il possesso del prescritto requisito di capacità tecnica.

B) Il treno offerto dalla NEWAG sarebbe del tutto inutilizzabile sulla Rete Ferroviaria sulla quale è chiamato ad operare e proprio la sua inidoneità sul piano tecnico avrebbe dovuto determinare la esclusione dalla gara del concorrente per carenza dei requisiti prescritti dalla *lex specialis*, anche in questo caso in violazione dell’art. 68, D.Lgs. n.163/2006; come si evince dall’analisi dell’offerta tecnica della NEWAG, sebbene il treno veniva

dichiarato funzionante per una tensione nominale di rete pari a 3000 Vcc come richiesto dal Capitolato Tecnico, l'intervallo di variazione della tensione si limiterebbe ad un massimo di soli 3600 V (= + 20%), non soddisfacendo, in tal modo, un requisito fondamentale del Capitolato Tecnico. Il treno in questione non potrebbe pertanto funzionare sotto la catenaria a 3 kVcc, come richiesto nel capitolato tecnico, essendo il proprio funzionamento limitato a 3600 V anziché potersi spingere fino a 4000 V, come richiesto dalla lex specialis.

6. – Entrambe le censure non meritano di essere accolte.

6.1. - In primo luogo il Collegio rileva l'erroneità della premessa di fondo da cui muove la STADLER in ordine all'ambito di applicazione dell'art. art. 68 del D.Lgs. n.163/2006, rubricato "*specifiche tecniche*" il cui quarto comma dispone testualmente che:

"Quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche di cui al comma 3, lettera a), le stazioni appaltanti non possono respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non sono conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente prova in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche".

In forza della citata disposizione dunque, nell'ipotesi in cui il concorrente abbia offerto un prodotto o un servizio non esattamente conforme alle specifiche tecniche indicate dalla legge di gara, che tuttavia presenti dei requisiti tecnici equivalenti a quelli indicati dal capitolato, la Stazione appaltante non può, unicamente per tale ragione, respingere l'offerta laddove il concorrente medesimo sia stato in grado di fornire la prova circa la c.d. "equivalenza tecnica" del prodotto o del servizio offerto.

Nel caso di specie il punto III 2.3 b) del bando di gara e il punto 8.1 lett. E) n. 4) del disciplinare, richiedevano espressamente l'allegazione, da parte

dei concorrenti, della “...b. Dichiarazione sostitutiva ai sensi del DPR 28.12.2000 n. 445 attestante la produzione...di almeno n. 30 convogli per il trasporto di passeggeri su rete ferroviaria, con analoghe caratteristiche di quelli di cui alla presente gara...”; il tutto “ai fini della dimostrazione del possesso di un’idonea capacità tecnica”.

Ne consegue che, contrariamente a quanto sostenuto dalla controinteressata, la prova inerente la produzione dei trenta convogli ferroviari con caratteristiche analoghe a quelli oggetto della procedura di gara in parola, era richiesta ai concorrenti esclusivamente al fine di dimostrare il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale di cui all’art. 42 del D.lgs. n. 163/2006 che nulla ha a che vedere con la disposizione di cui al successivo art. 68 che, come detto, concerne, in via esclusiva, il profilo inerente le specifiche tecniche che il prodotto o il servizio oggetto del contratto di appalto devono possedere.

Trattandosi di due piani autonomi e distinti (da una parte il requisito di capacità tecnica che il concorrente deve possedere e dall’altra le specifiche tecniche del prodotto oggetto del contratto) alla NEWAG era richiesto di dimostrare, in sede di presentazione dell’offerta, soltanto il possesso del requisito di capacità tecnica; ed infatti è proprio in relazione a tale asserita mancata dimostrazione che è stata esclusa dalla Stazione appaltante con il provvedimento oggetto del ricorso principale.

Coglie dunque nel segno e merita dunque di essere condivisa l’eccezione in tal senso formulata dalla difesa della NEWAG (contenuta nella memoria depositata il 28.6.2016).

6.2. - In secondo luogo, il Collegio rileva che - anche applicando alla fattispecie in esame la disciplina sulle specifiche tecniche di cui al citato art. 68 - le censure sopra riportate non potrebbero trovare accoglimento tenuto conto sia dell’interpretazione giurisprudenziale della predetta disciplina sia - con specifico riferimento alla questione afferente all’intervallo di variazione della tensione - delle risultanze della CTU.

