

N. 05631/2013REG.PROV.COLL.

N. 06299/2013 REG.RIC.

N. 06487/2013 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 38 e 60 cod. proc. amm.
sul ricorso numero di registro generale 6299 del 2013, proposto da Trenitalia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Luisa Torchia e Claudio Cataldi, con domicilio eletto presso Luisa Torchia in Roma, via Sannio, n. 65;

contro

Stadler Bussnang Ag, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Labianca e Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, n. 104;

nei confronti di

Pojadzy Szynowe Pesa Bydgoszcz Sa;

sul ricorso numero di registro generale 6487 del 2013, proposto da Pojazdy Szynowe Pesa Bydgoszcz Sa, rappresentata e difesa dagli avviti Luigi Cecinato e

Carlo Malinconico, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

contro

Trenitalia S.p.A.;

nei confronti di

Stadler Bussnang Ag, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Labianca e Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, n. 104;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Lazio - Roma: Sezione III Ter n. 07303/2013, resa tra le parti, concernente affidamento fornitura di 40 convogli diesel per il trasporto regionale e in opzione prestazioni di *full service* manutentivo.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Stadler Bussnang Ag, anche appellante incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 settembre 2013 il Cons. Vito Carella e uditi per le parti gli avvocati Torchia, Labianca e Pappalepore, Cecinato e Malinconico,

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I.- Ai fini dell'inquadramento della controversia va premesso che la società appellante Trenitalia, con bando n. 74 del 24 giugno 2011, indiceva una gara pubblica da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

per l'acquisto di 40 (con opzione di ulteriori 20 e opzione di *full service* manutentivo) convogli diesel, adatti alla circolazione su tutta la rete nazionale convenzionale (rete RFI).

A seguito della mancata aggiudicazione di questo esperimento, detta stazione appaltante ha avviato una procedura negoziata ai sensi dell'art. 221, comma 1, lettera a), del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), cui ha invitato gli operatori economici che nella predetta gara avevano superato la fase di prequalifica.

Per quanto qui rilevante, la lettera di invito del 3 dicembre 2012 ha previsto l'attribuzione sino ad un massimo di 60 punti per il valore tecnico del progetto, suddiviso in quattro elementi di valutazione (tempi di consegna-max 35 punti, prestazioni-max 5 punti, qualità-max 10 punti, affidabilità-max 10 punti) e di 40 punti per il valore economico, ripartito nei seguenti elementi di valutazione (prezzo-max 35 punti, *Life Cycle Cost*-max 3 punti, indice di manutenibilità-max 2 punti).

Inoltre, il disciplinare ha richiesto idonea documentazione in originale o copia autentica, incluse eventuali procure, attestanti che il firmatario della documentazione di gara fosse munito dei poteri necessari per impegnare in via definitiva il soggetto concorrente; ha contemplato la produzione delle dichiarazioni sostitutive ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 redatte in conformità all'unito schema e sottoscritte dal legale rappresentante ovvero anche da procuratori dei legali rappresentanti; ha indicato i motivi di esclusione delle offerte, in particolare quanto alle offerte incomplete e condizionate o comunque contenenti modifiche e riserve alle condizioni poste a base di gara o allo schema di contratto e relativi allegati; ha fatto riserva della facoltà di richiedere chiarimenti in merito alla documentazione e dichiarazioni prodotte dai concorrenti a corredo della domanda di partecipazione e/o copia dei documenti attestanti il possesso dei requisiti medesimi.

Vi hanno partecipato e sono risultate ammesse soltanto le offerte della società Pesa e Stadler, giudicate rispettivamente dall'apposita commissione con 58,17 punti (di cui 41,43 in relazione all'offerta tecnica e i restanti 16,74 in relazione all'offerta economica) e 44,35 punti ottenuti da Stadler (di cui 30,00 in relazione all'offerta tecnica e i restanti 14,35 in relazione all'offerta economica).

Trenitalia ha di conseguenza aggiudicato in via definitiva l'appalto alla società Pesa per un importo complessivo, al netto delle opzioni, di € 139.600.000,00, come da delibera n. 44/2013 del 27 febbraio 2013.

