

## **Non è suscettibile di positiva valutazione neanche il sesto motivo di ricorso secondo cui illegittimamente Trenitalia non ha preso in alcuna considerazione l’informativa in ordine all’intento di produrre ricorso giurisdizionale**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Non è suscettibile di positiva valutazione neanche il sesto motivo di ricorso secondo cui illegittimamente Trenitalia non ha preso in alcuna considerazione l’informativa in ordine all’intento di produrre ricorso giurisdizionale, inoltrata ai sensi dell’art. 243 bis D.L.vo n. 163 del 2006.

Rileva infatti il Collegio che la carenza di motivazione in ordine alla possibilità di agire in autotutela trova il proprio presupposto nella circostanza che nell’avviso ex art. 243 bis del Codice dei contratti, inoltrato da Ricorrente il 13 agosto 2010, non si specificavano i vizi che, ad avviso della concorrente, inficiavano l’aggiudicazione.

Unico profilo espressamente dedotto era la violazione dello stand still il quale però, come si è detto sub 6, non è in grado di rendere illegittima l’aggiudicazione, provvedimento che è allo stesso presupposto.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 35816 del 9 dicembre 2010 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

**N. 35816/2010**

**35816/2010**

**REG.SEN.**

**N. 07582/2010**

**07582/2010**

**REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Terza Ter)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 7582/10, proposto da \*\*\*

**contro\*\*\***

**nei confronti di\*\*\***

**per l'annullamento, previa sospensiva,**

del provvedimento di Trenitalia s.p.a., Gruppo Ferrovie dello Stato - Direzione Acquisti in data 5 agosto 2010, avente ad oggetto "Gara a procedura negoziata n. 0040870 del 30 novembre 2009, indetta ai sensi dell'art. 232, comma 13, D.L.vo n. 163 del 2006 per l'affidamento in appalto di una fornitura di 50 treni AV e in opzione prestazioni di full service manutentivo - Aggiudicazione definitiva di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva della gara al raggruppamento temporaneo di imprese Controinteressata/Controinteressata 2 Transportation Italy; nonché della nota Trenitalia del 5 agosto 2010 prot. Trenit - Dacq/P/2010/0029345; della delibera n. 470 del 5 agosto 2010 del Direttore degli Acquisti di Trenitalia s.p.a - Gruppo Ferrovie dello Stato di aggiudicazione definitiva dell'appalto al raggruppamento temporaneo di imprese Ansaldo Breda/ Controinteressata 2 Transportation Italy; del provvedimento di Trenitalia s.p.a. - Gruppo Ferrovie dello Stato - Direzione Acquisti del 6 agosto 2010 Trnit. Dacq/P/2010/0029572, avente ad oggetti "Gara a procedura negoziata n. 0040870 del 30 novembre 2009 per l'affidamento in appalto di una fornitura di 50 treni AV"; del provvedimento di Trenitalia s.p.a. - Gruppo Ferrovie dello Stato - Direzione Acquisti del 6 agosto 2010 Trnit. Dacq/P/2010/0029573, avente ad oggetto "Gara a procedura negoziata n. 0040870 del 30 novembre 2009 per l'affidamento in appalto di una fornitura di 50 treni AV"; del provvedimento di Trenitalia s.p.a. - Gruppo Ferrovie dello Stato - Direzione Acquisti del 9 agosto 2010 Trnit. Dacq/P/2010/00297192 begin\_of\_the\_skype\_highlighting

00297192

end\_of\_the\_skype\_highlighting, avente ad oggetto “Gara a procedura negoziata n. 0040870 del 30 novembre 2009 per l’affidamento in appalto di una fornitura di 50 treni AV”; della delibera del Consiglio di amministrazione di Trenitalia s.p.a. del 31 luglio 2009; della delibera del Consiglio di amministrazione di Trenitalia s.p.a. del 5 agosto 2010; di tutti i verbali della commissione giudicatrice relativi alla predetta procedura di gara; di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso, antecedente o successivo, ancorché non cognitivi, ivi compresi i chiarimenti, il contratto laddove stipulato, la delibera n. 328 del 2 maggio 2010, con la quale il Direttore della direzione acquisti di Trenitalia ha nominato la Commissione giudicatrice; quatenus opus della lettera di invito di Trenitalia s.p.a. avente ad oggetto: “invito a gara a procedura negoziata n. 0040870 del 30 novembre 2009 indetta ai sensi dell’art. 232, comma 13, D.L.vo n. 163 del 2006 per l’affidamento di un appalto di fornitura di 50 treni AV e in opzione prestazioni di full service manutentivo. Codice identificativo gara (CIG) 0404579D23” e tutti gli allegati; quatenus opus delle condizioni generali di contratto di Trenitalia s.p.a...

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio di Trenitalia s.p.a. - Gruppo Ferrovie dello Stato;

Visto l’atto di costituzione in giudizio di Controinteressata s.p.a., in proprio e quale mandataria del RTI costituito con Controinteressata 2 Transportation Italy s.p.a.;

Visti i tre atti di motivi aggiunti proposti dalla ricorrente, notificati, rispettivamente, il 23 settembre 2010, il 4 ottobre e il 3 novembre e depositati, rispettivamente, il 24 settembre 2010, il 4 ottobre 2010 e il 4 novembre 2010;

Visto il ricorso incidentale della controinteressata Controinteressata, notificato il 15 ottobre 2010 e depositato il successivo 18 ottobre 2010;

Vista l'ordinanza 22 ottobre 2010 n. 1458, con la quale è stato accolto in parte il gravame proposto da Ricorrente s.p.a. contro il diniego di accesso ai documenti, opposto da Trenitalia s.p.a..

Viste le memorie prodotte dalle parti in causa costituite a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 18 novembre 2010 il Consigliere \*\*\*\*\*; uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso notificato in data 26 agosto 2010 e depositato il successivo 27 agosto 2010 Ricorrente

Ferroviana s.p.a. ha impugnato, tra l'altro, il provvedimento di Trenitalia s.p.a., Gruppo Ferrovie dello Stato - Direzione Acquisti in data 5 agosto 2010, avente ad oggetto "Gara a procedura negoziata n. 0040870 del 30 novembre 2009, indetta ai sensi dell'art. 232, comma 13, D.L.vo n. 163 del 2006 per l'affidamento in appalto di una fornitura di 50 treni AV e in opzione prestazioni di full service manutentivo - Aggiudicazione definitiva", di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva della gara al raggruppamento temporaneo di imprese Controinteressata/Controinteressata 2 Transportation Italy.

Espone, in fatto, di aver partecipato alla gara, bandita da Trenitalia s.p.a. - Gruppo Ferrovie dello Stato, per l'aggiudicazione dell'appalto di una fornitura di 50 treni AV. A detta gara ha partecipato anche Controinteressata s.p.a., in proprio e quale mandataria del RTI costituito con Controinteressata 2 Transportation Italy s.p.a., alla quale la fornitura è stata aggiudicata, avendo ottenuto un punteggio totale di 85,410 a fronte di 79,403 punti attribuiti alla ricorrente.

2. Avverso i predetti provvedimenti la ricorrente è insorta deducendo:

a) Violazione e falsa applicazione artt. 11 e 12 D.L.vo n. 163 del 2006 - Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto - Violazione e falsa applicazione art. 8.3 delle Condizioni Generali di contratto di Trenitalia s.p.a. - Violazione e falsa applicazione art. 2 bis della direttiva 89/665/CEE, introdotto dalla direttiva 2007/66/CE. Violazione e falsa applicazione del punto V.3 della lettera di invito - Eccesso di potere per vizio del principio di autolimitazione.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 11 e 79, comma 5, D.L.vo n. 163 del 2006, il termine di 35 giorni per la stipula del contratto decorre dall'aggiudicazione definitiva, divenuta efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicataria. Trenitalia, quindi, avrebbe dovuto attendere la verifica del possesso dei requisiti per comunicare l'aggiudicazione definitiva efficace, che è quindi illegittima perché disposta prima del decorso di tale termine.

Illegittima è stata anche la stipula del contratto, perché il termine dello stand still è stato fatto decorrere dalla comunicazione di un provvedimento inefficace.

b) Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 D.L.vo n. 163 del 2006 - Violazione e falsa applicazione di ogni norma e principio in materia di conferimento dei poteri di rappresentanza e di legittimazione a sottoscrivere le dichiarazioni e l'offerta in caso di associazione temporanea di imprese - Violazione e falsa applicazione dei principi generali della trasparenza e regolarità della procedura di gara, della par condicio e dell'affidamento della stazione appaltante - Eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza e/o erroneità dei presupposti, illogicità, difetto assoluto di motivazione.

La controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa sia per violazione dell'art. 37 D.L.vo n. 163 del 2006, per non essere stata conferita la procura speciale al legale rappresentante dell'impresa mandataria Ansaldo Breda, sia perché l'offerta, le dichiarazioni ed i documenti sono stati sottoscritti da un soggetto non legittimato e sprovvisto dei poteri di rappresentanza della mandante.

In via gradata, ove anche si ritenesse che la procura al legale rappresentante della mandataria possa ritenersi contenuta nel mandato, la stessa sarebbe comunque nulla o inefficace perché non conferita per atto pubblico.

c) Violazione e falsa applicazione art. 38 D.L.vo n. 163 del 2006 e della lex specialis; violazione e falsa applicazione dei principi generali di buon andamento, regolarità e trasparenza della procedura di gara - Eccesso di potere per carenza di istruttoria, erroneità e/o carenza dei presupposti, difetto assoluto di motivazione.