Ed infatti il citato comma 4 dell'art. 68 del d.lgs. n. 163/06 impone che il riscontro delle specifiche tecniche in una gara sia agganciato non al formale, meccanico riscontro della specifica certificazione tecnica, ma al criterio della conformità sostanziale delle soluzioni tecniche offerte (Cons. Stato Sez. III, 14-11-2017, n. 5259). In ordine a tale ultimo criterio, il Consiglio di Stato (sez. IV, 26/08/2016, n. 3701) ha, altresì, precisato che:

“i) occorre verificare se negli elementi che connotano l'offerta tecnica si ravvisa una conformità di tipo funzionale alle specifiche tecniche, senza che quindi si faccia luogo ad un criterio di inderogabile corrispondenza a dette specifiche;

ii) che il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e, specificatamente, la norma di cui all'art. 68 del D.Lgs. n. 163/2006 e che la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del *favor participationis* e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione (Cons. Stato, Sez. III 2/9/2013 n. 4364 e 13/9/2013 n. 4541);

iii) in relazione alla precipua disposizione di cui al comma 4 del citato articolo del codice dei contratti vigente *ratione temporis*, in giurisprudenza è stata affermata l'applicazione del criterio di sostanziale ottemperanza alle specifiche tecniche dei prodotti considerati equivalenti, senza che ciò possa comportare la esclusione dalla gara (Cons Stato, Sez. VI 13/6/2008 n. 2959; Cons Stato Sez. III, 30/4/2014 n. 2273).

iv) insomma dal suddetto quadro normativo non è prescritto un obbligo stringente e incoercibile di pedissequo rispetto delle specifiche tecniche, ma piuttosto la possibilità di soluzioni tecniche che soddisfino le esigenze di tipo tecnico per le quali è stata bandita la procedura selettiva;

v) inoltre, la valutazione delle offerte tecniche da parte della Commissione giudicatrice costituisce apprezzamento connotato da chiara discrezionalità

tecnica sì da rendere detta valutazione insindacabile (Cons Stato, Sez. III, 13712/2013 n. 5984; Cons stato, Sez. V, 26/9/2013 n. 4761)”.

6.2.1. - Orbene, la STADLER ha sostenuto che il convoglio INSPIRO, prodotto e commercializzato dalla Società Siemens e non dalla NEWAG, per caratteristiche tecniche e strutturali, sarebbe sostanzialmente un veicolo metropolitano (Metrò) che non potrebbe essere omologato per la circolazione su tutta la rete nazionale convenzionale.

Per contro la NEWAG ha insistito nell'evidenziare che: a) tutte le principali componenti costituenti un convoglio ferroviario (quali la cassa – che nel caso del treno INSPIRO viene realizzata in alluminio esattamente come avviene per i treni regionali FLIRT prodotti da STADLER – il carrello, il captatore di corrente, l'interruttore extrarapido, etc.) sono comuni altresì al convoglio metropolitano, a conferma della loro pressoché identità; b) con riferimento alle censure relative alla non “spendibilità” dei sei treni INSPIRO perché asseritamente prodotti "da un'altra società" detti treni sono stati prodotti da NEWAG nell'ambito di una partnership con Siemens.

A prescindere da tali rilievi deve rilevarsi che la censura è, per un verso, inammissibile andando ad impingere su valutazioni tecniche, tipiche espressioni della discrezionalità della Stazione appaltante, le quali, sul punto, risultano immuni da vizi logici.

Sotto altro profilo – in disparte ogni possibile considerazione sulla circostanza evidenziata dalla difesa della NEWAG secondo cui la FAQ2 espressamente consentiva la possibilità di utilizzare tali tipologie di treni per la dimostrazione del requisito tecnico – la stazione appaltante non avrebbe potuto procedere alla esclusione della ricorrente principale tenuto conto della disciplina di gara informata, sul punto, ad un criterio di tipo sostanziale ed elastico della idoneità tecnica dei prodotti richiesti e proposti.

Ne consegue che non vi era spazio per una esclusione della ricorrente principale da determinarsi ai sensi dell'art. 68 del D.Lgs. n. 163/2006, tenuto conto di quanto previsto dalla lex specialis di gara.

6.2.2. - Con riferimento alle contestazioni circa gli *“azionamenti di trazione”*, anche applicando alla fattispecie in esame la disciplina sulle specifiche tecniche di cui al citato art. 68, le censure sopra riportate non potrebbero trovare accoglimento tenuto conto di quanto precisato dal CTU nella consulenza tecnica in atti.

