



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Construcciones Y Auxiliar De Ferrocarriles S.A. (Caf), rappresentata e difesa dagli avv. Guido Bardelli, Alessandra Bazzani, Luigi Colombo, Alessandra Quattrini, con domicilio eletto presso Luigi Colombo in Milano, corso Matteotti, 10;

contro

A.T.M. - Azienda Trasporti Milanese S.p.a. - Direzione Acquisti Immobili e Infrastrutture, Commissione di gara per l'appalto N. 518, rappresentata e difesa dagli avv. Maurizio Zoppolato, Guido Greco, con domicilio eletto presso Maurizio Zoppolato in Milano, via Dante, 16;

nei confronti di

AnsaldoBreda S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Piergiorgio Alberti, Luisa Torchia, Carlo Cerami, con domicilio eletto presso Carlo Cerami in Milano, Galleria S. Babila, 4/A;

per l'annullamento

1) della comunicazione della commissione di gara relativa alla esclusione di Construcciones y auxiliar de ferrocarriles, s.a. (Caf) (di seguito anche "Caf" e/o "ricorrente"), avvenuta nella seduta pubblica dell'1.10.2012 - verbale di gara n. 7) della gara indetta da A.T.M. Azienda trasporti milanesi S.p.a (di seguito anche "Atm" e/o "stazione appaltante") per la "fornitura di vetture per metropolitane o metropolitane leggere" "procedura negoziata per l'assegnazione di un accordo quadro quadriennale per la progettazione, produzione, consegna e messa in servizio di treni metropolitani comprensivi di manutenzione full service quinquennale" (di seguito anche la "gara" e/o l'appalto 518"); del verbale di gara n. 7 del 10 ottobre 2012, relativo all' appalto n. 518 nella parte in cui la commissione "a seguito di verifica tecnica negativa" non ha ammesso Caf "alla successiva fase di apertura delle offerte economiche" e, dopo l'apertura delle offerte economiche, ha formulato la graduatoria della gara in oggetto, individuando come prima classificata ed aggiudicataria provvisoria la società AnsaldoBreda S.p.a, con un ribasso pari al 27,417 e come seconda classificata la società Hyundai Rotem Company con un ribasso pari al 21,113; della nota di Atm del 3 ottobre 2012, contenente la comunicazione di esclusione della stessa Caf dalla gara;

4) del verbale di gara n. 6 del 10 ottobre 2012, nella parte in cui dispone l'esclusione di Caf dalla procedura di gara in quanto "l'offerta tecnica presentata da Caf risulta incompleta e lacunosa in elementi rilevanti, come meglio descritto nell'allegato documento di valutazione e, quindi, non conforme alla specifica tecnica Atm e dell'allegato documento di valutazione dell'offerta tecnica della ditta Caf;

5) dei provvedimenti di aggiudicazione definitiva della gara ad AnsaldoBreda S.p.a. di cui: alle comunicazioni Atm

del 23.10.2012 prot. nn. 38508 e 38505 (docc. 10 ter e 10 sexies); al verbale n. 8 dell'8.10.2012 ed al verbale di aggiudicazione del 23.10.2012;

6) di ogni altro atto antecedente, preparatorio, presupposto, consequenziale o comunque connesso ai precedenti impugnati, compresi:

- i verbali di gara nn. 1 e 2 del 30 luglio 2012, n. 3 del 3 agosto 2012, n. 4 del 5 settembre 2012 e l'allegato documento di dettaglio della conformità delle offerte alle ST. ATM, n. 5 del 10 settembre 2012;

-la nota prot. 518 del 22 agosto 2012, con cui Atm ha chiesto a Caf chiarimenti in merito all'offerta tecnica presentata da Caf stessa;

-il provvedimento di nomina della commissione di gara del 12.07.2012, prot. n. 36009;

-le note del 22.08.2012, con cui Atm ha chiesto ad AnsaldoBreda s.p.a. e Hyundai Rotem chiarimenti in merito alle offerte tecniche presentate da Caf stessa;

- gli ulteriori provvedimenti, di estrema e contenuto sconosciuti, di approvazione dell'operato della commissione, dei verbali delle operazioni di gara e dell'esclusione di Caf (se esistenti);

nonchè, ove occorrer possa e comunque in via subordinata e alternativa in base alla gradazione delle ragioni petitorie meglio dedotte in narrativa:

per l'annullamento, previa sospensiva e/o adozione delle più idonee misure cautelari, della lex di gara con specifico riferimento:

-alla delibera di indizione della gara di estrema e contenuto non conosciuti dalla ricorrente;

-alla lettera d'invito prot. n. 26741 del 30 maggio 2012;

-al disciplinare di gara della procedura per l'appalto n. 518;

-alla specifica tecnica per la fornitura di materiale rotabile per le linee 1 e 2 della metropolitana di Milano relativa alla procedura di gara per l'appalto n. 518, nelle parti censurate con i motivi di ricorso;

e per la condanna di Atm S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., al risarcimento del danno in favore della ricorrente, anzitutto mediante reintegrazione in forma specifica, con la riammissione definitiva di Caf alla gara e, in subordine, per equivalente, con ristoro dei danni patiti e patienti conseguenti alla illegittimità dei provvedimenti gravati, anche per perdita di chance e spese di partecipazione alla gara.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.T.M. - Azienda Trasporti Milanesi S.p.a. e di AnsaldoBreda S.p.a.;