II.- La società Stadler ha impugnato in primo grado la predetta aggiudicazione a favore della controinteressata, unitamente ad ogni altro atto collegato, ivi compresi i verbali di gara, la lettera di invito e la richiesta alla società Pesa dei chiarimenti di cui alla nota del 31 gennaio 2013 nonché il diniego di accesso all'offerta tecnica di Pesa di cui al verbale del 6 marzo 2013, chiedendo altresì dichiarazione di inefficacia del contratto, ove stipulato, e spiegando domanda risarcitoria in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente.

Detta ricorrente, a mezzo di due ordini di doglianza per violazione di legge ed eccesso di potere, con i primi tre motivi di ricorso ha lamentato la mancata esclusione dalla gara di Pesa (l'aggiudicataria avrebbe omesso di allegare idonea documentazione atta a dimostrare che il firmatario della documentazione di gara fosse munito dei poteri necessari per impegnare in via definitiva il soggetto concorrente; avrebbe omesso di rendere le dovute dichiarazioni di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, *m-ter* del codice dei contratti pubblici, con specifico riferimento al procuratore M. Berg, e all'art. 38, *m-quater*, relativamente al signor Maciejewski; avrebbe omesso di indicare, nell'offerta economica, tutti i prezzi della scorta tecnica del treno di cui all'art. 7.2.B del Capitolato tecnico prestazionale).

Con il quarto e il quinto motivo di ricorso, proposti in via subordinata, Stadler ha chiesto, invece, l'annullamento integrale della gara (la stazione appaltante avrebbe attribuito, in sede di determinazione dei criteri di valutazione delle offerte, un peso eccessivo al criterio dei "Tempi di consegna"; inoltre, avrebbe modificato, nella nuova lettera d'invito, le condizioni originarie dell'appalto).

Il Tribunale Amministrativo Regionale in epigrafe indicato, con la sentenza impugnata, ha preliminarmente disatteso l'eccezione sollevata dalla società controinteressata di inammissibilità del gravame (secondo cui la notifica dell'atto introduttivo, effettuata in un Paese estero, presenterebbe vizi insanabili, in quanto avvenuta ai sensi del Regolamento n. 1393/2007 e non in conformità alla Convenzione dell'Aja del 1965, e, dunque, da considerarsi inesistente).

Ha respinto il primo motivo (inerente l'asserita inidoneità della documentazione prodotta da Pesa al fine di comprovare il potere di impegnare la società in capo ai soggetti che hanno sottoscritto, rispettivamente, l'offerta tecnica e l'offerta economica), avendo la società controinteressata prodotto in sede di gara gli originali delle deleghe alla firma dell'offerta (corredando le stesse dei documenti di identità dei sottoscrittori autenticati da un notaio polacco) rilasciate congiuntamente (secondo statuto) da parte di un membro del Cda e del procuratore della stessa società a due distinti soggetti (rispettivamente, il Direttore marketing del mercato ferroviario occidentale ed il Capo reparto commerciale e contratti).

Ha accolto la seconda censura (relativa alla doglianza di mancata presentazione da parte della controinteressata di offerta corredata da tutte le dichiarazioni di cui all'art. 38, commi 1 e 2, d.lgs. n. 163/2006, e, invece di essere esclusa dalla gara, è stata ammessa ad integrare le dichiarazioni carenti), ravvisando carenti e non suscettibili di regolarizzazione/integrazione le relative dichiarazioni tramite soccorso istruttorio (dato che il signor Berg, indicato dalla società Pesa tra gli

amministratori muniti di potere di rappresentanza, ha omesso di barrare alcuna delle caselle relative alla dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. *m-ter*, d.lgs. n. 163/2006 e il signor Maciejewski, nel rendere la dichiarazione attestante la sussistenza dei requisiti di carattere generale dell'impresa dal medesimo rappresentata, ha barrato entrambe le caselle relative alla insussistenza delle cause di esclusione di cui al comma 1, lett. *m-quater*, come specificato sempre dall'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 163/2006).

Di conseguenza il Tar, assorbite le altre doglianze e dichiarato il sopravvenuto difetto di interesse quanto al preteso accesso all'offerta tecnica della controinteressata (coperta da segreto industriale), ha accolto il ricorso, con condanna alle spese, disponendo altresì, a diretto soddisfacimento in forma specifica della domanda risarcitoria, l'assegnazione della fornitura alla società ricorrente, in quanto seconda graduata.