Illegittimamente la mandante Controinteressata 2 e la mandataria Controinteressata non hanno prodotto tutte le dichiarazioni prescritte dall'art. 38 D.L.vo n. 163 del 2006.

d) Violazione e falsa applicazione artt. 86, comma 2, e 87, comma 1, D.L.vo n. 163 del 2006 - Violazione e falsa applicazione del punto V.1.2 della lettera di invito - Violazione e falsa applicazione art. 206 D.L.vo n. 163 del 2006 - Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

Trenitalia s.p.a. avrebbe dovuto rilevare l'anomalia dell'offerta e chiedere al raggruppamento aggiudicatario le giustificazioni relative sia alle voci del prezzo che agli altri elementi di valutazione dell'offerta.

e) Violazione e falsa applicazione art. 84, comma 2, D.L.vo n. 163 del 2006 - Eccesso di potere - Incompetenza - Difetto di legittimazione - Violazione e falsa applicazione artt. 1 L. n. 241 del 1990 e 1 D.L.vo n. 163 del 2006.

Illegittimamente la commissione giudicatrice è stata nominata dal Direttore degli acquisti, che non aveva alcuna competenza in merito. Il mandato conferito a detto direttore è infatti nullo in quanto la delega in senso proprio può essere solo quella interorganica.

f) Violazione e falsa applicazione artt. 11, comma 4, e 12, comma 1, D.L.vo n. 163 del 2006 - Eccesso di potere per erroneità - Travisamento dei presupposti di fatto e di diritto - Difetto di legittimazione della commissione - Incompetenza - Violazione e falsa applicazione artt. 2380 bis e ss. cod. civ..

Illegittimamente Trenitalia ha omesso di adottare l'aggiudicazione provvisoria ed ha adottate direttamente ed unicamente l'aggiudicazione definitiva.

g) Violazione e falsa applicazione artt. 83 e 84 D.L.vo n. 163 del 2006 - Eccesso di potere - travisamento dei presupposti di fatto e di diritto - Violazione del principio di proporzionalità - Sviamento di potere - Carenza di motivazione.

Illegittimamente nella lettera di invito per alcune voci sono indicati solo i criteri e non anche i sottocriteri; per altre sono indicati alcuni sub criteri ma senza i relativi sub punteggi.

h) Eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di istruttoria, erroneità e/o carenza dei presupposti, motivazione carente, perplessa e non coerente con e risultanze istruttorie - Violazione dei principi generali della trasparenza, buon andamento, par condicio e proporzionalità - Sviamento.

L'offerta della ricorrente è stata valutata in modo illegittimo.

3. Con un primo atto di motivi aggiunti, notificato il 23 settembre 2010 e depositato il successivo 24 settembre sono dedotte ulteriori censure contro gli atti già impugnati con l'atto introduttivo del giudizio ed è altresì impugnata la lettera Trenitalia s.p.a. del 26 agosto 2010.

Oltre a reiterare i vizi già dedotti con l'atto introduttivo del giudizio, la ricorrente deduce le seguenti censure:

a) Violazione e falsa applicazione art. 37 D.L.vo n. 163 del 2006 - Violazione e falsa applicazione di ogni norma e principio in materia di conferimento dei poteri di rappresentanza e di legittimazione a sottoscrivere le dichiarazioni e l'offerta in caso di associazione temporanea di imprese. Violazione e falsa applicazione dei principi generali della trasparenza e regolarità della procedura di gara, della par condicio e dell'affidamento della stazione appaltante - Eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza e/o erroneità dei presupposti, illogicità e difetto assoluto di motivazione.

La procura conferita al sig. Fedeli in data 17 gennaio 2010 non lo abilitava a formulare l'offerta per il raggruppamento controinteressato sia perché l'Associazione si è costituita solo il successivo 14 maggio 2010 sia perché, non essendo stata conferita procura al legale rappresentante della mandataria

Controinteressata, lo stesso non poteva, a sua volta, conferire procura ad un soggetto terzo (il sig. Fedeli) affinché lo stesso formulasse l'offerta e sottoscrivesse la documentazione.

b) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* - Violazione dei principi generali della trasparenza, imparzialità, par condicio - Eccesso di potere per difetto di istruttoria - Illogicità, erroneità dei presupposti, difetto di motivazione.

La controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa per aver presentato un'offerta non conforme al dettato della *lex specialis* di gara.

c) Violazione artt. 13 del Codice dei contratti, 1 ss. e 22 ss. L. n. 241 del 1990 e 1 L. n. 205 del 2000 e 59 e 64 c.p.a. - Eccesso di potere per manifesta illogicità, arbitrarietà e sviamento.

Illegittimamente Trenitalia ha depositato in atti l'offerta parziale dell'aggiudicataria.

d) Violazione di legge e, in particolare, dell'art. 97 Cost. - Eccesso di potere per illogicità manifesta - Conflitto di interessi - Violazione dei principi generali di concorrenza, trasparenza, buon andamento, par condicio e proporzionalità in materia di procedure ad evidenza pubblica - Sviamento - Violazione del principio di terzietà delle stazioni appaltanti.

La stazione appaltante ha tenuto un comportamento non imparziale perché nel corso dei mesi antecedenti la gara ha fatto parte, unitamente ai componenti del raggruppamento capitanato da Controinteressata, di un centro di ricerca costituito con il patrocinio del Politecnico di Milano che ha svolto, nel settore oggetto della gara, un'importante attività finalizzata a sviluppare soluzioni innovative per il trasporto su ferro e, in particolare, sui treni dell'alta velocità.

e) Violazione della lex specialis - Violazione della par condicio dei concorrenti - Eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di istruttoria, erroneità e/o carenza dei presupposti, motivazione carente, perplessa, e non coerente con le risultanze istruttorie - Violazione dei principi generali della trasparenza, buon andamento, par condicio, proporzionalità - Sviamento.

La controparte avrebbe dovuto essere esclusa per incompletezza della produzione documentale dell'offerta economica.

f) Violazione e falsa applicazione art. 243 bis D.L.vo n. 163 del 2006 - Carenza di motivazione - Erroneità - Travisamento dei presupposti di fatto - Eccesso di potere.

Illegittimamente Trenitalia non ha preso in alcuna considerazione l'informativa in ordine all'intento di produrre ricorso giurisdizionale, inoltrata ai sensi dell'art. 243 bis D.L.vo n. 163 del 2006.

4. Con un secondo atto di motivi aggiunti, notificato e depositato il 4 ottobre 2010 è chiesta la declaratoria di inefficacia del contratto, stipulato il 30 settembre 2010; sono altresì dedotti nuovi motivi contro gli atti già impugnati con l'atto introduttivo del giudizio e con il primo atto di motivi aggiunti.

Oltre a reiterare i vizi già dedotti con l'atto introduttivo del giudizio, la ricorrente deduce le seguenti censure:

a) Violazione e falsa applicazione artt. 11 e 79 D.L.vo n. 163 del 2006 - Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto - Violazione e falsa applicazione art. 2 bis della direttiva 89/665/CEE - Violazione e falsa applicazione del punto V.3 della lettera di invito - Eccesso di potere per vizio del principio di autolimitazione.

Il contratto è stato stipulato prima che scadessero i termini di legge.

b) Violazione e falsa applicazione art. 11, comma 10, D.L.vo n. 163 del 2006 - Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto - Violazione e falsa applicazione art. 245 bis D.L.vo n. 163 del 2006 - Violazione del principio di effettività della tutela.

Il contratto è stato stipulato prima che scadessero i termini di legge.

La ricorrente ha poi reiterato, approfondendoli, i motivi già dedotti con l'atto introduttivo del giudizio e con il primo atto di motivi aggiunti, in particolare avverso l'operato della commissione giudicatrice.

5. Con un terzo atto di motivi aggiunti, notificato il 3 novembre e depositato il 4 novembre, è stato dedotto un ulteriore profilo di illegittimità della procedura di gara.

La controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa per aver il direttore tecnico di Controinteressata s.p.a. presentato false dichiarazioni.

6. Sia con l'atto introduttivo del giudizio che con i motivi aggiunti la ricorrente chiede la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni subito per effetto dell'illegittima aggiudicazione disposta a favore della controinteressata.

7. Si è costituita in giudizio Trenitalia s.p.a. - Gruppo Ferrovie dello Stato, che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, del ricorso.

8. Si è costituita in giudizio Controinteressata s.p.a., in proprio e quale mandataria del RTI costituito con Controinteressata 2 Transportation Italy s.p.a., che ha preliminarmente eccepito l'improcedibilità e l'inammissibilità del ricorso, mentre nel merito ne ha sostenuto l'infondatezza.

9. Con atto notificato il 15 ottobre 2010 e depositato il successivo 18 ottobre 2010, la Controinteressata s.p.a. ha proposto ricorso incidentale.

Ha dedotto che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver prodotto tutte le dichiarazioni richieste dall'art. 38 D.L.vo n. 163 del 2006.

10. Con memorie depositate alla vigilia dell'udienza di discussione le parti costituite hanno ribadito le rispettive tesi difensive.

11. Alla Camera di consiglio del 21 ottobre 2010, sull'accordo delle parti, l'esame dell'istanza di sospensione cautelare è stato abbinato al merito.

12. Con ordinanza 22 ottobre 2010 n. 1458 è stato accolto in parte il gravame proposto da Ricorrente s.p.a. contro il diniego di accesso ai documenti, opposto da Trenitalia s.p.a..