Visto il ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti proposti da AnsaldoBreda S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2012 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso principale Construcciones Y Auxiliars De Ferrocarriles S.A. (di seguito "CAF") impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, concernenti la sua esclusione per mancata conformità alle specifiche tecniche dalla procedura negoziata indetta da A.T.M. Azienda trasporti milanesi S.p.a (di seguito "ATM") per l'assegnazione di un accordo quadro quadriennale per la progettazione, produzione, consegna e messa in servizio di un numero

massimo di 60 treni metropolitani comprensivi di manutenzione full service quinquennale, per un importo totale di spesa massima stimata di circa 588.000.000,00 IVA esclusa, nonché l'aggiudicazione della fornitura alla controinteressata AnsaldoBreda S.p.a., che aveva offerto un ribasso pari al 27,417 % e che aveva partecipato alla gara insieme a CAF ed a Hyundai Rotem Company, quest'ultima offerente un ribasso pari al 21,113 %.

Il criterio di aggiudicazione della gara previsto dalla lex specialis era, dunque, quello del prezzo più basso, ai sensi dell'art. 82 del d.lgs. n. 163/2006.

Il disciplinare di gara prevedeva al punto 6.2.1. l'oggetto del progetto tecnico da presentare in offerta ed al punto 6.2.2. che l'offerta tecnica dei concorrenti avrebbe dovuto contenere una dichiarazione di presa d'atto che il mancato rispetto dei requisiti essenziali delle specifiche tecniche ATM espressamente indicati alle lettere a) – s) del medesimo punto 6.2.2. del disciplinare (ed espressamente individuati dai relativi paragrafi delle ST ATM indicati) sarebbe stato motivo di esclusione.

Il successivo paragrafo 6.2.3. aveva ad oggetto il cosiddetto modulo clause by clause di cui al punto 3.1.1. delle ST ATM, che prevedeva che l'offerta riproponeva la numerazione dei paragrafi delle ST indicandone per ciascuno, con una crocetta, la conformità. Nello stesso paragrafo era anche previsto che in caso di discordanza tra il contenuto del modulo ed il contenuto dell'offerta tecnica sarebbe stato ritenuto prevalente quest'ultimo.

Con il presente gravame la società ricorrente, premettendo il suo interesse principale alla riammissione in gara e all'aggiudicazione della stessa sulla base del sottinteso presupposto di avere presentato un ribasso maggiore rispetto alle concorrenti (anche se non reso esplicito in sede di gravame), ed instando, in via subordinata, per l'annullamento dell'intera procedura al fine della sua rinnovazione, deduce i seguenti motivi di diritto:

1) Violazione degli artt. 68 (e allegato VII), 81 e 82 del d.lgs. n. 163/2006 e dei punti 6.2.1., 6.2.2., 6.2.3. ed 8 del disciplinare di gara; eccesso di potere per errore nei presupposti, travisamento di fatto, illogicità, contraddittorietà, sviamento, atteso che ATM, travisando il criterio di aggiudicazione prescelto del massimo ribasso con pubblicazioni di specifiche tecniche, avrebbe, invece, effettuato valutazioni discrezionali del progetto tecnico-qualitativo presentato dalle concorrenti caratteristiche del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2) Violazione degli artt. 46, comma 1 bis, 68, 81, 82 e 83 del d.lgs. n. 163/2006 e dei punti 6.2.1., 6.2.2., 6.2.3. ed 8 del disciplinare di gara; violazione dell'art. 97 Cost. e dei principi di concorrenza, trasparenza, e buon andamento; eccesso di potere per errore nei presupposti, travisamento di fatto, illogicità, contraddittorietà, sviamento. L'esclusione di CAF sarebbe nulla, perché effettuata in applicazione di una clausola estranea rispetto a quelle previste tassativamente dall'art. 46, comma 1 bis e consistente nella mancata conformità dell'offerta ad alcuni punti delle specifiche tecniche (le quali non avrebbero potuto in alcun modo raggiungere un alto livello di dettaglio esecutivo-costruttivo) a seguito di illegittima valutazione discrezionale del progetto tecnico in assenza di criteri di giudizio, invece che di mera e legittima verifica di conformità alle specifiche tecniche.

3) Violazione degli artt. 97 Cost., 3 della legge n. 241/1990, 46, comma 1, e 75, 82 e 113 del d.lgs. n. 163/2006; violazione dei principi di proporzionalità, buon andamento, di soccorso; eccesso di potere per motivazione perplessa, illogica e pretestuosa, difetto di istruttoria, contraddittorietà, sviamento, atteso che le pretese difformità riscontrate rispetto alle specifiche tecniche (nel convertitore per alimentazione dei servizi ausiliari, nello strisciante delle prese positive e negli schemi elettrici di media tensione) non sussisterebbero affatto o sarebbero talmente marginali rispetto all'intero progetto tecnico da non poter essere qualificate come tali, soprattutto in considerazione del criterio di aggiudicazione prescelto del massimo ribasso.

In ogni caso, le eventuali non conformità avrebbero potuto essere riscontrate solo nella fase della progettazione esecutiva-costruttiva.

