

N. 03655/2011REG.PROV.COLL.
N. 00337/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 337 del 2011, proposto dalla s.p.a. Alstom Ferroviaria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia ed Eugenio Picozza, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

la s.p.a. Trenitalia - Gruppo Ferrovie dello Stato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Tommaso Di Nitto e Luisa Torchia, con domicilio eletto presso lo studio della seconda in Roma, via Sannio, 65;

nei confronti di

s.p.a. AnsaldoBreda in proprio e nella qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Bombardier Transportation Italy, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Lirosi, Andrea Mozzati e Mario Sanino, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III TER n. 35816/2010, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della s.p.a. Trenitalia - Gruppo Ferrovie dello Stato e della s.p.a. AnsaldoBreda in proprio e nella qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Bombardier Transportation Italy;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 maggio 2011 il consigliere di Stato Maurizio Meschino e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Picozza, Di Nitto, Torchia, Lirosi, Mozzati e Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La s.p.a. Trenitalia, del Gruppo Ferrovie dello Stato, in data 30 novembre 2009 ha bandito una gara a procedura negoziata, n. 0040870, ai sensi dell'art. 232, comma 13, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, per l'affidamento in appalto di una fornitura di cinquanta treni Alta Velocità (AV) e, in opzione, prestazioni di *full service* manutentivo.

Alla gara hanno partecipato e presentato offerta la s.p.a. Alstom Ferroviaria e il raggruppamento temporaneo di imprese AnsaldoBreda – Bombardier Transportation Italy.

La gara è stata aggiudicata al raggruppamento temporaneo di imprese AnsaldoBreda – Bombardier Transportation Italy (che ha ottenuto un punteggio totale di 85,410 a fronte del punteggio totale di 79,403 di Alstom Ferroviaria).

2. La s.p.a. Alstom Ferroviaria, con il ricorso n. 7582 del 2010 proposto al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, ha chiesto l'annullamento,

con domanda di risarcimento dei danni: 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 della gara al raggruppamento temporaneo di imprese AnsaldoBreda - Bombardier Transportation Italy; della nota Trenitalia del 5 agosto 2010 prot. Trnit – 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 AnsaldoBreda - Bombardier 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 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 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, 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. La ricorrente ha presentato tre atti di motivi aggiunti 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.

La controinteressata s.p.a. AnsaldoBreda ha proposto ricorso incidentale il 15 ottobre 2010, depositato il 18 ottobre successivo.

3. Il Tribunale amministrativo, con la sentenza n. 35816 del 2010, ha accolto il ricorso incidentale e respinto il ricorso principale; ha condannato la parte ricorrente al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio, che ha liquidato in euro 10.000,00, di cui euro 5.000,00 a favore della s.p.a. Trenitalia ed euro 5.000,00 a favore del raggruppamento temporaneo di imprese AnsaldoBreda - Bombardier Transportation Italy.

4. Con l’appello in epigrafe è chiesto l’annullamento della sentenza di primo grado ed è riproposta la domanda di risarcimento dei danni.

La s.p.a. AnsaldoBreda e la s.p.a. Trenitalia hanno presentato appello incidentale notificati l’11 febbraio 2011 e depositati, rispettivamente, il 14 e il 15 febbraio seguenti.

5. All’udienza del 6 maggio 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Nella sentenza di primo grado:

-si richiama che alla gara in controversia hanno presentato offerta soltanto la ricorrente Alstom Ferroviaria s.p.a. e il raggruppamento aggiudicatario AnsaldoBreda - Bombardier Transportation Italy, per cui devono essere esaminati sia il ricorso principale presentato dalla prima che quello incidentale proposto dal secondo, in adesione al principio giurisprudenziale per il quale, se ad una gara pubblica hanno partecipato soltanto due concorrenti e risultino fondati sia il ricorso principale che quello incidentale, in quanto entrambi rivolti ad ottenere una declaratoria di esclusione dalla gara della controparte, vanno annullati tutti gli atti impugnati e l'Amministrazione deve procedere al rinnovo delle operazioni concorsuali; infatti, se risulta fondato il ricorso incidentale, il ricorrente principale vanta comunque l'interesse, così detto strumentale, al rinnovo delle operazioni di gara ed il ricorrente incidentale dall'accoglimento della propria domanda otterrebbe, in ogni caso, il risultato utile di partecipare al procedimento rinnovato. Diversa è l'ipotesi, si soggiunge, di partecipazione alla gara di più due concorrenti, poiché l'accoglimento sia del ricorso principale che di quello incidentale non potrebbe risolversi nell'annullamento di entrambi gli atti di ammissione, in quanto ciò determinerebbe un esito privo di utilità per entrambe le parti in presenza di un terzo graduato;