Il CTU incaricato da questo TAR ha sancito, infatti, che *“quanto richiesto nel Capitolato Speciale di Appalto è pienamente conforme a quanto previsto dalla impresa NEWAG in quanto le caratteristiche prestazionali dei veicoli proposti sono rispondenti alle caratteristiche previste nella norma CEI EN 50163 (ed. 01/04/2008) per la tensione di 3KV cc cui il suddetto Capitolato Speciale di Appalto necessariamente fa riferimento”*.

Tanto basta per ritenere, anche sotto tale profilo, infondata la censura in esame.

Pertanto il mancato accoglimento delle censure, formulate dalla STADLER con il primo ricorso incidentale e riproposte con il secondo ricorso incidentale, comporta il rigetto di detti ricorsi.

7. – Da ciò consegue altresì la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione dei primi tre ricorsi per motivi aggiunti proposti dalla NEWAG *“in via subordinata all'accoglimento delle censure incidentali proposte dalla STADLER”* (e nel loro contenuto speculari rispetto a queste ultime).

8. – A questo punto il Collegio passa ad esaminare le censure proposte dalla NEWAG nel ricorso principale e riproposte con l'atto di riassunzione del presente giudizio.

Con tale atto la NEWAG ha riproposto i motivi dell'originario ricorso di primo grado, evidenziandone la fondatezza alla luce, da un lato, dei limiti scaturenti dal giudicato formatosi a seguito della sentenza n. 123/2018 di

rinvio del C.G.A.R.S. e, dall'altro, delle conclusioni cui è giunto il Consulente d'ufficio.

Sul piano strettamente processuale, non possono essere condivise le conclusioni cui giunge la difesa della ricorrente principale con riferimento ai limiti oggettivi del giudicato nascente dalla sentenza del C.G.A. del 1 marzo 2018 n. 123.

Con tale pronuncia, infatti, il giudice d'appello ha annullato la sentenza di questo Tribunale del 19/09/2017 n. 2200 (con rinvio al primo Giudice), rilevando che le conclusioni della CTU nonché la *“circostanza fattuale secondo cui sulla portata interpretativa della predetta clausola, riguardante il requisito della analogia delle esperienze pregresse in rapporto alle caratteristiche dei treni oggetto d'appalto, erano stati posti dai partecipanti specifici quesiti (FAQ n. 1 quesito n. 24 del 20 febbraio 2014 e FAQ n. 2 quesiti n. 16 e n. 45 del 31 marzo 2014)”*, dovevano *“portare ad escludere che la lex specialis avesse per questa parte carattere immediatamente escludente ed onerasse il partecipante (i.e. la società NEWAG S.A.) alla sua immediata impugnativa”*.

Il C.G.A., dunque, ha concluso che *“una volta escluso l'onere della immediata impugnazione di quelle clausole del bando e del disciplinare (pur gravate quali atti presupposti), il ricorso di primo grado va dichiarato ricevibile e va esaminato nel merito”*.

Ne discende che la questione relativa alla analogia dei convogli ferroviari presentati da NEWAG a comprova dei requisiti tecnici, è stata affrontata dal giudice d'appello al solo fine di stabilire la ricevibilità del ricorso di primo grado che, dunque, va ora *“esaminato nel merito”*.

Ciò posto, la società ricorrente ha dedotto la illegittimità della sua esclusione disposta con il verbale della seduta di gara del 13 aprile 2016 con cui la stazione appaltante affermava che *“ritiene sia indiscutibilmente determinata dal Bando di gara la tipologia richiesta a trazione elettrica*

oggetto dell'appalto, e, pertanto le caratteristiche analoghe richieste dalla lex specialis non possono comprendere i treni a trazione Diesel...".

Proseguiva, poi, il verbale della seduta di gara del 13 aprile 2016, specificando che *"La Commissione preso atto che il concorrente NEWAG ha dimostrato sotto l'aspetto della capacità tecnico economica di aver prodotto 25 treni elettrici e 5 treni diesel, ..., ritiene che al momento della partecipazione il suddetto concorrente non possedeva i requisiti di capacità tecnica prescritti dal bando di gara e per tale motivazione il concorrente NEWAG s.a. viene ESCLUSO dalla partecipazione alla gara"*.