III.- Con l'atto di appello rubricato a R.G. n. 6299 del 2013 la società Trenitalia s.p.a. ha chiesto, previa misura cautelare, la riforma di tale sentenza, ritenuta errata sulla base di tre ordini di critica, di cui la prima sotto tre aspetti (legittimo esercizio del potere-dovere di soccorso istruttorio ed erronea ricognizione del suo ambito di applicazione; pretermessa considerazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e contrasto con gli orientamenti dell'AVCP; sbagliata valutazione delle dichiarazioni rese dalla società Pesa e dei requisiti di partecipazione dalla medesima posseduti); la seconda per due profili relativi alla notificazione dell'atto introduttivo (inesistenza della notificazione all'estero del ricorso effettuata da Stadler; mancata notifica al controinteressato); la terza concernente la condanna alle spese di giudizio (ravvisata iniqua).

Inoltre, l'appellante Trenitalia ha riproposto le eccezioni sollevate nel corso del giudizio di primo grado, non delibate dai primi giudici, avverso il quarto e quinto motivo del ricorso di Stadler volti a censurare il peso attribuito dalla lettera di

invito al fattore tempo (noto sin dall'originaria lettera di invito del 5 agosto 2011 e comunque motivo inammissibile a fronte della c.d. prova di resistenza) nonché le asserite modifiche sostanziali alle condizioni originarie d'appalto (motivo inficiato da difetto di interesse per acquiescenza).

Ha appellato la sentenza in illustrazione, con richiesta di misure cautelari, anche la società Pesa come da R.G. annotato al n. 6487 del 2013, sulla base di due denunce con cui si contestano l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso iniziale di Stadler sotto diversi punti (inesistenza della irrituale notifica in Polonia a mezzo posta, erroneità delle presunte irregolarità riscontrate nelle dichiarazioni di Pesa, violazione del principio di prevalenza della sostanza sulla forma, mero contenuto di precisazioni in ordine ad elementi già dichiarati da essa concorrente).

Con il controricorso ed atto di appello incidentale la società Stadler ha confutato le doglianze avversarie e riproposto le censure dichiarate assorbite o rigettate dai primi giudici, in particolare sottolineando, quanto alla notifica del ricorso all'estero, il raggiungimento dello scopo e l'effettività del contraddittorio a seguito della tempestiva costituzione in giudizio di Pesa, ad effetto sanante e comunque non escludente l'errore scusabile.

IV.- In entrambi i suddetti gravami le parti hanno prodotto memorie e repliche.

Alla camera di consiglio del 10 settembre 2013, preavvertite le parti, le cause sono state trattate per essere definite con decisione in forma semplificata.

DIRITTO

1.1.- La presente decisione viene assunta in forma semplificata, a termini degli artt. 60 e 74 c.p.a., dopo aver accertato la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, preavvertite le parti.

Nello specifico, è invero chiara la situazione di fatto nei suoi punti di riferimento e nelle problematiche dibattute.

1.2.- Gli appelli in epigrafe, in quanto rivolti avverso la medesima sentenza e per la loro palese connessione soggettiva ed oggettiva, vanno riuniti ai fini di un'unica decisione.

Sono poi evidenti, come da suesposta illustrazione in fatto, le interconnessioni e le interdipendenze tra gli appelli principali e quello incidentale, che implicano dunque una trattazione congiunta delle opposte censure, dato che all'esame unitario le relative questioni si risolvono in esclusione dell'una o altra tesi.

Gli appelli principali devono essere accolti alla stregua delle considerazioni nel seguito illustrate e, quindi, l'appello incidentale va rigettato.

2.1.- E' preliminare decidere, per evidenti ragioni di priorità logica ai fini dell'ammissibilità del ricorso di primo grado, se sia valida ovvero inesistente o soltanto nulla, la notifica dell'atto introduttivo eseguita dalla società Stadler direttamente nei confronti della controinteressata iniziale e odierna appellante Pesa, società estera registrata in Polonia, mediante servizio postale e ripetuta a mezzo ufficiale giudiziario con la traduzione in lingua polacca.