-si procede quindi alla trattazione nel merito iniziando con l'esame del ricorso incidentale proposto dal raggruppamento aggiudicatario, secondo il quale la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver prodotto tutte le dichiarazioni richieste dall'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*"Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture"*; di seguito: Codice);

-il ricorso incidentale è quindi accolto essendo giudicati fondati i due motivi dedotti: il primo, relativo alla mancata produzione da parte del procuratore speciale di Alstom, ing. Barale, delle dichiarazioni di cui al

comma 1, lettere b), c) e *m-ter*) del citato art. 38; il secondo - comunque esaminato, si precisa, nonostante la sufficienza della fondatezza del primo per l'accoglimento del ricorso incidentale - riguardante la mancata presentazione da parte del sign. Cultrona, responsabile tecnico della Alstom Ferroviaria, della dichiarazione prevista dal punto III.A.1.a della lettera di invito a pena di esclusione;

-in particolare si afferma: quanto al primo motivo, che ai procuratori speciali si applicano le cause di esclusione per omesse dichiarazioni ai sensi dell'art. 38 del Codice se siano titolari di poteri di rappresentanza di estensione tale da dover essere identificati come amministratori di fatto, indipendentemente dalla loro qualifica formale, e che poteri sostanziali siffatti sono stati rilasciati all'ing. Barale con la relativa procura; quanto al secondo, che, analogamente, al signor Cultrona, pur qualificato formalmente responsabile tecnico della società, risultano conferiti poteri di rappresentanza di ampiezza tale da doversi applicare la prescrizione della lettera di invito di presentare le suddette dichiarazioni a pena di esclusione, e ciò già nella fase iniziale della presentazione della documentazione non essendo una tale carenza regolarizzabile *ex post*, ai sensi dell'art. 46 del Codice, come invece ritenuto erroneamente dalla commissione di gara;

-è poi esaminato il ricorso principale con riguardo alle censure dal cui accoglimento deriverebbe l'esclusione dell'aggiudicataria dalla gara o comunque l'obbligo della stazione appaltante di rinnovare l'intera procedura, che sono tutte respinte.

2. Nell'appello in epigrafe la sentenza di primo grado è anzitutto censurata, in quanto:

-non avrebbe dovuto essere respinta l'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse del ricorso incidentale delle controinteressate, dovendosi invece verificare d'ufficio la carenza in capo ad essa dei requisiti di partecipazione alla gara, eccepita dall'appellante nel "controricorso a ricorso

incidentale” proposto in primo grado, data la mancata presentazione da parte di AnsaldoBreda delle dichiarazioni richieste dall’art. 38 del Codice e considerata la infondatezza del ricorso incidentale della controinteressata;

-è erroneo, infatti, l’accoglimento dei motivi di ricorso incidentale relativi alle posizioni dell’ing. Barale e del sign. Cultrona, considerata la natura effettiva dei poteri ad essi conferiti e la mancata previsione nella lettera di invito della sanzione dell’esclusione;

-la controinteressata, inoltre, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non avere il direttore tecnico di AnsaldoBreda, ing. Tanzi, dichiarato tutte le condanne penali riportate, nonostante l’espressa prescrizione della lettera di invito.