13. All'udienza del 18 novembre 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. Premette il Collegio che alla gara, indetta da Trenitalia s.p.a. per l'affidamento in appalto di una

fornitura di 50 treni AV, hanno presentato l'offerta solo due concorrenti, e cioè la ricorrente Ricorrente Ferroviaria s.p.a. (che ha ottenuto 79,403 punti) e il raggruppamento temporaneo di imprese Controinteressata/Controinteressata 2 Transportation Italy, al quale è stata aggiudicata la gara, con un punteggio totale di 85,410.

Ciò comporta che il Collegio dovrà in ogni caso esaminare sia il ricorso principale che quello incidentale. Ed invero, secondo un principio ormai acquisito nella giurisprudenza del giudice amministrativo (Cons.Stato, V Sez., 22 giugno 2010 n. 3888 e 1 febbraio 2010, n. 417; id., VI Sez., 29 novembre 2006 n. 6990; V Sez., 8 maggio 2002 n. 2468, 25 marzo 2002 n. 1695 e 24 novembre 1997 n. 1367; T.A.R. Lazio, II Sez., 2 dicembre 2010 n. 35031; T.A.R. Toscana, II Sez., 22 giugno 2010 n. 2025; T.A.R. Lazio, I Sez., 25 luglio 2006 n. 6372; T.A.R. Palermo, III Sez., 18 gennaio 2006 n. 132 e 17 novembre 2005 n. 1720; T.A.R. Bologna, I Sez., 24 maggio 2004 n. 800; T.A.R. Napoli, I Sez., 20 maggio 2004 n. 8865; T.A.R. Milano, III Sez., 13 aprile 2004 n. 1453; T.A.R. Basilicata 4 ottobre 2002 n. 620), nell'ipotesi in cui ad una gara pubblica abbiano partecipato due soli concorrenti, in caso di fondatezza sia del ricorso principale che di quello incidentale, in quanto entrambi rivolti ad ottenere una declaratoria di esclusione dalla gara di controparte, occorre procedere all'annullamento di tutti gli atti impugnati ed al rinnovo delle operazioni concorsuali.

Ciò in quanto il ricorrente principale vanta comunque, nell'ipotesi di riconosciuta fondatezza del gravame incidentale, un interesse, cd. strumentale, al rinnovo delle operazioni di gara; il ricorrente incidentale, dal canto suo, con l'accoglimento della propria domanda, otterrebbe comunque un risultato utile, consistente nella possibilità di partecipare al procedimento rinnovato dall'Amministrazione. Diversamente, sempre secondo il predetto orientamento giurisprudenziale, nel caso in cui alla gara partecipano più di due concorrenti, l'accoglimento contestuale del ricorso principale e di quello incidentale non potrebbe risolversi nell'annullamento di entrambi gli atti di ammissione, perché ciò determinerebbe un esito privo di utilità per entrambe le parti, atteso che, in presenza di un terzo graduato, sarebbe quest'ultimo ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto oggetto del contestato procedimento.

Ricorda sul punto il Collegio che è principio generale, sancito dall'art. 100 cod. proc. civ., applicabile anche al processo amministrativo, quello secondo cui costituisce condizione per l'ammissibilità dell'azione,

oltre alla titolarità di una situazione giuridica sostanziale di diritto soggettivo o di interesse legittimo, anche la sussistenza dell'interesse a ricorrere, inteso quest'ultimo non come idoneità astratta dell'azione a realizzare il risultato perseguito ma, più specificamente, come interesse proprio del ricorrente al conseguimento di un'utilità o di un vantaggio (materiale o, in certi casi, morale) mediante il processo amministrativo; vale a dire, nell'ottica di un processo amministrativo di stampo impugnatorio, originato da una determinazione ritenuta lesiva di interessi legittimi, si richiede la sussistenza di un interesse all'eliminazione del provvedimento oggetto di impugnazione. Peraltro, come già precisato, la giurisprudenza ha ritenuto sufficiente a radicare l'interesse al ricorso la sussistenza di un interesse di carattere strumentale (Cons.Stato, IV Sez., 12 febbraio 2007 n. 587), inteso come interesse ad ottenere la caducazione del provvedimento amministrativo quanto meno al fine di rimettere in discussione il rapporto controverso e di eccitare il nuovo (o il non) esercizio del potere amministrativo in termini potenzialmente idonei ad evitare un danno ovvero ad attribuire un vantaggio (Cons. Stato, VI Sez., 7 giugno 2001 n. 3090; 7 maggio 2001 n. 2541).

2. Il Collegio ritiene di dover principiare dall'esame del ricorso incidentale, con il quale il raggruppamento aggiudicatario afferma che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver prodotto tutte le dichiarazioni richieste dall'art. 38 D.L.vo n. 163 del 2006.

In primo luogo, secondo la controinteressata, non sono state prodotte le dichiarazioni ex art. 38, comma 1, lett. b, c e m ter, D.L.vo n. 163 del 2006 riferite all'ing. \*\*\*\*\*, procuratore speciale di Ricorrente Ferroviaria s.p.a., che avrebbero dovute essere rilasciate essendo egli titolare di amplissimi poteri rappresentativi e gestionali della società, come dimostra la circostanza che lo stesso ha firmato l'offerta tecnica ed economica e, tra gli altri, le lettere di chiarimenti forniti dalla società alla stazione appaltante in date 3 giugno 2010 e 23 luglio 2010.

Preliminarmente deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse, sollevata dalla ricorrente principale sul rilievo che analoghe carenze erano riscontrabili nella documentazione presentata dal raggruppamento aggiudicatario. Ed invero, tale circostanza non può servire a paralizzare l'azione del ricorrente incidentale quanto, piuttosto, ad escludere anche l'aggiudicataria dalla gara, se puntualmente dedotta in un motivo di ricorso.

Passando al merito ha chiarito la giurisprudenza che, al fine di valutare se ai procuratori speciali si applicano le cause di esclusione per omesse dichiarazioni ex art. 38 D.L.vo n. 163 del 2006, occorre verificare se si è in presenza di un generico conferimento di funzioni di rappresentanza negoziale ovvero di una procura che conferisce l'esercizio continuativo e generale di poteri gestori: solo nel secondo caso si è in presenza di soggetti ai quali può essere riconosciuta la suddetta qualità (Cons. Stato, Sez. VI, 12 ottobre 2006 n. 6089; id., sez. V, 28 giugno 2004 n. 4774; C.g.a. 26 luglio 2006 n. 399; T.A.R. Reggio Calabria, Sez. I, 22 novembre 2006 n. 1750; T.A.R. Molise 26 novembre 2004 n. 747; T.A.R. Palermo, Sez. II, 29 luglio 2004 n. 1741; T.A.R. Milano, Sez. III, 11 giugno 2003 n. 3086). In altri termini, l'identificazione delle persone fisiche munite di poteri di rappresentanza, per le quali ai sensi dell'art. 38, comma 1, D.L.vo n. 163 del 2006 le società di capitali sono tenute a presentare una dichiarazione attestante la sussistenza dei requisiti morali e professionali, deve essere effettuata non solo in base alle qualifiche formali rivestite, ma anche alla stregua dei poteri sostanziali attribuiti, con conseguente inclusione, nel novero dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, delle persone fisiche in grado di impegnare la società verso i terzi e dei procuratori ad negotia laddove, a prescindere dal nomen, l'estensione dei loro poteri conduca a qualificarli come amministratori di fatto. Detta interpretazione estensiva del dettato di legge affonda le sue radici nell'esigenza di evitare la partecipazione alle gare pubbliche di soggetti che non diano le garanzie di affidabilità morale e professionale necessarie ai fini della piena tutela dell'interesse pubblico (Cons. Stato, V Sez., 20 ottobre 2010 n. 7578; id. 9 marzo 2010 n. 1373; T.A.R. Sardegna, I Sez., 28 maggio 2010 n. 1361; T.A.R. Molise 10 marzo 2010 n. 172).

In questa verifica delle funzioni sostanziali, occorre aver riguardo al concreto assetto delle competenze quale delineato dallo statuto societario, riconoscendo dette funzioni a tutti coloro ai quali sia stato conferito un potere di amministrazione e rappresentanza nel senso sopra indicato (Cons. Stato, V Sez., 15 gennaio 2008 n. 36; id. 20 settembre 2005, n. 4856; T.A.R. Friuli Venezia Giulia 4 maggio 2009 n. 297).

Nel caso all'esame del Collegio, dalla procura rilasciata all'ing. \*\*\*\*\* risulta che lo stesso è titolare di poteri rappresentativi e gestionali della società di notevole ampiezza: partecipa alla formazione di raggruppamenti temporanei di imprese per la partecipazione a gare; rappresenta con ogni più ampia facoltà, la società nei confronti di autorità, amministrazioni, organizzazioni, istituzioni, fondazioni; sovrintende all'organizzazione e all'andamento dell'attività commerciale; vende i prodotti della società, presentando offerte e stipulando contratti.

La riprova dell'ampiezza dei poteri allo stesso conferiti è proprio nell'attività da lui svolta nella gara oggetto di ricorso, nel corso della quale ha sottoscritto l'offerta tecnica ed economica ed alcuni documenti contenuti nella busta A, nonché ha risposto ai chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante (lettere del 3 giugno 2010 e del 23 luglio 2010).