La ricorrente originaria assume come inconferenti i consolidati precedenti citati dalle controparti, secondo i quali le notificazioni all'estero effettuate con modalità divergenti dal modello delineato dalle convenzioni internazionali sono da considerarsi inesistenti (Cons. Stato, sez. IV, 13 febbraio 2007, n. 604; Cass. Civ., sez. I, 7 aprile 2006, n. 8242, e 8 agosto 2003, n. 11966).

Al riguardo, è appena il caso di dover sottolineare, ai fini in esame, che nello specifico non sono rilevanti le differenti modalità di trasmissione della notifica (fax, posta, corriere internazionale, o altro), ma i principi in tali precedenti affermati, i quali trovano enunciazione anche in altre decisioni giurisprudenziali.

2.2.- Secondo la Suprema Corte, l'art. 142 c.p.c., in tema di notificazione a persona non residente, nè dimorante, nè domiciliata nella Repubblica, attribuisce il valore di fonte primaria alle convenzioni internazionali, in difetto delle quali o per il caso

che sia impossibile applicarle - e solo allora - è dato ricorso alla disciplina codicistica sussidiaria e tra queste anche quella di cui all'art. 151 c.p.c. (Cass. civ., Sez. Unite, 22 giugno 2007, n. 14570).

Di conseguenza, nella specie, contrariamente a quanto ritenuto dai primi giudici, non si può prescindere, alla stregua della Convenzione dell'Aja del 1965, dalle particolari modalità di notifica previste dalla specifica normativa polacca (tramite uffici giudiziari) e queste non possono essere superate in applicazione di forme sostitutive o di (general) canoni, quali il raggiungimento dello scopo e l'effettività del contraddittorio, se la parte notificataria si costituisce per eccepire la regolarità del procedimento notificatorio e i suoi presupposti di operatività.

In tal caso infatti la notificazione inficiata, non essendo entrata a far parte della realtà dell'ordinamento, non è passibile di sanatoria né per mezzo della rinnovazione disposta dal giudice ai sensi dell'art. 291 c.p.c., né mediante la costituzione in giudizio dell'altra parte (Cass. civ., Sez. I, 29 maggio 1997, n. 4746; Sez. II, 13 febbraio 1996, n. 1084).

D'altronde, la sanatoria per raggiungimento dello scopo può concepirsi solo in relazione ad un atto nullo, non in relazione ad un atto inesistente, dato che la situazione di effettiva conoscenza dell'atto da parte del destinatario ottenuta senza l'impiego del prescritto procedimento di notificazione e con l'uso dello strumento previsto, determinando l'assoluta divergenza rispetto alle dovute forme e modalità, non ne consente la sussunzione nella sfera del rilevante giuridico e la notifica eseguita deve essere considerata *tamquam non esset* e, pertanto, insuscettibile di sanatoria (Cass.civ., Sez. lavoro, 13 febbraio 1999, n. 1195; Sez. II, 29 luglio 1995, n. 8372).

2.3.- Nella fattispecie, come detto e sul punto non v'è divergenza alcuna tra le parti, la notificazione del ricorso è avvenuta atipicamente in via diretta, per posta e

anche a mezzo ufficiale giudiziario italiano, ma non tramite l'ufficio giudiziario polacco designato (Tribunale amministrativo).

La legge 6 febbraio 1981, n. 42 ha reso esecutiva in Italia la Convenzione dell'Aja del 15 novembre 1965, relativa alla notifica all'estero di atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile e commerciale, e la Polonia, nell'aderire a detta Convenzione, ha dichiarato di opporsi alle forme alternative di notifica diretta previste dall'art. 10 (tramite posta, o da uffici dello Stato di origine ad uffici dello Stato di destinazione, o da parte di uffici dello Stato di destinazione).

Orbene, come ha avuto già modo di chiarire questo Consiglio (sez. IV, 13 febbraio 2007, n. 604), in adesione agli indirizzi della Corte di cassazione civile (Sez. I , 7 aprile 2006, n. 8242; 8 agosto 2003, n. 11966), in tale contesto, non vi è spazio perché possa trovare applicazione l'art. 151 c.p.c., la cui portata, ampia che sia, trova un limite insuperabile nella notifica da eseguirsi all'estero, allorché per essa siano previste specifiche modalità da convenzioni internazionali intervenute tra gli Stati interessati o alle quali essi abbiano aderito, sottolineando, altresì, come la rilevanza imperativa di tali prescrizioni si desuma proprio dalle disposizioni dell'art. 142 c.p.c.