Si censura quindi la sentenza impugnata per non avere accolto i motivi di ricorso relativi alla violazione:

-del termine dilatorio di 35 giorni stabilito dall’art. 11, comma 10, del Codice per la stipula del contratto, decorrente, nella specie, dalla data del 30 settembre 2010 di perfezionamento dell’efficacia dell’aggiudicazione definitiva, nella quale, invece, il contratto è stato stipulato, essendo stato nel frattempo, inoltre, sospeso il decorso del termine per intervenuta pronuncia cautelare monocratica in primo grado;

-dell’art. 37, comma 15, del Codice, per la mancata procura speciale al legale rappresentante dell’impresa mandataria AnsaldoBreda, sign. Fedeli, legittimato perciò a sottoscrivere la documentazione e l’offerta in nome e per conto della AnsaldoBreda ma non della Bombardier;

-della lettera di invito, punto III.A., per non avere presentato le dichiarazioni previste dall’art. 38 del Codice i direttori tecnici e il responsabile tecnico della mandante Bombardier e, per AnsaldoBreda, il responsabile tecnico ed il citato sign. Fedeli;

-degli articoli 86, comma 2, nonché 206 del Codice (che richiama espressamente la norma precedente per gli affidamenti nei settori speciali),

per non avere eseguito la stazione appaltante la verifica dell'anomalia dell'offerta del raggruppamento aggiudicatario, in quanto anormalmente bassa, non avendo peraltro potuto l'appellante dedurre più specificamente al riguardo essendole stato negato l'accesso agli atti dell'offerta economica della controinteressata e respinta ingiustamente dal primo giudice la relativa censura;

-dell'art. 84, comma 2, del Codice, per il quale soltanto l'organo della stazione appaltante è competente alla nomina della commissione giudicatrice mentre, nella specie, la nomina è stata effettuata non dal Consiglio di amministrazione della società ma dal Direttore dell'ufficio acquisti;

-degli articoli 11, comma 4, e 12, comma 1, del Codice, non essendo stata preceduta l'aggiudicazione definitiva dalla dichiarazione di quella provvisoria;

-dell'art. 83, comma 4, del Codice, e delle norme e principi comunitari di riferimento, per la mancata precisazione, riguardo a criteri di valutazione delle offerte, della loro articolazione in subcriteri e, per altri, in subcriteri ma non in sottopunteggi;

-degli essenziali principi dell'imparzialità dell'azione amministrativa e della *par condicio* fra i concorrenti, avendo Trenitalia invitato alla procedura negoziata il raggruppamento costituito da due imprese, AnsaldoBreda e Bombardier, che hanno partecipato con Trenitalia stessa alle attività di ricerca condotte dal Joint Research Center (JRC), vertenti su tematiche tecniche poi assunte a base delle valutazioni svolte riguardo all'offerta tecnica del raggruppamento aggiudicatario, con conseguente vantaggio competitivo per quest'ultimo.

Nell'appello si ripropongono quindi i dedotti vizi del procedimento di valutazione delle offerte svolto dalla commissione giudicatrice, specificati per articolati aspetti tecnici, nonché la domanda di risarcimento del danno,

istanza istruttoria per l'acquisizione agli atti di causa della intera offerta tecnico - economica del raggruppamento aggiudicatario e richiesta di consulenza tecnica di ufficio.

3. Nel presente giudizio di appello AnsaldoBreda e Trenitalia hanno dedotto la inammissibilità del ricorso principale di primo grado della Alstom Ferroviaria, e quindi dell'appello, a seguito dell'accoglimento in primo grado del ricorso incidentale. Tale deduzione è stata proposta, dalla AnsaldoBreda, nell'appello incidentale, in cui è motivata citando l'ordinanza di questa Sezione n. 351 del 2011 di rimessione della questione all'esame dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, e viene richiamata nella memoria conclusionale, di data 20 aprile 2011, in riferimento alla sentenza dell'Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4, intervenuta nel frattempo; e, da Trenitalia, con memoria anche in data 20 aprile 2011 altresì riferita alla detta pronuncia dell'Adunanza Plenaria. Trenitalia ha anche presentato appello incidentale autonomo in cui si censura la sentenza di primo grado per aver rigettato l'eccezione di inammissibilità (proposta per la mancata impugnazione, da parte della Alstom, del provvedimento di verifica positiva dei requisiti in capo al raggruppamento aggiudicatario) delle censure dedotte dalla stessa Alstom nel terzo atto di motivi aggiunti.