4) (In via subordinata). Violazione degli artt. 81, 82 e 83 del d.lgs. n. 163/2006 con riferimento alle clausole di cui ai

punti 6.2.1., 6.2.2., 6.2.3., 8, 10.2. e 10.3. del disciplinare di gara, nonché punti 3.1.1. e 3.1.2. delle specifiche tecniche ATM e tutti i punti delle stesse richiamati dal punto 6.2.2. del disciplinare di gara (in particolare lett. g) e prescrizioni di cui alle ST ATM ivi indicate); violazione dell'art. 97 Cost. e dei principi di concorrenza, trasparenza, e buon andamento, del principio del favor participationis e ambiguità della *lex specialis* in parte qua; eccesso di potere per errore nei presupposti, travisamento di fatto, illogicità, contraddittorietà, sviamento, sostanzialmente per le stesse ragioni espresse nel motivo precedente.

5) Eccesso di potere per disparità di trattamento rispetto alle altre due concorrenti, carenza ed illogicità della motivazione dell'esclusione di CAF, errore nei presupposti, travisamento e sviamento.

6) (In via subordinata). Violazione dell'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 97 Cost.; eccesso di potere per carenza e perplessità di motivazione, carenza di istruttoria, violazione dei principi di trasparenza e par condicio, atteso che la nomina della commissione sarebbe stata effettuata anteriormente rispetto alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, la stessa non avrebbe operato collegialmente nella valutazione dei progetti tecnici – in quanto tale valutazione sarebbe stata integralmente affidata al solo membro tecnico, peraltro incompatibile - ed i verbali dell'esclusione di CAF non sarebbero sufficientemente motivati.

7) (In via ulteriormente subordinata). Violazione dell'art. 68, comma 13, del d.lgs. n. 163/2006 e dei principi di equipollenza e di concorrenza nelle gare pubbliche con riferimento alla formulazione delle ST ATM, avendo la stazione appaltante indicato un fornitore specifico per gli apparati di bordo senza ammetterne l'equivalenza con altri.

8) (In via ulteriormente subordinata e alternativa). Violazione degli artt. 68, 81, 82 e 83 del d.lgs. n. 163/2006 con riferimento alla delibera di indizione della gara e alle disposizioni della *lex specialis* che avrebbero consentito la scelta e l'attuazione del criterio di aggiudicazione del massimo ribasso; eccesso di potere per errore nei presupposti, illogicità e irrazionalità della scelta del criterio di aggiudicazione in relazione alla complessità della gara per l'aggiudicazione della fornitura.

La ricorrente ha, altresì, chiesto la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento del danno, sia mediante reintegrazione in forma specifica che per equivalente.

Si sono costituite in giudizio ATM ed AnsaldoBreda S.p.a., che hanno eccepito preliminarmente l'inammissibilità per acquiescenza e per carenza di interesse, nonché la parziale irricevibilità del ricorso (con riferimento alla parte concernente la *lex specialis* di gara), chiedendone, comunque, la reiezione per infondatezza nel merito, controdeducendo alle specifiche censure.

La società controinteressata ha, altresì, proposto ricorso incidentale avverso l'atto di esclusione di CAF (verbale n. 6 dell'1 ottobre 2012), nonché avverso il verbale del 30 luglio 2012, deducendone la parziale illegittimità per violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e della *lex specialis* di gara, nonché per eccesso di potere per travisamento di fatto e di diritto, difetto di istruttoria e di motivazione e contraddittorietà, nella parte in cui non avrebbe compreso fra le cause di esclusione dell'offerta di CAF la mancata dichiarazione circa l'insussistenza delle cause di esclusione dalla partecipazione alle gare di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, lettere da a) ad m-quater, con riferimento ad uno dei procuratori generali della società (sig. Julian Barrutia Olasolo) muniti di ampi poteri di rappresentanza e di gestione su tutto il territorio della Repubblica Italiana, con particolare riguardo al compimento di atti relativi alle gare d'appalto. Tale violazione risulterebbe evidente in considerazione del rilascio della dichiarazione da parte dell'altro procuratore di CAF (Inaki Mendizabal de Los Mozos), munito di poteri sostanzialmente equivalenti, nonché del Direttore Affari Internazionali della società (Jesùs Esnaola Altuna).

La difesa della controinteressata ha insistito, di conseguenza, per l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione ad agire in capo a CAF.

Successivamente la ricorrente incidentale ha presentato due ricorsi per motivi aggiunti anche avverso il verbale n. 7 dell'1 ottobre 2012, deducendo nuovamente la violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e della lex specialis di gara, nonché del chiarimento fornito da ATM il 18 luglio 2012, con il quale la medesima stazione appaltante avrebbe comunicato che anche i procuratori erano ricompresi fra i soggetti dei quali acquisire le dichiarazioni; ha dedotto, inoltre, la violazione degli artt. 68 e 206 del d.lgs. n. 163/2006 e delle ST ATM, oltre al difetto di istruttoria e di motivazione, atteso che ATM avrebbe omesso di considerare ulteriori gravi non conformità alle ST dell'offerta tecnica di CAF, con particolare riferimento ai sistemi di frenatura dei treni (condotta di frenatura, freno di stazionamento, frenatura di servizio e frenatura di sicurezza), al parametro di rumorosità esterna, ai requisiti dimensionali della sagoma dei veicoli, oltre che alla documentazione del software.