Secondo la NEWAG sarebbe sfuggito alla Stazione appaltante che nel caso di specie non è in contestazione la tipologia di treno oggetto della procedura di gara quanto piuttosto il diverso giudizio circa l'analogia tra convogli a trazione diesel e quelli a trazione elettrica ai fini dell'integrazione del requisito di capacità tecnica richiesto dal bando di gara.

La censura è fondata.

In proposito l'art. III.2.3 del bando di gara e l'art. 8.1 lett. e) punti 3 e 4 del disciplinare imponevano ai concorrenti di provare il possesso del requisito di capacità tecnica a mezzo della dimostrazione di aver fornito almeno 30 convogli per il trasporto di passeggeri su rete ferroviaria con caratteristiche analoghe di quelli di cui alla presente gara.

Secondo la lex specialis, dunque, ai fini dell'ammissione alla gara era necessario dimostrare la fornitura di *"convogli per il trasporto di passeggeri su rete ferroviaria"* non già identici a quelli oggetto della gara (ovverosia convogli a trazione elettrica) bensì con caratteristiche *"analoghe"*.

Secondo condivisibile indirizzo giurisprudenziale dal quale non v'è motivo di discostarsi, la nozione di *"servizi analoghi"* non deve essere assimilata a quella di *"servizi identici"*, dovendo ritenersi soddisfatta la prescrizione

della legge di gara tutte le volte in cui il concorrente abbia dimostrato lo svolgimento di servizi rientranti nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto (cfr., Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 2015, n. 1122 che a sua volta richiama Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2014, nr. 6035; id., sez. IV, 11 novembre 2014, nr. 5530; id., sez. V, 25 giugno 2014, nr. 3220; id., 8 aprile 2014, nr. 1668; id., sez. III, 25 giugno 2013, nr. 3437; TAR Toscana, Firenze, sez. II, 21/02/2017 n. 287).

Inoltre “il concetto di “servizio analogo”, e parimenti quello di “fornitura analoga”, deve essere inteso non come identità, ma come mera similitudine tra le prestazioni richieste, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato ma, al contrario, l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità (cfr. da ultimo, T.A.R. Toscana, sez. I, 26 gennaio 2018, n. 132; in termini, Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2017, n. 1608; Cons. Stato, Sez. V, 28/7/2015, n. 3717).

Il Giudice amministrativo ha, quindi, chiaramente delineato i contenuti della cd. “analogia” ai fini della valutazione dei servizi dichiarati in sede di gara per la dimostrazione del requisito di capacità tecnica ricomprendendo tutti quei servizi/forniture resi nel medesimo settore imprenditoriale.

Ed infatti, è principio altrettanto pacifico in giurisprudenza quello in base al quale “Nelle gare pubbliche, laddove il bando di gara richieda quale requisito il pregresso svolgimento di «servizi analoghi», tale nozione non può essere assimilata a quella di «servizi identici» dovendosi conseguentemente ritenere, in chiave di *favor participationis*, che un servizio possa considerarsi analogo a quello posto a gara se rientrante nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto in contestazione, cosicché possa ritenersi che grazie ad esso il concorrente abbia maturato la capacità di svolgere quest'ultimo” (cfr. da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2017 n. 5944).

L'orientamento sopra riportato è conforme a quanto già statuito dalla Sezione che ha avuto modo di chiarire che: “quando la lex specialis di gara richiede, come nella fattispecie, di dimostrare il pregresso svolgimento di servizi simili, non è consentito alla stazione appaltante di escludere i concorrenti che non abbiano svolto tutte le attività rientranti nell'oggetto dell'appalto, né le è consentito di assimilare impropriamente il concetto di servizi analoghi con quello di servizi identici, considerato che la ratio di siffatte clausole è proprio quella di perseguire un opportuno temperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche” (Cons. Stato, V, 25 giugno 2014, n. 3220)” (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 18 novembre 2014, n. 2892).

In ogni caso va precisato che, secondo parte della giurisprudenza, quand'anche un singolo servizio (o fornitura) non possa considerarsi pienamente “analogo” a quello oggetto di gara, la valutazione che dovrà compiere la stazione appaltante non potrà che essere di tipo complessivo e ciò in quanto la sommatoria di tutti i servizi o forniture dichiarate può “ragionevolmente essere considerata quale indice di idoneità tecnica alla corretta esecuzione dell'appalto” (cfr. anche T.A.R. Toscana, sez. I. 18 gennaio 2016, n. 85).