Con riguardo alla dedotta inammissibilità del ricorso principale di primo grado, in particolare si afferma che la sentenza impugnata è viziata da *error in procedendo* poiché il giudice, una volta accolto il ricorso incidentale a carattere "paralizzante", cioè volto a motivare l'esclusione dalla gara della ricorrente principale, e accertato quindi che questa avrebbe dovuto essere esclusa, doveva senz'altro dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione della ricorrente, secondo la disamina svolta nella suddetta ordinanza di rimessione e quanto enunciato dall'Adunanza Plenaria.

4. Il Collegio ritiene che tale deduzione meriti accoglimento.

A questa conclusione si giunge attraverso il richiamo del principio enunciato dall'Adunanza Plenaria ed il riscontro della sua applicabilità al caso di specie.

4.1. Le statuizioni della sentenza n. 4 del 2011 dell'Adunanza Plenaria rilevanti per quanto qui interessa sono, in sintesi, le seguenti:

-il controllo della contestata legittimazione al ricorso ha carattere necessariamente pregiudiziale rispetto all'esame del merito della domanda;

-legittimato al ricorso in materia di affidamento di contratti pubblici è soltanto il soggetto che ha partecipato legittimamente alla gara avendo superato il positivo esito del sindacato sulla ritualità della sua ammissione alla procedura selettiva;

-l'esame del ricorso incidentale è perciò necessariamente pregiudiziale se con esso si deduce che il ricorrente principale avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, poiché con ciò è contestata la legittimazione al ricorso principale, conseguendone che l'accertata fondatezza del ricorso incidentale preclude, al giudice, l'esame nel merito delle domande proposte dal ricorrente;

-per quest'ultimo non sussiste l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara quale elemento idoneo a determinare il riconoscimento di una situazione differenziata fondante la legittimazione al ricorso, essendo tale rinnovazione eventuale, risultando quindi ipotetica la relativa utilità e non distinguendosi la correlata aspettativa, perciò, da quella di ogni operatore del settore;

-deroghe alla regola per cui la legittimazione al ricorso deve essere connessa ad una situazione differenziata, in modo certo, per effetto della (legittima) partecipazione alla procedura contestata, sono date dalla legittimazione dei soggetti: a) che contrastino in radice la scelta della stazione appaltante di indire una procedura o, all'opposto, di procedere ad un affidamento diretto o senza gara; b) che intendano impugnare una clausola del bando

“escludente”;

-se il ricorrente ha censurato in radice l'intero bando di gara, per il contrasto insanabile con le norme che ne disciplinano la formazione, il giudizio sulla legittimazione al ricorso passa necessariamente attraverso la preventiva valutazione della legittimità del bando di gara ritualmente prospettata dalla parte ricorrente; ciò soltanto nei limiti, però, in cui le censure possano concretamente riflettersi sull'accertamento della legittimazione al ricorso contestata dal ricorrente incidentale.

4.2. Tali principi sono applicabili al caso in esame, poiché in questo si riscontrano i tratti della fattispecie oggetto dell'analisi della medesima Adunanza Plenaria.

4.2.1. Infatti:

-nella sentenza di primo grado: a) si indica che nel ricorso incidentale presentato dal raggruppamento aggiudicatario AnsaldoBreda – Bombardier Transportation Italy è dedotto *“che la ricorrente principale [Alstom Ferroviaria] avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver prodotto tutte le dichiarazioni richieste dall'art. 38 D.L.vo n. 163 del 2006”*; b) si esamina per primo il detto ricorso incidentale; c) si accoglie tale ricorso venendo così sancito che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara;

-secondo le enunciazioni dell'Adunanza Plenaria la ricorrente principale risulta, di conseguenza, priva della legittimazione al ricorso, per cui il primo giudice avrebbe dovuto senz'altro dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale, con l'effetto della preclusione dell'esame nel merito delle censure con esso dedotte.

4.2.2. L'applicazione in concreto dei detti principi richiede però il passaggio ulteriore dell'esame dell'appello principale nella parte in cui censura la sentenza di primo grado per avere accolto il ricorso incidentale; se, infatti, tali censure risultassero fondate ne conseguirebbe l'erroneità dell'accoglimento del ricorso incidentale, con la conseguente mancanza del

presupposto della carenza di legittimazione al ricorso del ricorrente principale.