3. La fondatezza del primo motivo del ricorso incidentale sarebbe sufficiente ad accogliere il ricorso incidentale.

Il Collegio ritiene però di esaminare anche il secondo motivo, sempre dedotto con il ricorso incidentale, con il quale la controinteressata aggiudicataria afferma che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa anche per non aver tempestivamente presentato la dichiarazione richiesta dal punto III.A.1.a della lettera di invito e riferita al sig. \*\*\*\*\*, responsabile tecnico dell'Ricorrente Ferroviaria. Ciò sull'assunto che la produzione di dette dichiarazioni era stata inequivocabilmente richiesta, dalla lex specialis di gara, a "pena di esclusione" (pag. 12 del ricorso incidentale). La dichiarazione è stata invece presentata solo in un secondo momento, a seguito di specifica richiesta della commissione di gara, secondo cui era possibile che il sig. \*\*\*\*\* ricoprisse, per le mansioni svolte ed i poteri attribuiti, il ruolo di direttore tecnico piuttosto che di responsabile tecnico. Su tale possibile presupposto la commissione di gara ha invitato la ricorrente a depositare le dichiarazioni omesse, chiarendo che le prescrizioni dettate dalla lettera di invito in relazione ai depositi delle dichiarazioni di cui al punto III.A non fossero state previste a pena di esclusione.

Preliminarmente deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse, sollevata dalla ricorrente principale anche in questo caso (così come aveva fatto in relazione al primo motivo del ricorso incidentale) sul rilievo che analoghe carenze erano riscontrabili nella documentazione presentata dal raggruppamento aggiudicatario. Ed invero, tale circostanza non può servire a paralizzare l'azione del ricorso incidentale quanto, piuttosto, ad escludere anche l'aggiudicataria dalla gara, ove venisse accolto il terzo motivo del ricorso principale.

Nel merito, il Collegio ritiene erroneo sia il presupposto dal quale la commissione si è mossa per chiedere

l'integrazione documentale sia la conclusione alla quale è pervenuta, e cioè che le dichiarazioni in questione fossero dovute in ragione del ruolo (direttore tecnico) effettivamente svolto dal signor \*\*\*\*\*, ma non previste a pena di esclusione dalla lex specialis di gara. E' infatti agevole opporre che il punto III.A, n. 1, lett. a) della lettera di invito prevede che occorre "dichiarare l'insussistenza delle cause preclusive della partecipazione alla gara, di cui all'art. 38 D.L.vo n. 163 del 2006". E' la nota 2, nella stessa pag. 4, che chiarisce, con formulazione inequivoca, che tale dichiarazione deve essere fatta "a pena di esclusione".

Ciò chiarito, la giurisprudenza consolidata del giudice amministrativo ha costantemente affermato che, ai sensi dell'art. 46 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, la regolarizzazione documentale può essere consentita solo quando i vizi siano puramente formali o chiaramente imputabili ad errore solo materiale, e sempre che riguardino dichiarazioni o documenti non richiesti a pena di esclusione, non essendo, in quest'ultima ipotesi, consentita la sanatoria o l'integrazione postuma, che si tradurrebbe in una violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta e, in definitiva, in una violazione della par condicio; sanatorie documentali sono dunque possibili con la possibilità d'integrare successivamente la documentazione prodotta con la domanda di partecipazione alla gara o, comunque, con l'offerta, nel rispetto di un duplice limite: la regolarizzazione deve riferirsi a carenze (e, quindi, non ad "assenze") puramente formali od imputabili ad errori solo materiali e non può mai riguardare produzioni documentali che abbiano violato prescrizioni del bando o della lettera di invito sanzionate con una comminatoria di esclusione (Cons. Stato, V Sez., 9 novembre 2010 n. 7963; id. 14 settembre 2010 n. 6687; id. 2 agosto 2010 n. 5084).

La stazione appaltante non avrebbe, dunque, potuto chiedere di produrre una dichiarazione che avrebbe dovuto essere esibita, a pena di esclusione, ab origine, unitamente alla restante documentazione.

Occorre quindi verificare se effettivamente il sig. \*\*\*\*\* avrebbe dovuto presentare la dichiarazione di cui al punto III.A.1. della lettera di invito.

Ritiene il Collegio, riprendendo quanto già argomentato sub 2, che a tal fine non occorre accertare se la qualifica assegnata al sig. \*\*\*\*\* fosse di "responsabile tecnico" o, piuttosto, di "direttore tecnico",

dovendosi invece accertare i poteri allo stesso conferiti dalla società.

Dalla visura camerale di Ricorrente risulta che questi ha il potere di “rappresentare la società davanti a Rete Ferroviaria Italiana s.p.a./Italferr ed agli altri committenti, affinché possa per ogni appalto sottoscrivere gli atti, i progetti, i relativi elaborati, i verbali e le altre inerenti comunicazioni e durante l’esecuzione dei progetti e dei lavori compia tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall’appalto anche dopo il collaudo, sino all’estinzione di ogni rapporto”.

Il ricorso incidentale deve, dunque, essere accolto.

4. Occorre ora passare all’esame del ricorso proposto da Ricorrente Ferroviaria s.p.a. e, in particolare, delle sole censure, dedotte sia nell’atto introduttivo che nella via dei motivi aggiunti, dal cui accoglimento deriverebbe l’esclusione dell’aggiudicataria dalla gara o comunque l’obbligo della stazione appaltante di rinnovare l’intera procedura.

Sono invece improcedibili per difetto di interesse le censure con le quali la ricorrente principale tende a far assegnare alla propria offerta un maggior punteggio o all’offerta della controinteressata un punteggio inferiore. Ciò in quanto, per effetto dell’accoglimento del ricorso incidentale l’Ricorrente deve comunque essere esclusa, con la conseguenza che il suo interesse residuo è solo quello di far escludere dalla procedura anche l’aggiudicataria, per sperare poi nell’indizione di una nuova gara.

Il Collegio ritiene di poter principiare dall’esame del terzo atto di motivi aggiunti - notificato il 3 novembre e depositato il 4 novembre, proposto dalla ricorrente a seguito dell’accesso ai documenti consentito dal Collegio con ordinanza n. 458 del 22 ottobre 2010 - atteso che sullo stesso si è appuntata buona parte della discussione in udienza, a dimostrazione dell’importanza che tutte le parti annettevano a tale motivo di gravame.

Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità degli stessi, seppure sollevata per la prima volta dalla stazione appaltante solo in occasione della difesa orale svolta durante l'udienza di discussione della causa. La dedotta inammissibilità del terzo atto di motivi aggiunti si fonda sul rilievo che non è stata formalmente impugnata l'aggiudicazione definitiva allorché è divenuta efficace a seguito della verifica dei requisiti, con la conseguenza che tale verifica non potrebbe più essere oggetto di sindacato da parte del giudice amministrativo.

Tale eccezione è infondata, e ciò per due ordini di ragioni.

In primo luogo perché, ai sensi degli artt. 11 e 12 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, all'aggiudicazione definitiva segue la verifica dell'effettivo possesso in capo all'aggiudicataria dei requisiti dichiarati al momento della partecipazione, verifica che, ai sensi del comma 8 dell'art. 11, condiziona la sola efficacia - e non la validità - dell'aggiudicazione; l'operazione di semplice riscontro dei requisiti, propria della verifica, priva di volontà discrezionale, ne esclude il carattere di "nuova e autonoma valutazione" (Cons. St., V Sez., 7 maggio 2008 n. 2089; T.A.R. Liguria, II Sez., 3 febbraio 2010 n. 237; T.A.R. Napoli, I Sez., 29 gennaio 2009 n. 514).

In secondo luogo, ed il rilievo assume carattere assorbente di ogni altra considerazione, perché con il terzo atto di motivi aggiunti l'aggiudicazione definitiva divenuta efficace è censurata, sebbene non formalmente impugnata. E' infatti dedotto l'illegittimo controllo effettuato dalla stazione appaltante del possesso dei requisiti dell'aggiudicataria che, ad avviso di Ricorrente, avrebbe dovuto pertanto essere esclusa.

Ricorda però il Collegio che nel processo amministrativo l'oggetto del gravame non deve essere individuato avendo riguardo formalisticamente all'epigrafe del ricorso o alle sue conclusioni; occorre infatti far riferimento a criteri sostanziali e non a mere prospettazioni formali, ricercando l'effettiva volontà del ricorrente, desumibile dal contesto dello stesso ricorso e da ogni altro elemento utile, ancorché l'atto impugnato sia stato indicato in modo non preciso o erroneo (Cons. Stato, V Sez., 19 maggio 1998 n. 616; T.A.R. Lazio, II Sez., 10 marzo 2008 n. 2165; id. 4 marzo 2002 n. 1635; T.A.R.

Catanzaro 24 novembre 1998 n. 1029; T.R.G.A. Bolzano 11 novembre 1998 n. 331; T.A.R. Brescia 17 settembre 1998 n. 768).

Dal tenore delle censure dedotte è agevole evincere che i vizi denunciati si appuntano proprio sull'aggiudicazione definitiva dichiarata efficace a seguito della conclusione della fase relativa alla verifica del possesso dei requisiti da parte della Ansaldo Breda, verifica illegittima proprio perché non avrebbe tenuto conto della gravità dei reati non denunciati dall'ing. \*\*\*\*\*. Nessun dubbio sulla tempestività del terzo atto di motivi aggiunti, proposti a seguito dell'esibizione dei documenti ordinata da questo Tribunale con ordinanza n. 1458 del 22 ottobre 2010.

5. Con il terzo atto di motivi aggiunti la ricorrente principale deduce che il raggruppamento Controinteressata/Controinteressata 2 Transportation Italy avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per non avere il direttore tecnico dell'Ansaldo Breda, ing. \*\*\*\*\*, dichiarato tutte le condanne penali che aveva riportato.