Anche la ricorrente principale ha presentato ricorso per motivi aggiunti avverso gli atti già impugnati, in particolare avverso il verbale di gara n. 1 del 30 luglio 2012, nella parte in cui ha disposto l'ammissione alla gara della controinteressata, chiedendo, oltre alle istanze già formulate, la dichiarazione di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato e deducendo la violazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006 e della lex specialis di gara, oltre all'eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità manifesta e travisamento di fatto e di diritto, atteso che non sarebbe veritiera la dichiarazione da parte del rappresentante legale di AnsaldoBreda in relazione alla mancata commissione di grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate da ATM e alla mancata commissione di un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale, essendosi, invece, la società controinteressata resa responsabile di gravissimi inadempimenti contrattuali proprio verso ATM nell'ambito della precedente fornitura di treni "Meneghino", non rispettando i tempi di consegna e soggiacendo, pertanto, al pagamento di penali per circa 20.000.000 di euro.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 18 dicembre 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il collegio, in conformità a quanto statuito dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, che, come asserito dalla Suprema Corte di Cassazione nella sentenza a S.U. n. 10294 del 2012 "non ha costituito la conseguenza di un aprioristico diniego di giustizia, ma del richiamo di norme e principi processuali", ritiene di esaminare innanzitutto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata, atteso che tale ricorso tende, in via preliminare, a paralizzare l'azione della ricorrente principale rivolta, innanzitutto, avverso la propria esclusione dalla procedura, rilevandone la carenza di legittimazione attiva, atteso che la stazione appaltante avrebbe omesso illegittimamente di considerare ulteriori e rilevanti motivi di esclusione di CAF dalla procedura concorsuale di specie.

Come statuito nella decisione del Supremo consesso amministrativo succitata: "il controllo della legittimazione al ricorso assume sempre carattere pregiudiziale rispetto all'esame del merito della domanda, in coerenza con i principi della giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte.

L'eventuale reiezione della domanda per "ragioni processuali", collegate alla riscontrata carenza delle condizioni e dei presupposti dell'azione (comprensivi della legittimazione e dell'interesse al ricorso), non rappresenta l'affermazione di un risultato meramente "formale". Al contrario, costituisce l'esito fisiologico, pienamente congruente con le regole costituzionali in materia di tutela giurisdizionale, della valutazione in ordine alla titolarità, in capo all'attore, di una posizione tutelabile dinanzi al giudice amministrativo".

La necessità di definire il giudizio muovendo dall'esame delle questioni preliminari, costituisce, ora, una espressa regola positiva, stabilita dal codice del processo amministrativo.

In virtù dell'articolo 76, comma 4, "Si applicano l'articolo 276, secondo, quarto e quinto comma, del codice di

procedura civile e gli articoli 114, quarto comma, e 118, quarto comma, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile”.

Il richiamato articolo 276, comma secondo, prevede che "il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e, quindi, il merito della causa" (Cons. Stato, A.P., 7 aprile 2011, n. 4).

Qualora, dunque, il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale e la sua accertata fondatezza preclude al giudice l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente.

Ciò vale, a maggior ragione, nella fattispecie all'esame del collegio, nella quale i concorrenti erano tre e per cui vale il principio affermato dal Supremo consesso amministrativo pur nella vigenza del precedente orientamento dell'adunanza plenaria del 10 novembre 2008, n. 11 (peraltro espresso per il caso di soli due partecipanti) e per il quale "non vi sono ragioni, in questo caso, per discostarsi dal principio per cui l'esame del ricorso incidentale precede l'esame del ricorso principale qualora le questioni sollevate dal ricorrente incidentale abbiano priorità logica su quelle sollevate dal ricorrente principale, in specie quando, se risulta accolto il ricorso incidentale fondato sulla necessità di esclusione dell'impresa ricorrente principale, quello principale divenga inammissibile per difetto di legittimazione in capo all'impresa ricorrente (Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2010, n. 1373).

Nella fattispecie all'esame del collegio la controinteressata AnsaldoBreda S.p.a., aggiudicataria della procedura concorsuale in questione, con il ricorso incidentale e con i motivi aggiunti proposti ha censurato l'operato della commissione di gara per avere illegittimamente ommesso di considerare nel provvedimento di esclusione di CAF dalla procedura concorsuale molteplici e rilevanti ragioni ulteriori di estromissione della sua offerta, insistendo, di conseguenza, per l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione ad agire in capo a CAF.

La ricorrente principale ha controdedotto con riferimento a tali doglianze, confutandone la fondatezza.

Il collegio, a seguito di un'approfondita delibazione delle contrapposte difese e della documentazione versata in atti, ritiene il ricorso incidentale ed i motivi aggiunti fondati e, dunque, meritevoli di accoglimento.

Riguardo, in particolare, al primo motivo di ricorso incidentale ed al primo motivo aggiunto, che costituisce la specificazione del precedente, con lo stesso AnsaldoBreda deduce, sostanzialmente, la violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e della lex specialis di gara (punto 6.1.A.II. del disciplinare) nonché del chiarimento (precisazioni 9) fornito da ATM il 18 luglio 2012, con il quale la medesima stazione appaltante avrebbe comunicato che anche i procuratori dovevano essere ricompresi fra i soggetti dei quali acquisire le dichiarazioni, nonché per eccesso di potere per travisamento di fatto e di diritto, difetto di istruttoria e di motivazione e contraddittorietà, nella parte in cui ATM non avrebbe compreso fra le cause di esclusione dell'offerta di CAF la mancata dichiarazione circa l'insussistenza delle cause di esclusione dalla partecipazione alle gare di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, con riferimento ad uno dei procuratori della società (sig. Julian Barrutia Olasolo) muniti di ampi poteri di rappresentanza e di gestione su tutto il territorio della Repubblica Italiana, con particolare riguardo al compimento di atti relativi alle gare d'appalto. Tale violazione risulterebbe evidente in considerazione del rilascio della dichiarazione da parte dell'altro procuratore di CAF (Inaki Mendizabal de Los Mozos), munito di poteri sostanzialmente equivalenti, nonché del Direttore Generale (Alejandro Gabriel Legarda Zaragueta) e del Direttore Affari Internazionali della società (Jesùs Esnaola Altuna).