Né vale a superare tale conclusione l'argomentazione utilizzata dalla difesa della STADLER secondo cui la legge di gara, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti, avrebbe individuato, nel “genus” dei mezzi adibiti al trasporto di passeggeri su rete ferroviaria (all'interno dei quali, come chiarito dalla stazione appaltante, potevano essere fatti rientrare anche i treni ad alta velocità), la più particolare “species” dei convogli aventi analoghe caratteristiche – ovvero a trazione elettrica e alimentazione a 3kVcc.

Tale argomentazione, oltre a ricevere smentita dalla giurisprudenza sopra menzionata - che, nell'ottica del bilanciamento tra l'esigenza di selezionare

un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche, ha delineato i contenuti della cd. analogia ai fini della valutazione dei servizi dichiarati in sede di gara per la dimostrazione del requisito di capacità tecnica - è stata da ultimo confermata dalla stessa CTU.

Il primo quesito sul quale è stato chiamato a rispondere il CTU era, infatti, quello di chiarire se i treni a propulsione endotermica (diesel) della tipologia offerta dall'impresa NEWAG potessero ritenersi "convogli analoghi e aventi caratteristiche analoghe" a quelli oggetto del bando (a propulsione elettrica).

In relazione a tale quesito il CTU ha espressamente chiarito che: *"E' possibile evincere che è dimostrata la capacità tecnica della azienda ricorrente in quanto il quantitativo di convogli realizzati nell'ultimo triennio è pari a quello richiesto, poiché, l'aver realizzato nel suddetto periodo temporale un quantitativo totale di n° 30 veicoli di cui n° 25 ad alimentazione elettrica e n° 5 ad alimentazione endogena, non costituisce pregiudizio al dimostrare la capacità tecnica nel tempo e nelle modalità di consegna, in quanto le tipologie di veicoli hanno caratteristiche analoghe anche se alimentati con sistemi diversi, ma entrambi idonei a marciare su medesime tracce orarie e servizi forniti dal gestore dell'infrastruttura ferroviaria nazionale (RFI), poiché, entrambe le tipologie di veicoli, utilizzano quegli impianti che sono condivisi e resi disponibili dal gestore quali: gli impianti di segnalamento ferroviario, i sistemi di comunicazione terra – treno, gli impianti luce e forza motrice (LFM), etc.."*

In definitiva, alla luce di quanto sopra esposto, la disposta esclusione di NEWAG si appalesa del tutto illegittima in quanto posta in manifesta violazione della legge di gara, avendo la stessa dimostrato di avere prodotto dei treni "nel medesimo settore imprenditoriale" relativo all'oggetto della gara.

Pertanto il ricorso principale merita accoglimento con conseguente annullamento del verbale della seduta di gara del 13 aprile 2016.

9. - Deve infine essere accolto il quarto ricorso per motivi aggiunti con cui la NEWAG ha impugnato il D.R.S. n. 001953/S2 (ex S4) del 30 agosto 2016, dell'Assessorato regionale delle Infrastrutture e Mobilità della Regione Siciliana con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della STADLER.

Tale provvedimento va annullato, per illegittimità derivata, quale atto di una sequela procedimentale che risulta viziata a monte in ragione della riscontrata illegittimità dell'esclusione disposta ai danni di NEWAG.

10. – Le spese di lite, oltre a quelle della Consulenza Tecnica d'Ufficio liquidate con decreto presidenziale del 28/11/2017 n. 1347, sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- rigetta i ricorsi incidentali proposti dalla controinteressata;
- dichiara improcedibili il primo, il secondo ed il terzo ricorso per motivi aggiunti;
- accoglie il ricorso principale ed il quarto ricorso per motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Assessorato delle Infrastrutture e Mobilità della Regione Siciliana e la Società STADLER Bussnang Ag, in solido, al pagamento nei confronti della NEWAG S.A. delle spese della CTU (liquidate come da separato decreto n. 1347/2017) e a quelle di giudizio che liquida in € 4.000,00 (quattromila/00) oltre accessori e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Palermo nelle camere di consiglio dei giorni 25 maggio
2018, 15 giugno 2018, con l'intervento dei magistrati:

Roberto Valenti, Presidente FF

Sebastiano Zafarana, Primo Referendario

Francesco Mulieri, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco Mulieri

IL PRESIDENTE
Roberto Valenti

IL SEGRETARIO