In altre parole, la citata Convenzione dell'Aja è vincolante se la legge interna dello Stato del foro stabilisca, ai fini della notificazione o comunicazione, il meccanismo che un atto deve seguire per la sua trasmissione all'estero e, nel concreto, l'art. 142 c.p.c. precisa quanto sopra ricordato nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza.

Tanto postula, in via dirimente, che la notifica del ricorso di primo grado deve considerarsi inesistente, né sussistono i presupposti individuati dalla giurisprudenza per la concessione dell'errore scusabile, stante la ricordata imperatività della citata disposizione del codice di procedura civile ed attesa la mancanza nell'atto introduttivo notificato degli elementi caratteristici del modello delineato dalla

legge, vale a dire la sua estraneità allo schema legale tipico degli atti di notificazione in Polonia, secondo la Convenzione dell'Aja.

3.1.-, La società appellata insiste sul fatto che la notifica eseguita sia conforme al Regolamento CE n. 1393/2007, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale, in particolare quanto alle previste forme di notifica alternative.

E' da osservare in contrario che l'art. 1, comma 1, del predetto regolamento ne stabilisce l'applicabilità alla sola materia civile e commerciale, con esplicita esclusione della materia amministrativa.

3.2- Le suesposte considerazioni in rito, in quanto attinenti alla instaurazione del contraddittorio, sono assorbenti di ogni altra questione.

In ogni caso, nel merito gli appelli principali sono fondati e gli appelli incidentali sono infondati.

3.3.- Fondato è l'appello principale nel censurare la pronuncia dei primi giudici, che hanno accolto la doglianza della ricorrente relativa alle dichiarazioni rese da Pesa ai fini dell'art. 38, comma 1, *m-ter* e *m-quater*, del d.lgs. n. 163 del 2006, cui accede la lamentata applicazione del soccorso istruttorio contemplato dall'art. 46 dello stesso codice dei contratti, nonché per l'asserita omessa indicazione del direttore tecnico.

Al riguardo va subito osservato che non si possono confondere le posizioni del procuratore societario che insieme ad un amministratore (Sebastian Kamecki e Zenon Duszynski), secondo statuto di Pesa, sono autorizzati a conferire i poteri di firma a procuratori delegati (nella specie, Liviu Pecican, Maciej Maciejwski, Jacek Tomasik), con il semplice procuratore *ad negotia* (Berg) il quale in Pesa non riveste la carica di amministratore munito di potere di rappresentanza e, comunque, tale qualità non è stata provata in atti. La ricorrente iniziale Stadler fa invero derivare detta qualificazione dalla mera circostanza che il signor Berg, nel compilare il

modulo prestampato, in mancanza di una specifica voce relativa a “procuratore”, ha barrato quella con l’indicazione “altro amministratore”. Da tanto la ricorrente ne fa discendere una sorta di ammissione quale soggetto investito di speciali poteri decisionali e gestionali, che si pone tuttavia in intima contraddizione con la realtà sociale documentata agli atti di gara. Nella fattispecie, infatti, la dichiarazione di cui al citato art. 38, comma 1, lett. m-ter), è stata resa dagli amministratori componenti del Consiglio Amministrativo statutariamente preposto alla rappresentanza societaria e costoro non sono stati neppure contestati nella loro specifica veste di effettivi amministratori (Zaboklicki, Duszyński, Zurawski, Swiechowicz, Jedryczka). Deriva da ciò che Pesa aveva assolto all’onere di dichiarazione dei requisiti di carattere generale e che a tanto non potesse essere chiamato il signor Berg in quanto procuratore senza generali o speciali poteri di amministrazione (Cons. St., Ad. Plen., 16 ottobre 2013, n. 23).

Di conseguenza, stante il generico rinvio da parte del bando all'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 e non prevedendo esso un esplicito onere anche per i procuratori *ad negotia*, correttamente la stazione appaltante non ha comminato l'esclusione a causa della incompleta, ma non omessa dichiarazione, del signor Berg (barramento della voce); d'altro canto Stadler neppure ha opposto, nella sostanza, l'effettiva assenza in capo al citato procuratore del requisito in questione, ma solo che l'incompleta attestazione equivale ad omessa dichiarazione.