Il collegio, pur consapevole degli orientamenti altalenanti della giurisprudenza amministrativa sul punto, ritiene che, per le circostanze concrete della fattispecie, sia da preferire senz'altro quello più rigoroso.

Ed invero, l'art. 38 del codice degli appalti, in ragione della sua complessità e delle conseguenti difficoltà interpretative – che ne hanno suggerito, finanche, la parziale modifica da parte del legislatore - ha dato adito a

diverse elucubrazioni ermeneutiche confluite, per quel che ci occupa, in due filoni principali.

Per il primo, ispirato al principio del favor participationis, l'obbligo di presentare le dichiarazioni di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici non opera per i procuratori speciali indipendentemente dall'ampiezza dei poteri rappresentativi di cui gli stessi sono investiti, essendo richiesta a tale fine la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza dovendosi "ancorare l'applicazione della norma su basi di oggettivo rigore formale" (Cons. St., V, n. 3069/11), occorrendo avere riguardo alla posizione formale del singolo nell'organizzazione societaria piuttosto che a malcerte indagini "sostanzialistiche", e ciò anche per non scalfire garanzie di certezza del diritto sotto il profilo della possibilità di partecipare a pubblici appalti (sez. V, n. 513/11 cit., in cui si ribadisce che "una norma che limiti la partecipazione alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese... assume carattere eccezionale ed è, quindi, insuscettibile di applicazione analogica a situazioni diverse, quale è quella dei procuratori") (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2012, n. 3340).

Per il secondo, dal quale trapela un'esegesi più severa della norma, suggerita anche dall'intento di evitare comportamenti elusivi della disciplina da parte degli operatori, "non sfugge al Collegio l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale secondo il quale gli obblighi di cui all'art. 38, comma 1, lettera c) sono riferibili ai soli amministratori della società muniti di poteri di rappresentanza e ai direttori tecnici, ma non anche ai procuratori speciali, con la conseguenza che tali obblighi non incombono anche su questi ultimi (fra tutte: Cons. Stato, V, 25 gennaio 2011, n. 513).

Tuttavia, si ritiene che prevalenti ragioni sistematiche inducano a preferire la diversa opzione interpretativa secondo cui l'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, nella parte in cui elenca le dichiarazioni di sussistenza dei requisiti morali e professionali richiesti ai fini della partecipazione alle procedure di gara, assume come destinatari tutti coloro che, in quanto titolari della rappresentanza dell'impresa, siano in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta, al soggetto rappresentato.

Pertanto, deve ritenersi sussistente l'obbligo di dichiarazione non soltanto da parte di chi rivesta formalmente la carica di amministratore, ma anche da parte di colui che, in qualità di procuratore ad negotia, abbia ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali (sul punto, cfr. - ex multis -: Cons. Stato, V, 9 marzo 2010, n. 1373; id., VI, 24 novembre 2009, n. 7380; id., V, 26 gennaio 2009 n. 375).

Le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza da ultimo richiamata risultano tanto più persuasive nel caso in esame, laddove è accertato - ad esempio - che al signor Cl. (procuratore speciale della società Projenia) era riconosciuto un ampio potere di rappresentanza negoziale, tale da consentirgli di adottare nei confronti dei soggetti pubblici atti di valore fino a 100mila euro.

Si tratta, come è evidente, di poteri di rappresentanza di rilevanza sostanziale e di contenuto economico tali da giustificare senz'altro l'assoggettamento agli obblighi di cui al più volte richiamato art. 38" (Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2012, n. 178).

Tali considerazioni si attagliano perfettamente al caso di specie, dovendosi ravvisare, sulla base della procura versata in atti allo stesso conferita, la titolarità di ampi poteri di rappresentanza in capo al sig. Julian Barrutia Olasolo, in riferimento alla possibilità al medesimo riconosciuta di partecipare alle gare e di firmare contratti, ed in generale ad operare come sostanziale rappresentante della società all'interno dell'intero territorio italiano.

Ciò risulta confermato dalla più volte citata risposta della stazione appaltante alla richiesta di chiarimenti formulata da un concorrente (Precisioni 9 del 18 luglio 2012, versato in atti), nella quale la stessa, a fronte della richiesta "se i procuratori sono più di uno, bisognerà fornire tanti allegati B quanto il numero dei procuratori?" aveva

risposto affermativamente, evidenziando, in alternativa, la possibilità da parte del concorrente di “produrre, in luogo degli Allegati A e B, unicamente l’Allegato A sottoscritto dal legale rappresentante che elenchi ai punti c) e d) tutti i soggetti indicati nella norma, compresi i procuratori”.