4.2.2.1. Con le censure di cui si tratta si deduce:

-la sanzione dell'esclusione dalla gara è stata prevista nella lettera di invito soltanto per l'omessa presentazione delle dichiarazioni di cui all'art. 38 del Codice da parte degli amministratori muniti dei poteri di rappresentanza e dei direttori tecnici (come disposto testualmente, peraltro, nell'art. 38). La sentenza di primo grado è quindi erronea poiché: a) quanto alla posizione dell'ing. Barale: egli non è amministratore ma procuratore speciale; le cause di esclusione sono tassative e non possono essere interpretate estensivamente; in fatto si è comunque concretata la fattispecie del così detto "falso innocuo" individuata in giurisprudenza (Cons. Stato, VI, 22 febbraio 2010, n. 1017), per cui non si dà luogo all'esclusione se il soggetto risulta in possesso in concreto di tutti i requisiti, come è provato per l'ing. Barale dai certificati, allegati, del casellario giudiziale generale e dei carichi pendenti; b) quanto alla posizione del signor Cultrona: anzitutto per violazione del principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, avendo il raggruppamento aggiudicatario dedotto come causa di esclusione la qualità del suddetto di direttore tecnico e non il contenuto dei suoi poteri di rappresentanza; nel merito, poiché al sig. Cultrona non sono stati attribuiti poteri di rappresentanza della Società ma soltanto funzioni di contenuto tecnico ed avendo la commissione di gara operato correttamente poiché, a seguito dei chiarimenti dati dalla Alstom su richiesta della commissione stessa, ha preso atto della qualifica di responsabile tecnico del sign. Cultrona richiedendo comunque le dichiarazioni di cui qui si tratta (ai sensi dell'art. 38, lettere b) e c) ma precisando a verbale (non impugnato da controparte) che nella lettera di invito non risultava prescritta l'esclusione per la mancata presentazione della documentazione di cui al punto III A.

4.2.2.2. Le censure così riassunte sono infondate.

Infatti:

-il Collegio non ritiene di aderire all'indirizzo per cui la dichiarazione della insussistenza delle cause di esclusione richiesta dall'art. 38 del Codice (lettere b), c) e m-ter)) deve essere presentata soltanto dai soggetti che risultino formalmente "*amministratori muniti di poteri di rappresentanza*", secondo la lettera della norma, ma al diverso e più sostanziale indirizzo, attento alla finalità della norma, all'effettività del rapporto amministrativo in questione e all'affidabilità di chi in esso agisce nell'interesse e per conto del concorrente, secondo il quale vi sono tenuti anche i procuratori speciali, al di là della loro qualifica formale, a ragione dei poteri che siano ad essi in sostanza conferiti, se in realtà gestiscono affari sociali. Ciò in quanto la *ratio legis* (in precedenza espressa nella identica previsione dell'art. 75 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554) è di escludere dalla partecipazione alla gara di appalto le società in cui abbiano commesso gravi reati i soggetti che nella società abbiano un significativo ruolo decisionale e gestionale. Il fondamento della disposizione consiste infatti nell'assicurare preventivamente la piena affidabilità morale dell'impresa che ambisce all'esecuzione dell'opera pubblica: affidabilità che, ridotta al rango soggettivo in ragione della personalità della responsabilità penale, va garantita e dichiarata anche per quanti comunque in concreto risultino svolgere un'effettiva funzione di amministrazione dell'impresa ed esercitarne i tipici poteri di gestione; a maggior ragione ciò si verifica quando, come appare nel caso presente, nello stesso rapporto amministrativo inerente la gara siffatti soggetti si mostrino capaci di reali poteri gestori dell'impresa verso l'amministrazione pubblica. Del resto, l'ordinamento penale - al quale la norma rinvia per i casi che contempla - si mostra indifferente alla formalità dell'investitura, come denota ad es. il fatto che per i reati societari e fallimentari propri dell'amministratore risponde non solo l'amministratore in senso formale, ma anche