Il motivo non è suscettibile di positiva valutazione.

La lett. a) del punto III.A.1 della lettera di invito prevedeva, genericamente, che dovesse essere dichiarata "l'insussistenza delle cause preclusive della partecipazione alle gare, di cui all'art. 38 D.L.vo n. 163 del 2006".

La genericità della previsione rimetteva al dichiarante la facoltà di non dichiarare tutte le condanne penali subite ma solo quelle ritenute "gravi".

Ha più volte chiarito il giudice di appello (VI Sez., 24 giugno 2010 n. 4019 e 4 agosto 2009 n. 4906) che la valutazione di "gravità" implica un apprezzamento che può essere compiuto diversamente dal concorrente

e dalla stazione appaltante.

Sicché, se il bando indica genericamente di dichiarare l'insussistenza di una causa di esclusione, esso, di fatto, legittima il concorrente che abbia riportato condanne penali, o commesso violazioni in materia contributiva, a compiere una valutazione di gravità/non gravità.

Si pone pertanto la questione se possa considerarsi <<falsa>> una dichiarazione del concorrente, con cui si afferma di non aver riportato condanne per gravi reati incidenti sulla moralità professionale, ovvero di non aver commesso gravi violazioni in materia contributiva, laddove sussistano condanne o violazioni in materia contributiva, ma esse si prestino a una valutazione opinabile di gravità/non gravità.

Un orientamento maggioritario nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, al quale il Collegio aderisce, ha ritenuto che, laddove il bando richiede genericamente una dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione dell'art. 38 del Codice, si giustifica una valutazione di gravità/non gravità compiuta dal concorrente, sicché egli non può essere escluso per il solo fatto dell'omissione formale, cioè di non aver dichiarato tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive, ma va escluso solo ove la stazione appaltante ritenga che le condanne o le violazioni contributive, di cui essa sia venuta comunque a conoscenza, siano gravi e definitivamente accertate.

La dichiarazione del concorrente, in tale caso, non può essere ritenuta "falsa" (Cons. Stato, V Sez., 8 settembre 2008 n. 4244; id. 7 ottobre 2008 n. 4897; id. 22 febbraio 2007 n. 945 secondo cui, ove il bando richieda genericamente una dichiarazione circa la insussistenza delle cause di esclusione legali, il bando di fatto demanda "al singolo concorrente il giudizio circa l'incidenza sull'affidabilità morale e professionale di eventuali reati dal medesimo commessi", con la conseguenza che "è da escludere che possa qualificarsi falsa dichiarazione una valutazione soggettiva del concorrente stesso, la quale potrà tutt'al più non essere condivisa, ma giammai ritenuta falsa, e cioè non corrispondente ad un dato oggettivamente riscontrabile.

Diversa sarebbe stata la situazione se fosse stato imposto al concorrente di dichiarare tutti i reati per i quali fossero intervenute sentenze di condanna passate in giudicato o applicazione della pena a richiesta ex art. 444 del codice di procedura penale, affidando poi all'amministrazione ogni valutazione in proposito. In tal caso infatti, qualora il concorrente avesse ommesso di dichiarare taluno di tali reati, si sarebbe potuta configurare una falsa autocertificazione, con conseguente esclusione dalla gara”).

A diversa conclusione il suddetto orientamento giurisprudenziale perviene per il caso in cui il bando sia preciso, nel senso che non si limita a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del Codice, ma specifica che vanno dichiarate “tutte” le condanne penali: in tal caso, il bando esige una dichiarazione dal contenuto più ampio e più puntuale rispetto a quanto prescritto dal cit. art. 38, in modo da riservare alla stazione appaltante la valutazione di gravità o meno dell'illecito, al fine dell'esclusione.

In siffatta ipotesi, la causa di esclusione non è solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione, ma anche quella, formale, di aver ommesso una dichiarazione prescritta dal bando.

Fatta questa premessa di carattere generale e tornando al caso in esame, come si è detto la prescrizione della lettera di invito è generica, chiedendo una dichiarazione da cui risulti “l'insussistenza delle cause preclusive della partecipazione alle gare, di cui all'art. 38 del D.L.vo n. 163 del 2006”. La lex specialis di gara, dunque, non richiede, come pure avrebbe potuto, una dichiarazione onnicomprensiva, che dichiarasse la presenza o assenza di qualsivoglia condanna penale; richiede, invece, la dichiarazione dei requisiti di cui all'art. 38, e quindi la dichiarazione circa la presenza o assenza di condanna penale per reati gravi o gravi violazioni contributive, definitivamente accertate.

Tutto ciò premesso, ne consegue che non costituisce di per sé dichiarazione falsa, e non dà luogo ad autonoma causa di esclusione, l'omessa menzione di condanne penali ritenute non gravi, atteso che la lettera di invito, per come è formulata, non imponeva di dichiarare qualsivoglia condanna penale (Trga Trento 7 giugno 2010 n. 151). Pertanto, l'asserita incompletezza della dichiarazione, sotto il profilo che non sarebbero state dichiarate tutte le condanne penali e tutte le violazioni contributive, non può essere di

per sé sola causa di esclusione, ma può essere causa di esclusione solo se viene compiuta una verifica di gravità delle violazioni.

Tale verifica di gravità compete alla stazione appaltante, che l'ha effettuata ritenendo non gravi le due condanne non dichiarate. Nella nota del 30 settembre 2010 la stazione appaltante afferma, infatti, che "in relazione alla procedura in oggetto, si comunica che questa Stazione appaltante ha verificato con esito positivo il possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara".

Né si può ritenere tale valutazione illegittima perché non motivata.

In conformità ai principi generali sulla motivazione dei provvedimenti ampliativi, che predicano la dequotazione dell'obbligo di motivazione per l'adozione di atti ampliativi della sfera giuridica del destinatario, qualora l'amministrazione ritenga il precedente penale dichiarato dal concorrente non incisivo della sua moralità professionale, non è tenuta ed esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto suo convincimento, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia attraverso l'ammissione alla gara dell'impresa stessa. È la valutazione di gravità, invece, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale (Cons. St., sez. VI, 24 giugno 2010 n. 4019; T.A.R. Piemonte, I Sez., 1 marzo 2010 n. 1555; 9 settembre 2008 n. 1886).

Infine, quanto alla conclusione della "non gravità" delle due condanne non dichiarate il Collegio ricorda il recente arresto del C.G.A. 1 giugno 2010 n. 806, secondo cui "il giudice amministrativo, infatti, è chiamato unicamente a verificare se l'amministrazione abbia esercitato in maniera corretta la sua discrezionalità, rispettandone i limiti esterni e interni. Non spetta dunque al giudicante una valutazione diretta dell'incidenza dei reati; il decidente piuttosto attinge l'oggetto dello scrutinio riservato all'amministrazione solo in via mediata, attraverso, per l'appunto, l'apprezzamento delle valutazioni discrezionali da essa compiute. Il giudice, quindi, svolge un sindacato sul modo in cui è stata valutata dal seggio di gara l'affidabilità delle imprese, ma non può sostituirsi all'amministrazione nell'effettuazione di tale valutazione. Diversamente opinando, si determinerebbe un completo stravolgimento dei principi che governano i rapporti tra amministrazione e giurisdizione. È insomma del tutto fisiologica l'eventualità che,

in fattispecie assimilabili (o finanche identiche), diverse stazioni appaltanti approdino a esiti divaricati: la possibilità di una difforme valutazione non costituisce però, in sé, indice di un illegittimo esercizio della discrezionalità amministrativa”.

Ha aggiunto il C.G.A. 1 giugno 2010 n. 806 che i reati diretti a reprimere gli illeciti in materia di infortuni sul lavoro appartengono al novero di quelli potenzialmente in grado di incidere sull'affidabilità morale e professionale delle imprese partecipanti a procedure di evidenza pubblica: questa inclusione concorre del resto, nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici, alla più generale azione di contrasto, attuata attraverso varie previsioni dell'ordinamento, del grave fenomeno rappresentato dalla carente sicurezza dei luoghi di lavoro, fenomeno che, soprattutto nel nostro Paese, ha purtroppo assunto proporzioni macroscopiche tali da destare un giustificato allarme sociale. Ha però concluso nel senso che l'art. 75 D.P.R. n. 554 del 1999 (applicabile *ratione temporis*) non fa scaturire dalla consumazione di alcun reato, e dunque nemmeno dalle condanne penali in materia di infortuni sul lavoro, l'effetto di un'automatica esclusione dalle gare delle imprese interessate, permanendo comunque la necessità di un vaglio dell'amministrazione focalizzato sulle singole fattispecie.

Tale conclusione è estensibile anche alla normativa introdotta dall'art. 38 del Codice, atteso che né la lett. c) del comma 1 né la successiva lett. e) dello stesso comma prevedono un'automatica esclusione in caso di condanna per reati attinenti la sicurezza del lavoro, essendo sempre rimessa alla stazione appaltante il vaglio della loro gravità.

Nel caso all'esame del Collegio la natura colposa dei reati e, soprattutto, il lungo tempo trascorso dalla loro commissione (risalenti al 2002 e 2003) hanno determinato un giudizio di “non gravità” della stazione appaltante che ha dunque deciso di non escludere dalla gara l'Ansaldo Breda s.p.a. Tale valutazione di merito - sindacabile da questo giudice nei limiti della manifesta infondatezza - non appare dunque viziato dai denunciati profili di legittimità.