In ogni caso, come asserito finanche dall’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici nella determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, costituisce causa di esclusione sia la mancanza di uno dei requisiti soggettivi di cui all’art. 38 del Codice, a prescindere dalle indicazioni riportate nel bando di gara, che, oltre all’ipotesi di falsità, l’omissione o l’incompletezza delle dichiarazioni da rendersi ai sensi dell’art. 38 da parte di tutti i soggetti alle stesse tenute. Tali omissioni costituiscono, di per sé, motivo di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica anche in assenza di una espressa previsione del bando di gara (cfr. pag. 8 della deliberazione succitata, oltre che la deliberazione 16 maggio 2012, n. 74; cfr, altresì, Cons. Stato, sez. III, 4 maggio 2012, n. 2557).

Del resto, tale interpretazione della norma si ricava anche alla luce delle enunciazioni contenute nella direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, il cui art. 45, intitolato: “situazione personale del candidato o dell’offerente” al par. 1, ultimo alinea, stabilisce che, ai fini del controllo dell’insussistenza dei precedenti penali in capo ai concorrenti, “le richieste riguarderanno le persone giuridiche e/o le persone fisiche, compresi, se del caso, i dirigenti delle imprese o qualsiasi persona che eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato o dell’offerente”.

L’opzione ermeneutica sostanzialistica preferita dal collegio risponde, dunque, anche ad un canone interpretativo conforme al diritto europeo, dal quale deriva tutta la disciplina sugli appalti pubblici vigente nell’ordinamento italiano.

La censura coglie, dunque, nel segno, così come le successive, con le quali la controinteressata stigmatizza l’operato della stazione appaltante nell’aver omesso di considerare nel provvedimento di esclusione di CAF ulteriori e rilevanti difformità dell’offerta tecnica dalla stessa prodotta rispetto alle specifiche tecniche predisposte dalla stazione appaltante.

Ai sensi dell’art. 68 del codice degli appalti e del n. 1, lett. b), dell’allegato VIII (che corrisponde all’allegato VI alla direttiva succitata 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE), sono chiamate “«specifiche tecniche», nel caso di appalti pubblici di forniture o di servizi, le specifiche contenute in un documento, che definiscono le caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio, quali i livelli di qualità, i livelli della prestazione ambientale, una progettazione che tenga conto di tutte le esigenze (ivi compresa l’accessibilità per i disabili) la valutazione della conformità, la proprietà d’uso, l’uso del prodotto, la sua sicurezza o le sue dimensioni, ivi compresi le prescrizioni applicabili al prodotto per quanto la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, l’imballaggio, la marcatura e l’etichettatura, le istruzioni per l’uso, i processi e i metodi di produzione, nonché le procedure di valutazione della conformità”.

Come già ricordato in fatto, il disciplinare di gara prevedeva al punto 6.2.1. l’oggetto del progetto tecnico da presentare in offerta ed al punto 6.2.2. che l’offerta tecnica dei concorrenti avrebbe dovuto contenere una dichiarazione di presa d’atto che il mancato rispetto dei requisiti essenziali delle specifiche tecniche ATM espressamente indicati alle lettere a) – s) del medesimo punto 6.2.2. del disciplinare (ed espressamente individuati dai relativi paragrafi delle ST ATM indicati) sarebbe stato motivo di esclusione.

Il successivo paragrafo 6.2.3. aveva ad oggetto il cosiddetto modulo clause by clause di cui al punto 3.1.1. delle ST ATM, che prevedeva che l’offerta riproponesse la numerazione dei paragrafi delle ST indicandone per ciascuno, con una crocetta, la conformità. Nello stesso paragrafo era anche previsto che in caso di discordanza tra il contenuto del modulo ed il contenuto dell’offerta tecnica sarebbe stato ritenuto prevalente quest’ultimo.

CAF ha presentato sia la dichiarazione di cui al punto 6.2.2. che il modulo clause by clause di cui al punto 6.2.3. del disciplinare e 3.1.1. delle ST ATM.

Ne consegue che, mediante tali produzioni, CAF si è vincolata al rispetto dei requisiti essenziali delle specifiche tecniche così come espressamente indicati nelle ST ATM e richiamati nel disciplinare di gara.

Ciò nonostante, la stazione appaltante ha riscontrato molteplici anomalie nel progetto tecnico presentato dalla ricorrente principale, che non rispondeva in molte parti a quanto contenuto nei requisiti essenziali delle ST ATM.

Si precisa che tale controllo di conformità era doveroso, sia, come visto, ai sensi della *lex specialis* di gara, sia in considerazione del criterio di aggiudicazione della procedura concorsuale prescelto dalla stazione appaltante, quello del prezzo più basso, perché, in caso contrario ed in violazione del principio della par condicio fra i concorrenti, un partecipante avrebbe potuto aggiudicarsi la gara avendo offerto il prezzo più basso pur non essendosi attenuto al pedissequo rispetto delle caratteristiche qualificate come essenziali dal disciplinare di gara a pena di esclusione.

Ricordando che, per giurisprudenza consolidata, il sindacato su tale accertamento di conformità, per l'applicazione di parametri strettamente tecnici, è precluso al giudice amministrativo se non venga riscontrata illogicità od incongruenza nell'accertamento medesimo, nella fattispecie all'esame del collegio si ritiene che illogicamente e, dunque, illegittimamente sia stato omesso tale giudizio almeno in relazione al sistema di frenatura dei veicoli, costituente senza dubbio uno dei requisiti essenziali delle ST ATM ed espressamente qualificato come tale dal disciplinare e da rispettare a pena di esclusione (cfr. punto 6.2.2., lett. g), h) ed l) del disciplinare).