La ricorrente Stadler ha contestato anche l'autodichiarazione del signor Maciejewski, il quale aveva barrato entrambe le caselle relative alla insussistenza delle cause di esclusioni di cui al ridetto art 38, comma 1, lett. m-quater (a. "di non essere in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c. c. o in una qualsiasi situazione di collegamento, anche di fatto, con nessun partecipante alla presente procedura di gara, e di aver formulato l'offerta autonomamente"; b. "di non essere a conoscenza della partecipazione alla presente procedura di gara di soggetti con cui si trova in una situazione di controllo di cui all'art.

2359 c.c. o in una qualsiasi situazione di collegamento, anche di fatto, e di aver formulato l'offerta autonomamente"). Neanche su questo punto possono essere seguiti i primi giudici, perché tali opzioni, lungi dall'essere "... due scelte tra loro antitetiche ed autoescludentesi l'una con l'altra, il che equivale, evidentemente, a non aver reso affatto la chiesta dichiarazione...", sono soltanto in rapporto di continenza e subordinazione sicché, il contestuale barramento, equivale ragionevolmente solo ad escludere l'una ed altra ipotesi.

Da quanto sin qui detto discende, come non sia nemmeno censurabile il comportamento della commissione giudicatrice che, a fronte di dichiarazioni concernenti requisiti di partecipazione non omesse ma soltanto necessitanti di chiarimento (Cons. Stato, sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2257), ha giustamente attivato lo strumento del soccorso istruttorio, sia in virtù del rammentato autolimito di bando, sia in ossequio ai principi dettati dall'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006. Questa disposizione è infatti preordinata ad una verifica sostanziale dei requisiti soggettivi di partecipazione a gara, nella finalizzazione di una imparziale e non discriminatoria libera concorrenza, nonché all'adesione alla giurisprudenza nazionale e comunitaria di "effettività", secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo (art. 1 c.p.a.).

Tale conclusione non è nemmeno scalfita dalla residua denuncia di omessa indicazione del nominativo del direttore tecnico, dato che, per stessa ammissione della ricorrente (pag. 6 del controricorso) l'offerta tecnica è stata sottoscritta dal sopra menzionato signor Maciejewski (l'offerta economica invece dal signor Tomasik).

3.4. Il primo motivo rigettato dal Tar è stato riproposto in appello da Stadler (inidoneità delle deleghe notarili ad impegnare in via definitiva la concorrente Pesa).

L'appellata deduce che la procura speciale doveva recare esplicita autentica notarile, mentre nella specie il notaio polacco si sarebbe limitato ad attestare *"la conformità della fotocopia con il documento esibito in data odierna"* e non già l'autenticità della sottoscrizione e, quindi, la paternità del soggetto cui sarebbero stati conferiti i poteri di procuratore speciale; nel contempo, viene rimarcato che, *"in funzione della generale facoltà delle imprese di partecipare alle gare d'appalto anche a mezzo di procuratori speciali, colui che agisce in nome e per conto dell'impresa concorrente deve giustificare l'esistenza dei propri poteri rappresentativi, in vista della tutela dell'affidamento della stazione appaltante in ordine alla validità degli atti che promanano dal procuratore e alla loro riferibilità al soggetto giuridico"*.

Queste argomentazioni devono essere respinte perché in intima contraddizione a quanto si dirà oltre e non potendosi disconoscere la genuina provenienza dell'offerta Pesa, alla luce delle dichiarazioni e dei documenti esibiti in gara, che smentiscono le pur abili deduzioni le quali non negano l'esistenza dell'atto, bensì per come è stato redatto e reso conforme dal notaio il deliberato dell'organismo rappresentativo di Pesa e, per di più, con prospettazione non in funzione di un interesse strumentale proprio ma a tutela della stazione appaltante.