Non rivela poi alcuna illegittimità la circostanza che il seggio di gara non abbia tenuto conto della recidiva e, quindi, della ripetitività delle condotte illecite. Notoriamente la recidiva può ritenersi giuridicamente

sussistente soltanto se il pubblico ministero, titolare dell'azione penale, l'abbia espressamente contestata nell'imputazione e se il giudice l'abbia accertata e ritenuta sussistente; da ciò discende che non illogicamente si è ritenuto di non valorizzare tale elemento, aderendo così al contenuto delle pronunce penali sunnominate. Sul punto la corrispondenza tra le valutazioni del seggio di gara e quelle delle Magistratura ordinaria non può certamente esser considerata un sintomo del mal governo dei principi in tema di discrezionalità amministrativa.

6. Passando all'esame del ricorso principale, privo di pregio è il primo motivo (reiterato con la prima e la seconda censura del secondo atto di motivi aggiunti), con il quale l'Ricorrente Ferroviaria afferma l'illegittimità dell'aggiudicazione non essendo stato rispettato il termine dello stand still.

Preliminarmente il Collegio precisa che detta questione avrebbe dovuto comunque essere posta d'ufficio, atteso che la violazione del termine di sospensione è punita con la sanzione alternativa (il cui gettito è versato al bilancio dello Stato) anche se non ha avuto effetti sull'aggiudicazione ed è dunque scollegata dalla domanda del ricorrente. La verifica concerne, in particolare, la correttezza del periodo di stand still, correttezza messa in dubbio da Ricorrente Ferroviaria s.p.a. sul rilievo che il dies a quo del termine dilatorio di trentacinque giorni stabilito per la stipula del contratto sarebbe stato fatto decorrere dall'aggiudicazione definitiva non ancora efficace.

Preliminarmente il Collegio chiarisce che, contrariamente a quanto afferma Ricorrente Ferroviaria s.p.a., l'eventuale violazione dello stand still non può certo riverberare come profilo di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione della gara, e cioè di un atto antecedente detta violazione (T.A.R. Lazio, II Sez., 2 dicembre 2010 n. 35031; T.A.R. Reggio Calabria, I Sez., 20 ottobre 2010, n. 942; T.A.R. Napoli, I Sez., 29 gennaio 2009 n. 514); aggiunge che correttamente la stazione appaltante ha fatto decorrere il termine di trentacinque giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva del 5 agosto 2010 e non dall'avvenuta efficacia della stessa, comunicata solo il successivo 30 settembre 2010.

E' noto, infatti, che lo stand still è un impedimento temporaneo alla stipulazione del contratto, che opera ex lege per trentacinque giorni, a prescindere dalla proposizione o meno di ricorsi giurisdizionali. E' uno

spatium deliberandi lasciato ai concorrenti, per valutare se proporre o non ricorso giurisdizionale, con la garanzia che, se ricorrono, non saranno pregiudicati da una stipulazione già avvenuta. E' dunque dalla data di comunicazione del provvedimento impugnabile (e tale è, come ha mostrato di ritenere la stessa Ricorrente Ferroviaria s.p.a., l'aggiudicazione definitiva ancorché non ancora efficace perché sottoposta a condizione sospensiva), che comincia a decorrere non solo il termine, per il concorrente che si ritiene leso dall'esito della gara a suo avviso illegittima, di trenta giorni per ricorrere ex art. 120, comma 5, c.p.a., ma anche il termine di trentacinque giorni durante i quali alla stazione appaltante è inibito stipulare il contratto. In altri termini, ciò che il legislatore ha voluto garantire è un periodo di tempo durante il quale il concorrente può decidere se ricorrere o non, sapendo che la procedura resterà a "bocce ferme" e che dunque la statuizione, quanto meno cautelare, del giudice eventualmente adito interviene su una situazione fattuale non pregiudicata dalla stipulazione del contratto.

Tale finalità è garantita anche facendo decorrere il termine di trentacinque giorni dello stand still dall'aggiudicazione definitiva non ancora efficace, contenendo tale termine quello di trenta giorni per ricorrere (termine cui andranno aggiunti altri venti giorni di sospensione ove sia presentata istanza cautelare di sospensione del provvedimento impugnato), mentre lo spostamento in avanti della decorrenza di detto termine rischierebbe di paralizzare troppo l'azione della stazione appaltante, e ciò in palese violazione dell'altro interesse che il legislatore comunitario prima e quello nazionale poi hanno voluto tutelare, id est non paralizzare lo svolgimento delle gare pubbliche.

Aggiungasi, ed il rilievo assume carattere assorbente di ogni altra considerazione, che nel caso all'esame del Collegio il contratto è stato stipulato il 30 settembre 2010 (come risulta dalla comunicazione del 5 ottobre 2010) e, dunque, dopo che il Tribunale, alla camera di consiglio del 29 settembre 2010, aveva respinto l'istanza di sospensione cautelare dell'impugnata aggiudicazione definitiva.

Quanto, poi, alla violazione del punto 8.3 delle Condizioni generali di contratto per gli appalti di fornitura delle società del Gruppo Ferrovie dello Stato, richiamato al n. 5.3 della lettera di invito, è sufficiente osservare che, come espressamente chiarito nella lex specialis di gara, il termine di sessanta giorni per la stipula del contratto è un termine massimo e non minimo, individuato a beneficio dell'aggiudicatario, che ha - contrariamente al concorrente che vuole proporre ricorso e per il quale il d.lgs. 20 marzo 2010 n. 53

prima ed il Codice del processo amministrativo poi hanno introdotto la regola dello stand still - interesse a stipulare il prima possibile il contratto.

Per concludere, non solo l'aggiudicazione non è, sotto questo profilo, illegittima, ma che non ricorrono neanche i presupposti per condannare la stazione appaltante al pagamento di una sanzione patrimoniale.

7. Con il secondo motivo di ricorso (riproposto con la prima censura del primo atto di motivi aggiunti e con la quarta censura del secondo atto di motivi aggiunti) Ricorrente Ferroviaria s.p.a. afferma che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa sia per violazione dell'art. 37 D.L.vo n. 163 del 2006, per non essere stata conferita la procura speciale al legale rappresentante dell'impresa mandataria \*\*\*\*\* (necessaria atteso che il cit. art. 37, al comma 15 distinguerebbe il mandato, da conferire alla società mandataria, dalla procura, da attribuire alla persona fisica rappresentante della società mandataria), sia perché l'offerta, le dichiarazioni ed i documenti sono stati sottoscritti da un soggetto (il sig. \*\*\*\*\*) non legittimato e sprovvisto dei poteri di rappresentanza della mandante. In via gradata, ove anche si ritenesse che la procura al legale rappresentante della mandataria possa ritenersi contenuta nel mandato, la stessa sarebbe comunque nulla o inefficace perché non conferita per atto pubblico.

Anche questo secondo motivo, nelle diverse censure in cui si articola, non è suscettibile di positiva valutazione.

In punto di fatto risulta che in data 7 gennaio 2010 il sig. \*\*\*\*\*, nella sua qualità di Amministratore delegato, direttore generale e legale rappresentante dell'Ansaldo Breda, ha conferito, tra gli altri, al sig. \*\*\*\*\* procura speciale, con pieni poteri, proprio in relazione alla gara oggetto del contenzioso.

Il successivo 14 maggio 2010 Controinteressata s.p.a. e Controinteressata 2 Transportation Italy s.p.a. si

sono costituite in raggruppamento temporaneo di imprese per partecipare, in associazione temporanea già costituita, alla gara bandita da Trenitalia s.p.a. il 30 novembre 2009 per la fornitura di 50 treni di Alta Velocità. E' stato stabilito che all'Controinteressata erano conferiti mandato e procura, con i poteri di mandataria e, tra questi, quello di sottoscrivere, presentare e negoziare l'offerta nella gara de qua. Segue da ciò che in detto mandato era implicita l'accettazione, da parte della mandante Controinteressata 2 Transportation Italy s.p.a., della scelta effettuata dalla mandataria Controinteressata, della designazione, già avvenuta, del sig. Fedeli come procuratore speciale, per cui non sussisteva la necessità di riconferire a quest'ultimo una procura già posseduta ed accettata dalla mandante In altri termini, e per concludere sul punto, quando il procuratore speciale Fedeli ha sottoscritto l'offerta lo ha fatto in nome e per conto sia di Controinteressata s.p.a. che di Controinteressata 2 Transportation Italy s.p.a..

Quanto, infine, alla necessità che la procura fosse sottoscritta con atto pubblico, il Collegio rileva che:

a) l'art. 37, comma 15, del Codice, dopo aver stabilito la necessità della forma scritta per il mandato collettivo, aggiunge che "la relativa procura è conferita al legale rappresentante dell'impresa capogruppo", senza specificare se anche la stessa debba rivestire la forma dell'atto pubblico con la conseguenza che, muovendo dal duplice rilievo della mancanza di differenziazione nella disciplina civilistica tra mandato con rappresentanza e procura (il primo contenendo, normalmente, la seconda) e dell'assenza di ogni espressa statuizione sulla forma della procura, si può concludere nel senso che il legislatore ha inteso derogare in toto al principio ex art. 1392 c.c., e pertanto la forma della scrittura privata autenticata è sufficiente non solo per il mandato, ma anche per la procura (Cons. Stato, V Sez., 20 ottobre 2004 n. 6830; id. 30 giugno 1998 n. 993; T.A.R. Piemonte, II Sez., 26 gennaio 2001 n. 162; T.A.R. Napoli, I Sez., 26 marzo 1998 n. 1055; id. 13 ottobre 1997 n. 2505; T.A.R. Catania, I Sez., 21 maggio 1997 n. 905);

b) in ogni caso il contratto, che sarebbe stato stipulato tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria, non avrebbe rivestito la forma di atto pubblico bensì di "corrispondenza commerciale" (punto V.3 della lettera di invito), con la conseguenza che correttamente il legale rappresentante di Controinteressata s.p.a. ha ritenuto sufficiente la forma scritta (e non di atto pubblico) della procura conferita al procurato speciale Fedeli.