In particolare, per il n. 14.3.2. delle ST ATM, ogni unità di trazione doveva contenere almeno due elettrovalvole di scarico della condotta di frenatura, disposte in modo tale da evitare ritardi nell'attuazione del comando di frenatura.

La pressione nella condotta di frenatura è, infatti, regolata da tali elettrovalvole, a garanzia della corretta attivazione del sistema frenante.

Inoltre, per il n. 14.3.6. delle ST ATM, il freno di stazionamento doveva servirsi di dischi e guarnizioni frenanti utilizzati per le altre funzioni di frenatura, doveva essere applicato su tutti gli assi e doveva operare con sistema ad accumulo di energia.

Riguardo, infine, alla frenatura di sicurezza, per il n. 9.6.3.2. e per il n. 12.3.2. delle ST ATM, il valore di decelerazione istantanea massimo ammissibile era di 1,35 m/s², da calcolarsi in relazione ad un diametro della ruota a nuovo/a massima usura di 820/760 mm.

La ricorrente incidentale assume che dall'esame degli elaborati grafici del progetto di CAF TA 39265 11, TA 39265 12 e TA 39265 13 e TA 39265 4 risulti, invece, in contrasto con le succitate previsioni essenziali delle ST ATM, l'indicazione di una sola elettrovalvola B57 dello scarico della condotta di frenatura per ogni unità di trazione, che il freno di stazionamento è installato su un solo asse per ciascun carrello motore di entrambe le motrici dell'unità di trazione e che le prestazioni di frenatura di sicurezza sono state calcolate utilizzando una ruota con un diametro di 840 mm. Oltre alla dimensione massima del diametro della ruota prevista dalle ST ATM risulterebbe, dunque, violato anche il parametro della prestazione frenante, il cui calcolo sarebbe da ritenersi del tutto inconferente, perché effettuato con un riferimento del cerchione di 840 mm invece che di 820.

ATM, nella memoria difensiva depositata il 13 dicembre 2012, conferma le suddette non conformità, pur riferendosi agli Allegati dell'offerta CAF, all'interno dei quali i succitati schemi grafici risultano contenuti.

CAF, invece, controdeduce affermando di aver confermato la piena conformità del proprio progetto tecnico agli elementi essenziali di cui sopra mediante il contenuto dell'offerta tecnica, del quale gli elaborati grafici non farebbero parte, costituendo meri schemi di principio che rappresentano le funzionalità proprie dell'impianto e non direttamente una caratteristica implementazione finale (cfr. memoria depositata il 6 dicembre 2012).

Il collegio ritiene, invece, che gli schemi grafici succitati costituiscano elementi essenziali dell'offerta tecnica, evidenziando le modalità concrete e di dettaglio di costruzione dell'impianto in tutte le sue componenti e che, per tale motivo, non possano in alcun modo essere qualificati come meri schemi di principio, prevalendo finanche sul contenuto descrittivo dell'offerta tecnica.

Gli stessi, come si ricava implicitamente anche dal contenuto delle dichiarazioni di CAF di cui sopra, oltre che da quelle di ATM, nonchè dall'esame dei medesimi, evidenziano, dunque, la non conformità ai requisiti essenziali del sistema di frenatura previsti dalle ST ATM del progetto tecnico di CAF, indipendentemente da quanto affermato nell'offerta tecnica di CAF.

L'accoglimento del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti determina, dunque, l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione attiva di CAF in relazione alle censure proposte avverso l'esclusione, perché la società avrebbe dovuto essere estromessa dalla procedura concorsuale anche per i motivi dedotti da AnsaldoBreda.

Ne consegue, inoltre, l'inammissibilità per carenza di interesse a censurare l'andamento e l'esito della gara, dalla quale CAF legittimamente è stata esclusa.

Ne consegue, infine, l'infondatezza della domanda risarcitoria dalla stessa proposta, in ragione della sostanziale legittimità dell'operato della stazione appaltante nell'averne disposto l'esclusione (seppur con motivazione incompleta riguardo alle ulteriori carenze e non conformità riscontrate).

In ogni caso, emerge anche, a parere del collegio, l'infondatezza del gravame principale di CAF, di cui si darà conto qui di seguito, seppur sommariamente e con riferimento ai motivi più rilevanti:

Innanzitutto, in considerazione dell'oggetto della procedura concorsuale di specie, ricompreso nell'ambito dei settori speciali dei contratti pubblici, ai quali non si applica l'art. 81, comma 2, del d.lgs. n. 163/06 per espresso disposto dell'art. 206 del medesimo d.lgs.;

In secondo luogo, in relazione al criterio di aggiudicazione previsto del prezzo più basso, la cui scelta è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante e da cui consegue l'esclusione dalla sfera di operatività dell'art. 84 del codice degli appalti pubblici, come da granitico arresto giurisprudenziale (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6325; sez. IV, 23 settembre 2008, n. 4613);

In terzo luogo, per ragioni già in parte riferite, ed in particolare perché proprio il criterio di aggiudicazione della gara prescelto da ATM è alla base dell'accertamento tecnico di stretta conformità alle specifiche tecniche essenziali elaborate dalla stazione appaltante (il solo che sia stato posto in essere da ATM) ed al cui rispetto la stessa ricorrente si è autovincolata, pur non raggiungendo un risultato positivo in relazione a rilevanti caratteristiche del progetto, il cui rispetto era previsto a pena di esclusione dal disciplinare di gara. Tali caratteristiche costituivano, invero, elementi essenziali dell'offerta, rispondenti ad un rilevante interesse della stazione appaltante perché relative all'oggetto del contratto richiesto dalla stessa.