Inoltre, dette tesi non possono essere condivise in quanto è principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico che la forma è essenziale unicamente nei casi in cui la legge espressamente la consideri tale e, all'occorrenza, la identità formale del sottoscrittore va desunta dagli stessi elementi dichiarati pertinenti alla persona che ha sottoscritto e, semmai, da identificare tramite la restante documentazione di gara; né, a ben vedere, la ricorrente ha contestato in capo ai sottoscrittori ed ai procuratori le qualità sostanziali dagli stessi dichiarate di agire in nome e per conto di Pesa ovvero che l'offerta non sia a questa imputabile; né si può sottacere come la presentazione stessa del documento ad autenticazione

del notaio sia prova della genuina provenienza e riferibilità a Pesa della volontà di partecipare alla gara in discussione.

Per finire, non è poi vano ricordare, a norma dell'art. 46 del Codice dei contratti con riguardo alle denunce ora in esame, come un'esclusione possa essere comminata soltanto nei casi di incertezza "*assoluta*" sulla provenienza dell'offerta, ipotesi nella specie neppure ventilabile perché Pesa ha interloquito a seguito dei chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante.

3.5.- Priva di pregio è pure la terza critica, assorbita in primo grado, secondo cui la controinteressata Pesa avrebbe dovuto essere esclusa per incompletezza dell'offerta economica, non avendola "debitamente compilata" con l'indicazione di talune voci dei prezzi unitari concernenti la scorta tecnica nell'allegato 7.2.B al capitolato tecnico prestazionale (scatola di cambio, kit di antenne, monitor di sistema della cabina di guida, ungibordi, sistema antincendio).

Non è controvertibile in causa, ed è anche circostanziato a pag. 2 del controricorso agli appelli principali, che la gara in questione è stata indetta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in base al valore tecnico (tempi di consegna; prestazioni, sistemi di trazione e diagnostica; qualità per l'esercizio commerciale; affidabilità e disponibilità) e al valore economico (prezzo del treno, *life cycle cost*, indice di manutenibilità).

L'art. 74, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice degli appalti) stabilisce che, salvo il caso in cui l'offerta del prezzo sia determinata mediante prezzi unitari, il mancato utilizzo dei moduli predisposti dalle stazioni appaltanti per la presentazione delle offerte non costituisce causa di esclusione.

Pertanto nel caso di specie, in cui non si controverte di aggiudicazione a prezzi unitari, essendo il modulo predisposto dalla stazione appaltante finalizzato alla presentazione di offerte chiare e leggibili ai fini della loro valutazione (entro la quale le scorte sono state apprezzate), esso viene richiesto a titolo di

collaborazione e non rappresenta condizione di ammissibilità dell'offerta, ragione per la quale non può normalmente dare luogo ad esclusione, salvo che il bando non disponga diversamente in modo espresso.

Nella fattispecie tale evenienza non ricorre perché il bando nulla esplicitamente prescrive in proposito e, a fronte del richiamato disposto di cui innanzi, neppure è plausibilmente ipotizzabile che l'esclusione possa derivare dalla generale clausola del disciplinare di completezza della documentazione.

3.6.- Da rigettare sono altresì le subordinate quarta e quinta lagnanza, le quali vanno scrutinate nei limiti del devoluto dalla ricorrente Stadler con l'atto di appello incidentale avverso il bando di gara e che sono state riproposte nella aspettativa di una integrale caducazione della procedura di aggiudicazione.

Si sostiene, con il quarto motivo, che la lettera invito avrebbe introdotto un nuovo criterio di valutazione dell'offerta (fattore tempo) non previsto dal bando e con un peso preponderante (Tempi di consegna, punteggio massimo 35 punti/100 complessivi), sproporzionato rispetto agli altri elementi di valutazione, condizionando in tal modo la serena valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta; si aggiunge ancora, con il quinto, che la stazione appaltante avrebbe mutato le condizioni iniziali poste a base di gara, come da precedente lettera invito del 5 agosto 2011 concernente la gara non esitata, scaricando sulle imprese partecipanti la riduzione dei tempi di esecuzione.

In punto di fatto, sorvolando sulle eccezioni in proposito sollevate da Trenitalia, merita innanzitutto precisare che queste censure non trovano riscontro nel concreto, dato che, per quanto qui rileva, non sussiste differenza sostanziale alcuna tra le due lettere di invito, tranne per il peso attribuito all'elemento "tempi di consegna", passato da 30 a 35 punti; inoltre, l'impugnazione della lettera di invito alla gara ristretta del 5 agosto 2011, più che tardiva rispetto a quella negoziata diramata in data 3 dicembre 2012, appare inficiata da carenza d'interesse in quanto

Stadler, benché invitata, non ha inteso partecipare al primo esperimento nell'assunto di un prezzo d'asta non remunerativo.