8. Con il terzo motivo di ricorso l'Ricorrente Ferroviaria afferma che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per non essere state prodotte tutte le dichiarazioni prescritte dall'art. 38 D.L.vo n. 163 del 2006. In particolare, la mandante Controinteressata 2 Transportation Italy s.p.a. non avrebbe prodotto le dichiarazioni dei direttori tecnici \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* e del responsabile tecnico \*\*\*\*\* , e la mandataria Controinteressata s.p.a. del responsabile tecnico \*\*\*\*\* e del procuratore speciale (che ha sottoscritto le offerte) \*\*\*\*\*. Non sarebbe stata, infine, presentata la documentazione richiesta al punto III.a nn. 2, 4, 5 e 7 della lettera di invito.

Il motivo è privo di pregio, innanzi tutto in punto di fatto, atteso che dal verbale del 4 giugno 2010 risulta la presenza della predetta documentazione e delle dichiarazioni dei direttori tecnici \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* per la Controinteressata 2 e del dirigente-procuratore speciale \*\*\*\*\* per l'Controinteressata; ma anche in punto di diritto, in quanto i responsabili tecnici \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* non dovevano, in quanto tali, presentare le dichiarazioni di cui al punto III.a della lettera di invito, salvo a dimostrare (come argomentato sub 2) che agli stessi erano conferiti speciali poteri tali da far concludere che l'ambito di estensione dei loro poteri conduceva a qualificarli come amministratori di fatto. Tale prova non è stata fornita dalla ricorrente la quale, anzi, non ha neanche insistito su tale motivo forse nella consapevolezza che la commissione di gara le aveva offerto la possibilità di integrare la documentazione mancante del suo responsabile tecnico sig. \*\*\*\*\*.

9. Con il quarto motivo dell'atto introduttivo del giudizio Ricorrente s.p.a. afferma che Trenitalia s.p.a. avrebbe dovuto rilevare l'anomalia dell'offerta e chiedere al raggruppamento aggiudicatario le giustificazioni relative sia alle voci del prezzo che agli altri elementi di valutazione dell'offerta.

Il motivo è privo di pregio.

Ed invero, in caso di gara che rientra, come nel caso in esame, nei settori speciali, l'art. 206, comma 1, ultima parte, D.L.vo n. 163 del 2006, con riguardo alle disposizioni sulla verifica delle offerte anormalmente basse prevede che si applichi l'art. 86 D.L.vo n. 163 cit., ma "con la precisazione che gli enti aggiudicatori hanno facoltà di utilizzare i criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse,

indicandolo nell'avviso con cui si indice la gara o nell'invito a presentare offerte": l'interpretazione più condivisibile di detta norma è quella secondo cui, ove non vengano specificati nella legge di gara (bando o lettera di invito) i criteri per l'individuazione delle offerte anormalmente basse, la stazione appaltante (commissione di gara) è libera di valutare se assoggettare o non a verifica di anomalia determinate offerte, regolandosi sulla base del contenuto delle stesse (T.A.R. Veneto, I Sez., 28 aprile 2008 n. 1120). La lex specialis della gara oggetto di controversia si limita a richiamare l'art. 87, comma 1, quanto agli aspetti procedurali, ma alcun rinvio è stato fatto, quanto agli aspetti sostanziali, all'art. 86. La lettera di invito è dunque legittima, avendo la stazione appaltante esercitato una facoltà prevista dal legislatore del Codice dei contratti pubblici (art. 206).

Non essendosi dunque in alcun modo autovincolata, alcun obbligo incombeva sulla commissione di motivare la mancata valutazione dell'anomalia dell'offerta.

10. Il quinto motivo dell'atto introduttivo del giudizio deduce l'illegittimità della nomina della commissione giudicatrice perché effettuata dal Direttore degli acquisti, che non aveva alcuna competenza in merito, e non dal Consiglio di amministrazione. Il mandato conferito a detto direttore sarebbe quindi nullo in quanto la delega in senso proprio è solo quella interorganica.

Anche questo motivo non è suscettibile di positiva valutazione.

\*\*\*\*\* i casi di competenza non delegabile - e la nomina di una commissione giudicatrice non rientra certamente tra queste ipotesi - il soggetto titolare di un potere può delegarlo.

Non è in discussione, nel caso di specie, la circostanza che titolare del potere di nominare la commissione giudicante fosse il Consiglio di amministrazione di Trenitalia s.p.a., quanto piuttosto la possibilità per questo di delegare (trattandosi indubbiamente di competenza delegabile perché non espressamente esclusa né dalla legge né, tantomeno, dall'art. 18.2 dello Statuto di Trenitalia s.p.a.) tale potere al

Direttore della Divisione Acquisiti e non, invece, ad un altro organo, possibilità esclusa dalla ricorrente sul rilievo che questi è un soggetto persona fisica e non un organo.

Il Collegio non ritiene peraltro fondata tale limitazione, non risultando normativamente preclusa la possibilità di delegare un potere ad una persona fisica anziché ad un organo.

11. Con il sesto motivo dell'atto introduttivo del giudizio si afferma che illegittimamente l'aggiudicazione definitiva non è stata fatta precedere da quella provvisoria.

Anche questo motivo non è suscettibile di positiva valutazione.

Invero, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, l'aggiudicazione provvisoria è un atto di giudizio della commissione di gara (\*\*\*\*\*), IV Sez., 22 giugno 2006 n. 3851), di natura endoprocedimentale, con effetti instabili e del tutto interinali (Cons.Stato, V Sez., 20 luglio 2009 n. 4527; id., VI Sez., 25 settembre 2007 n. 4937; id. 6 aprile 2010 n. 1907), a mezzo del quale la commissione di gara individua provvisoriamente il concorrente che ha formulato l'offerta migliore, proponendola all'amministrazione appaltante; l'aggiudicazione definitiva, lungi dall'essere un atto meramente confermativo di quella provvisoria, oltre a differirne per oggetto, competenza, forma e contenuto, presuppone in realtà da parte dell'amministrazione appaltante una rinnovata valutazione dei fatti, delle norme e delle circostanze inerenti al procedimento di gara, attraverso una verifica dell'operato della commissione di gara (\*\*\*\*\*), V Sez. V, 7 maggio 2008 n. 2089; id. 21 novembre 2007 n. 5925; id. 6 febbraio 2007 n. 484; id. 2 settembre 2005 n. 4464; id., IV Sez., 22 giugno 2006 n. 3851).

Peraltro, come ha recentemente chiarito il giudice di appello (V Sez., 17 settembre 2010 n. 6965), l'atto di aggiudicazione provvisoria, ove manchi formalmente, deve essere individuata nel verbale della commissione di gara che individua la migliore offerta complessiva; nella specie, quello del 2 agosto 2010, relativo alla settima seduta, nel quale si dà atto dei punti attribuiti alle offerte economiche delle due

concorrenti e del punteggio a ciascuna attribuito, derivante dalla sommatoria dei punti assegnati all'offerta tecnica e a quella economica.

E' stata quindi individuata nel raggruppamento con mandataria Controinteressata s.p.a. l'aggiudicataria provvisoria; tale aggiudicazione, deliberata dalla competente commissione, è stata successivamente approvata dal Consiglio di amministrazione il 5 agosto 2010 ed è dunque divenuta definitiva, sebbene non ancora efficace perché sottoposta a condizione sospensiva della verifica dei requisiti.

12. Con il settimo motivo dell'atto introduttivo del giudizio (reiterato con la quinta censura del secondo atto di motivi aggiunti) Ricorrente Ferroviaria s.p.a. afferma che illegittimamente nella lettera di invito per alcune voci sono indicati solo i criteri e non anche i sottocriteri; per altre sono indicati alcuni sub criteri ma senza i relativi sub punteggi.

Priva di pregio è l'eccezione di tardività del motivo, dedotta da Trenitalia s.p.a. sul rilievo che tale motivo avrebbe dovuto essere proposto immediatamente contro la lettera di invito e non unitamente all'impugnazione dell'atto conclusivo della procedura di gara. E' noto, infatti, che l'onere di immediata impugnazione del bando di gara è limitato alle sole clausole escludenti che stabiliscano, con prescrizioni inequivoche, requisiti di partecipazione alla procedura selettiva non posseduti dal ricorrente.

Posto che il profilo di illegittimità dedotto, ossia la mancata predeterminazione di sottocriteri e di sottopunteggi, non impediva la partecipazione alla procedura e non precludeva l'esito vittorioso della stessa, si deve reputare che il termine per l'impugnazione decorresse non dall'avvio della procedura ma dal momento in cui la ricorrente ha avuto contezza dell'esito negativo della gara (Cons. Stato, V Sez., 15 ottobre 2010 n. 7515; id. 10 agosto 2010 n. 5555).

Il Collegio verifica d'ufficio l'ammissibilità del motivo sul rilievo che Ricorrente s.p.a. - dovendo, per effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale, essere esclusa dalla gara - ha interesse alla definizione

dei soli motivi dal cui accoglimento deriva l'esclusione anche dell'aggiudicataria o, in ogni caso, un obbligo della stazione appaltante di rinnovare la procedura.