l'amministratore di fatto (cfr. oggi il nuovo – dopo il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 – art. 2639 Cod. civ.). Occorre perciò aver riguardo alle funzioni sostanziali del soggetto, più che alle qualifiche formali, altrimenti la *ratio legis* potrebbe venire agevolmente elusa e dunque vanificata (cfr. Cons. Stato, VI, 8 febbraio 2007, n. 523), ed è perciò necessario accertare non solo se, ai sensi della procura rilasciata, siano stati conferiti poteri gestori generali e continuativi, ma anche considerare che altresì rileva, a un tale fine, l'attribuzione del potere di partecipare a pubblici appalti e formulare le relative offerte, poiché la portata della norma sarebbe altrimenti del tutto vanificata (n. 523 del 2007, cit.; cfr. anche Cons. Stato, VI, 12 gennaio 2011, n. 134; V, 16 novembre 2010, n. 8059);

-nella specie all'ing. Barale, con procura rilasciata dall'Amministratore delegato di Alstom Ferroviaria, sono stati attribuiti i poteri di partecipare alla formazione di raggruppamenti temporanei di imprese per la partecipazione a gare e conseguente realizzazione dei lavori, conferendo o accettando i mandati speciali e conferendo le relative procure nell'ambito dell'impresa mandataria generale, di rappresentare la Società "*con ogni più ampia facoltà*" per quanto attiene all'attività commerciale nei confronti di autorità, amministrazioni, organizzazioni, istituzioni, fondazioni e ogni altro soggetto giuridico pubblico o privato, di sovrintendere all'organizzazione e all'andamento dell'attività commerciale, di vendere i prodotti della Società con ogni connessa attività giuridica. Si tratta all'evidenza di poteri gestori assai rilevanti, non limitati ad affari determinati ma di ampiezza tale da farli qualificare generali e continuativi, cui si aggiunge che, per la gara in esame, l'ing. Barale risulta essere stato il sottoscrittore dell'offerta tecnica ed economica, di documenti inclusi nella busta A e l'interlocutore della stazione appaltante per i chiarimenti richiesti: la sua figura è dunque quella di un soggetto che, di fatto, esercita poteri di amministrazione dell'impresa che ambisce all'appalto;

-non può valere, in contrario, il richiamo della fattispecie del falso innocuo, poiché – a parte la patente sussistenza della violazione – essa è relativa al caso in cui la *lex specialis* non preveda espressamente la conseguenza dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e l'oggetto delle dichiarazioni da fornire (Cons. Stato, V, 9 novembre 2010, n. 7967), mentre sussiste una tale previsione nel caso in esame, ai sensi del punto III.A.1.a della lettera di invito che con chiarezza prescrive “a pena di esclusione” il rilascio delle dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lettere b), c) ed m-ter) dell'art. 38 del Codice, per i soggetti ivi elencati;

-poteri ampi, sostanzialmente significativi per i profili decisionale e gestionale, risultano anche conferiti al sign. Cultrona, poiché titolato alla rappresentanza della società riguardo non ad una gara determinata ma *“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 del rapporti”*. Dal che consegue che correttamente il giudice di primo grado ha ritenuto, anche in tale caso, l'obbligo della presentazione della dichiarazione preventiva di cui al punto III.A.1a della lettera di invito, in quanto ivi prevista a pena di esclusione, al contrario di quanto erroneamente valutato dalla commissione di gara (verbale del 3 giugno 2010). Nella sentenza non si riscontra comunque un eccesso di pronuncia sul richiesto con il ricorso incidentale, essendo questo rivolto a dedurre l'esclusione della ricorrente principale per la mancata dichiarazione di un rappresentante della Alstom Ferroviaria a ciò tenuto in forza della sua posizione sostanziale e non avendo la sentenza di primo grado attribuito all'altra parte, perciò, una *utilitas* da quella non richiesta o accolto un motivo non prospettato.

4.3. Ciò rilevato si procede nell'esame dell'applicabilità al caso di specie dei principi sanciti dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011.

A tale fine si deve riscontrare quanto la Alstom Ferroviaria oppone alla deduzioni proposte dalle controparti, a partire dalla impugnativa incidentale della controinteressata, sull'applicazione alla controversia dei suddetti principi.