Come, infatti, affermato più volte dalla giurisprudenza amministrativa, nelle procedure ad evidenza pubblica l'esclusione è configurabile quando risultino violate prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse sostanziale della stazione appaltante e, quindi, sottese ad un fine essenziale perseguito con la gara, ovvero quando dal contesto della *lex specialis* emerga con palese evidenza che l'inosservanza di alcune sue previsioni comporterebbe, comunque ed inevitabilmente, in ragione del loro contenuto, l'esclusione.

Tale orientamento giurisprudenziale è stato recepito dal legislatore con la modifica dell'art. 46 del d. lgs. 163/2006 mediante l'introduzione del comma 1 bis, che così recita: "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza

dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

L'ipotesi del difetto di elementi essenziali dell'offerta come legittima causa di esclusione ha, dunque, assunto valenza normativa nell'ordinamento positivo.

Ne consegue, dunque, pure l'infondatezza della censura relativa alla violazione dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/06, atteso che la causa di esclusione in questione, oltre ad essere prevista dal disciplinare di gara, è espressamente contemplata fra quelle legittimamente ammissibili alla luce del disposto letterale della norma.

Con riferimento, in particolare, alle singole non conformità riscontrate dalla stazione appaltante, il collegio, premettendo, come già affermato in precedenza, che, per giurisprudenza consolidata, il sindacato sull'accertamento di conformità, per l'applicazione di parametri strettamente tecnici, è precluso al giudice amministrativo se non venga riscontrata illogicità od incongruenza nell'accertamento medesimo, nella fattispecie all'esame ritiene che ATM abbia logicamente e congruamente effettuato e motivato il giudizio di non conformità del progetto tecnico alle ST, come si evince dai verbali versati in atti e con particolare riguardo: al convertitore per alimentazione dei servizi ausiliari (n. 20.2. ST ATM), che la ST richiedeva raffreddato a ventilazione naturale mentre è stato descritto nell'offerta di CAF a ventilazione forzata (cfr. Allegato A 15 dell'offerta); allo strisciante delle prese positive (n. 18 ST ATM), che la ST richiedeva in grafite e che CAF, in risposta ad un chiarimento, ha invece indicato in rame; agli schemi elettrici di media tensione (n. 3.1.2. ST ATM), che CAF, neanche a seguito di esplicita richiesta da parte di ATM, ha fornito.

Dalla non conformità del progetto tecnico di CAF a tali caratteristiche tecniche, che costituivano tutti elementi essenziali delle ST ATM, ai sensi del più volte citato punto 6.2.2. del disciplinare, è necessariamente e legittimamente conseguita l'esclusione dell'offerta di CAF dalla procedura concorsuale di specie.

Riguardo, infine, all'unico motivo aggiunto dedotto da CAF, concernente la asserita violazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006, deve premettersi che, per giurisprudenza consolidata, la norma di esclusione non ha carattere sanzionatorio, ma contempla una misura a presidio dell'elemento fiduciario, che esclude di per sé qualsiasi automatismo, perché l'esclusione deve essere il risultato di una "motivata valutazione"; in tema di contenzioso per l'esclusione da gara di appalto ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 (inadempimenti in precedenti contratti) la decisione di esclusione per "deficit di fiducia" è frutto di una valutazione discrezionale della stazione appaltante, alla quale il legislatore riserva la individuazione del "punto di rottura dell'affidamento" nel pregresso o futuro contraente; pertanto il controllo del g.a. su tale valutazione discrezionale deve essere svolto "ab estrinseco", ed è diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di simulazione, ma non è mai sostitutivo (Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2012, n. 2761);

In tema di esclusione da una gara pubblica ex art. 38, comma 1, lett. f), d.lg. n. 163 del 2006, la gravità della generica negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali va commisurata al pregiudizio arrecato alla fiducia, all'affidamento che la stazione appaltante deve poter riporre, "ex ante", nell'impresa cui decide di affidare l'esecuzione di un nuovo rapporto contrattuale (Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2011, n. 409).

In ogni caso, dalla documentazione versata in atti risulta che, in conseguenza del ritardo nella fornitura nel precedente contratto, si sia raggiunto un accordo transattivo tra le parti, prima con la fissazione delle penali e poi con la fornitura sostitutiva di ulteriori due treni, non potendosi, dunque, in alcun modo ritenere integrata la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), del codice degli appalti, che risulta radicalmente incompatibile con la

diligenza manifestata da AnsaldoBreda nel rimediare ai ritardi, peraltro causati da fattori esterni alla sua volontà. Alla luce delle suesposte considerazioni, assorbendosi ogni ulteriore censura, il ricorso incidentale va accolto, mentre il ricorso principale va dichiarato inammissibile per sopravvenuta carenza di legittimazione attiva e di interesse.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi, in considerazione della complessità delle questioni trattate, per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio, salvo il rimborso del contributo unificato nei confronti della ricorrente incidentale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti e dichiara inammissibile il ricorso principale e i relativi motivi aggiunti.

Spese compensate, salvo il rimborso del contributo unificato nei confronti della ricorrente incidentale a carico della ricorrente principale.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/01/2013

IL SEGRETARIO

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