Anche sotto questo profilo il motivo è ammissibile, atteso che, essendo ormai conosciute le offerte tecniche delle due concorrenti, non sarebbe possibile - in caso di accoglimento del motivo stesso - aggiungere i sottocriteri o i sottopunteggi mancanti. Costituisce principio generale delle procedure ad evidenza pubblica quello secondo cui la definizione degli elementi di valutazione delle offerte, quale che ne sia la natura, è preclusa allorché le buste contenenti le offerte siano state aperte e ne sia divenuto noto e conoscibile il contenuto.

Si tratta di un principio che tutela esigenze elementari e inderogabili di trasparenza e di parità di trattamento dei concorrenti e che preclude alla commissione giudicatrice di stabilire i criteri o i sub-criteri di valutazione dopo che siano stati aperti i plichi contenenti le singole proposte e dopo che i componenti della commissione stessa ne abbiano avuto conoscenza (Cons. Stato, V Sez., 22 febbraio 2010 n. 1029; T.A.R. Bari, I Sez., 14 settembre 2010 n. 3475).

Seppure ammissibile, il motivo non è però suscettibile di positiva valutazione atteso che non sussiste un obbligo per la commissione di gara di individuare sottocriteri ai criteri predeterminati. Anzi, il comma 4 dell'art. 83 precisa che l'individuazione di sub criteri deve essere fatta solo "ove necessario". Rientra quindi nella scelta discrezionale e insindacabile della Commissione stabilire se individuare o meno tali sottocriteri.

Quanto all'indicazione dei sottopunteggi - a prescindere dalla dubbia esistenza di un obbligo di predeterminazione degli stessi pur in presenza di sottocriteri, estrinsecandosi questi in una specificazione del contenuto da dare al criterio generale al quale solo è attribuito un punto e assumendo di norma la funzione di parametri di riferimento per la valutazione della qualità della voce alla quale soltanto va attribuito il punteggio - è assorbente la considerazione che detto sottopunteggio (pari a 5) era stato assegnato al sottocriterio "Sistema di diagnostica" che, unitamente agli altri due sottocriteri "Treno nel suo complesso" (punti 12) e "Affidabilità dei sottosistemi critici" (punti 8) rientrava nella voce generale

“Affidabilità e disponibilità” (pag. 12 della lettera di invito).

13. E' invece improcedibile per difetto di interesse, per i motivi evidenziati sub 12, l'ottavo ed ultimo motivo dell'atto introduttivo del giudizio, con il quale si deduce l'illegittima valutazione, da parte della commissione di gara, dell'offerta della ricorrente (alla quale sarebbero stati attribuiti meno punti del dovuto) e dell'aggiudicataria (alla quale, invece, sarebbero stati attribuiti più punti del dovuto).

L'atto introduttivo del giudizio deve dunque essere respinto.

14. Occorre ora passare all'esame del primo atto di motivi aggiunti, nella parte in cui sono dedotti vizi nuovi e non meramente reiterativi di quelli già denunciati con l'atto introduttivo del giudizio o di quelli relativi al divieto di accesso ai documentali, sui quali il Tribunale si è già occupato con l'ordinanza n. 1458 del 22 ottobre 2010, con la quale è stato accolto in parte il gravame proposto da Ricorrente s.p.a. contro il diniego di accesso ai documenti, opposto da Trenitalia s.p.a..

15. Priva di pregio è la seconda censura del primo atto di motivi aggiunti, atteso che Controinteressata s.p.a non ha violato la lex specialis di gara indicando il costo di manutenzione/Km, trattandosi di dato richiesto dalla stazione appaltante: il CTP (Capitolato Tecnico Prestazionale) prescriveva, infatti, di dichiarare che l'indice “u” (id est, il costo di manutenzione) fosse inferiore a 2€ al KM.

16. Con la quarta censura del primo atto di motivi aggiunti (e reiterata con la terza censura del secondo atto di motivi aggiunti) l'Ricorrente ha dedotto che la stazione appaltante ha tenuto un comportamento non imparziale perché nel corso dei mesi antecedenti la gara ha partecipato, unitamente ai componenti del raggruppamento capitanato da Controinteressata s.p.a., agli studi di un centro di ricerca (Joint Research Center) costituito con il patrocinio del Politecnico di Milano, centro che svolgeva, nel settore oggetto della gara, un'importante attività finalizzata a sviluppare soluzioni innovative per il trasporto su ferro e, in particolare, sui treni dell'alta velocità.

Priva di pregio è l'eccezionale di tardività della censura, sollevata da Trenitalia s.p.a. sul rilievo che Ricorrente avrebbe dovuto insorgere subito, non appena conosciuto il Capitolato tecnico prestazionale, e ciò in quanto l'interesse a far valere detto vizio di illegittimità è sorto solo nel momento in cui la gara si è conclusa con l'aggiudicazione alla controinteressata.

Peraltro, seppure ammissibile, la censura non è suscettibile di positiva valutazione. La partecipazione ai lavori di tale qualificato Centro aveva per scopo l'arricchimento del bagaglio professionale dei dipendenti, ponendoli a conoscenza dei continui problemi che l'evoluzione del sistema ferroviario pone agli operatori del settore e delle soluzioni praticabili, da utilizzare ove necessario.

L'asserito vantaggio competitivo che la controinteressata avrebbe acquisito è quindi irragionevolmente legato alle conoscenze che acquisisce chi responsabilmente partecipa a studi e ricerche in un settore nel quale opera per poterle utilizzare nell'esercizio della sua professione e tale valore aggiunto ottenuto in competizioni dove la concorrenza è alta. Aggiungasi che la ricerca effettuata dal Joint Research Center prendeva a riferimento un treno con velocità massima di 300 Km/h, mentre Trenitalia ha richiesto con il Capitolato tecnico e progettuale una velocità massima di 360 Km/h, differenza questa che incide su alcuni aspetti tecnici di notevole rilevanza e di immediata evidenza anche per un profano della materia, quali la potenza del sistema frenante e la dinamica di marcia.

In ogni caso nella specie un problema di lesione della libera concorrenza neppure si poneva atteso che l'approfondimento culturale e professionale è frutto di una scelta che ogni soggetto può liberamente effettuare, quale che sia l'attività che svolge e al quale fa ricorso non solo per amore del sapere, ma anche per essere presente in posizione qualificata nel mercato del lavoro.

17. Anche la quinta censura del primo atto di motivi aggiunti è priva di giuridico pregio, atteso che dal verbale del 2 agosto 2010 risulta che l'offerta economica presentata dall'aggiudicataria indicava il valore del cd. Life Cycle Cost (LCC), che era pari a € 44.053.521.00.

E' invece improcedibile per difetto di interesse, per i motivi evidenziati sub 12, nella parte volta a censurare il punteggio attribuito all'offerta tecnica della controinteressata.

18. Non è suscettibile di positiva valutazione neanche il sesto motivo di ricorso secondo cui illegittimamente Trenitalia non ha preso in alcuna considerazione l'informativa in ordine all'intento di produrre ricorso giurisdizionale, inoltrata ai sensi dell'art. 243 bis D.L.vo n. 163 del 2006.

Rileva infatti il Collegio che la carenza di motivazione in ordine alla possibilità di agire in autotutela trova il proprio presupposto nella circostanza che nell'avviso ex art. 243 bis del Codice dei contratti, inoltrato da Ricorrente il 13 agosto 2010, non si specificavano i vizi che, ad avviso della concorrente, inficiavano l'aggiudicazione. Unico profilo espressamente dedotto era la violazione dello stand still il quale però, come si è detto sub 6, non è in grado di rendere illegittima l'aggiudicazione, provvedimento che è allo stesso presupposto.

19. Le ulteriori censure del primo atto di motivi aggiunti reiterano vizi già dedotti nell'atto introduttivo del giudizio e devono quindi essere respinte per le ragioni già argomentate sub 6-13.

20 Passando all'esame della sesta censura del secondo atto di motivi aggiunti, l'unica che non si limita a reiterare vizi già dedotti con l'atto introduttivo del giudizio o con il primo atto di motivi aggiunti, la stessa è improcedibile per difetto di interesse, atteso che denuncia un'erronea valutazione delle offerte da parte della commissione di gara.

21. Il ricorso e i tre atti di motivi aggiunti devono dunque essere respinti.

La reiezione dei motivi dedotti contro l'aggiudicazione della gara al raggruppamento temporaneo di imprese Controinteressata/Controinteressata 2 Transportation Italy comporta la reiezione della domanda

risarcitoria.

Le spese e gli onorari del giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto: a) accoglie il ricorso incidentale; b) respinge il ricorso principale.

Condanna, ai sensi dell'art. 26, comma 1, c.p.a., parte ricorrente al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio, che liquida in € 10.000,00 (diecimila/00), di cui € 5.000,00 (euro cinquemila/00) a favore di Trenitalia s.p.a. ed € 5.000,00 (euro cinquemila/00) a favore del raggruppamento temporaneo di imprese Controinteressata/Controinteressata 2 Transportation Italy..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

\*\*\*\*\*, Presidente

\*\*\*\*\* , Consigliere

\*\*\*\*\* , \*\*\*\*\* , Estensore

**IL PRESIDENTE**

**L'ESTENSORE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/12/2010

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/non-e-suscettibile-di-positiva-valutazione-neanche-il-sesto-motivo-di-ricorso-secondo-cui-illegittimamente-trenitalia-non-ha-preso-in-alcuna-considerazione-l-informativa-in-ordine-all-intento-di-produ/>