L'art. 221, lettera a), del ricordato Codice dei contratti pubblici prevede che “*nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni originarie dell'appalto*”.

Nella specie non esiste l'affermata incompatibilità e modificazione del contenuto del contratto perché la negoziazione è stata condotta alle medesime condizioni iniziali e l'elevazione del fattore tempi di consegna da 30 a 35 punti non ha minimamente alterato la struttura della procedura d'appalto, atteso il suo lieve incremento nell'ambito dello stesso elemento di valutazione tecnica dell'offerta. Ebbene, tale non significativo aumento del punteggio temporale trova razionale giustificazione nel fine perseguito di rispettare gli obblighi di servizio intaccati dall'allungamento dei tempi di provvista derivante dalla diserzione della prima gara, causata anche dalla strategia opportunistica assunta dalla ricorrente Stadler, che non può ora venire contro se stessa.

Peraltro, il modesto accrescimento ponderale in questione non ha assunto alcun ruolo determinante ai fini dell'esito finale della gara negoziata, sicché la lamentela recede anche alla prova di resistenza, per lo scarto scaturente in favore della controinteressata Pesa, ove si attribuisca alla ricorrente lo stesso punteggio (rispettivamente, punti complessivi finali, 58,17 e 54,51 anziché 44,35).

3.7.- Alla reiezione del gravame in primo grado consegue la improcedibilità per difetto d'interesse all'impugnazione del diniego di accesso agli atti dell'offerta tecnica secretata di Pesa, attesa l'acclarata inconsistenza sostanziale della pretesa propugnata all'aggiudicazione e sulla sua spettanza.

E, comunque, la domanda di accesso riproposta ai sensi degli artt. 25 della legge n. 241/1990 e 116 c.p.a è altresì inammissibile, poiché l'art. 13 del d.lgs. n.163/ 2006, non evocato, dichiara non ostensibili i documenti che costituiscano, con motivata

e comprovata dichiarazione degli offerenti, segreti tecnici o commerciali. Per giunta, anche perché la ricorrente Stadler, con prospettazione in termini solo teorici e astratti a fronte di una situazione giuridica ostativa rinvenibile in capo alla società aggiudicataria dell'appalto per la tipologia stessa della fornitura in questione, ha tuttavia qui mancato di dimostrare a quale ragione la versione integrale della documentazione tecnica richiesta fosse ritenuta indispensabile e a quali fini.

Insomma, la prevalenza accordata da Trenitalia alla tutela della riservatezza, negando il richiesto accesso, risulta quindi ragionevole, non potendo costei diffondere dati tecnici aventi chiara natura sensibile, costituenti segreti aziendali e dalla impresa titolare forniti alla stazione appaltante, nel convincimento (e nella legittima opposizione di Pesa), che essi non sarebbero stati divulgati ad alcun soggetto, specialmente se in posizione concorrenziale nei confronti dell'impresa medesima, con vanificazione del *gap* tecnologico e del vantaggio competitivo.

4.- In conclusione, alla stregua delle considerazioni che precedono, disattesi gli appelli incidentali, il gravame introduttivo della società Stadler, unitamente alla collegata domanda risarcitoria, deve essere dichiarato inammissibile e respinto, siccome infondato in tutti i suoi aspetti e contorni.

Gli appelli riuniti vanno dunque accolti e, in riforma della sentenza appellata, il ricorso di primo grado va perciò dichiarato inammissibile ed infondato.

Di conseguenza, i profili di motivo degli appelli principali, non oggetto di esame contestuale, restano pertanto assorbiti.

Tuttavia, per la natura e per la particolarità stessa della controversia, le spese del doppio grado di giudizio possono essere integralmente compensate tra tutte le parti in lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe specificati, previa loro riunione, accoglie gli appelli principali, rigetta gli appelli incidentali e, in riforma della sentenza appellata, dichiara inammissibile ed infondato il ricorso di primo grado.

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite relative al doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 settembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Vito Carella, Consigliere, Estensore

Gabriella De Michele, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/11/2013

IL SEGRETARIO

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