L'appellante, in particolare nella memoria depositata in data 22 aprile 2011, controdeduce, in sintesi, quanto segue:

-le doglianze incidentali sono inammissibili poiché, in base alle stesse regole affermate per l'accoglimento del ricorso incidentale di primo grado, si deve affermare l'obbligo di esclusione dalla gara anche di AnsaldoBreda, essendo stati attribuiti anche ai suoi procuratori speciali e a responsabili tecnici ampi poteri di rappresentanza e di gestione ed essendo mancate le relative dichiarazioni di cui all'art. 38 del Codice; ne consegue la carenza di interesse della controparte, da verificare d'ufficio ai sensi dell'art. 35 del Codice del processo amministrativo, non potendo essa affermare, inoltre, che risulterebbe confermata l'aggiudicazione a suo favore alla stregua delle medesime regole di diritto di cui pretende l'applicazione, risultandone altrimenti un ingiustificato privilegio con lesione dei principi della parità delle parti e del giusto processo;

-la censura di *error in procedendo* della sentenza di primo grado, dedotta dalle controparti per la mancata dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale, è comunque inammissibile in quanto non proposta dinanzi al primo giudice ma per la prima volta in sede di appello; così come la medesima censura non risulta sollevata nel ricorso incidentale in primo grado essendosi con esso chiesto l'esame nel merito, prescindendo perciò da pregiudizialità processuali;

-la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 è inapplicabile secondo il principio *tempus regit actum*, poiché riferita a vicende anteriori alla entrata in

vigore della normativa di cui alla direttiva europea 2007/66/CE attuata nell'ordinamento interno con il d.lgs. 25 marzo 2010, n. 53, poi trasfusa nel Codice dei contratti pubblici e nel Codice del processo amministrativo;

-si osserva quindi: a) è violato il diritto ad un ricorso effettivo ed efficace, che è principio fondamentale del diritto comunitario e interno, se, a fronte di vizi genetici dell'intera procedura di gara comportanti il suo integrale annullamento, come sono quelli dedotti con il ricorso principale in primo grado per la stretta connessione tra atti e comportamenti presupposti (a partire dalla costituzione di un centro comune di ricerca tra la stazione appaltante e le controinteressate, con vantaggio competitivo per queste, e riguardo alla mancanza della qualità di organo della Direzione ufficio acquisti di AnsaldoBreda), si nega tutela giurisdizionale per motivi formali, essendo inoltre prevista, dalla direttiva 2004/17/CE, la irrilevanza della mancata dichiarazione sul possesso dei requisiti quando in concreto sussistano; b) i paragrafi 2 e 3 dell'art. 1 della direttiva 2007/66/CE, che escludono la limitazione della ricorribilità per chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione, non sono stati recepiti con il d.lgs. n. 53 del 2010, dovendo perciò essere applicati nell'ordinamento interno, configurandosi il caso di recezione incompleta o infedele, e rientrandovi a pieno la posizione della Alstom Ferroviaria, che ha dimostrato l'interesse all'aggiudicazione e la lesione subita ad effetto di illegittimità degli atti introduttivi e di svolgimento della gara, nella titolarità di una situazione giuridica soggettiva di diritto comunitario che, nel settore degli appalti, non è di interesse legittimo ma di diritto soggettivo; c) il ricorso incidentale non può paralizzare l'azione a tutela del diritto comunitario degli appalti, attraverso l'eccezione della mancata dichiarazione del possesso dei requisiti, né evitare l'annullamento della gara se tali dichiarazioni manchino anche per il ricorrente incidentale, non configurandosi, in particolare in questo caso,

l'interesse alla rinnovazione della gara come strumentale ma volto a conseguire quello, finale, dell'utile partecipazione alla gara per concorrere all'aggiudicazione, in coerenza anche con quanto stabilito dagli articoli 121 e 122 del Codice del processo amministrativo; d) la necessità di esaminare congiuntamente il ricorso principale e quello incidentale si fonda sulla normativa del Codice del processo amministrativo che, nel quadro dei principi di cui agli articoli 1 e 2, istituisce per gli appalti pubblici una giurisdizione esclusiva volta a sindacare l'intero esercizio del potere amministrativo, che non può essere limitata se la domanda principale non riguarda soltanto il possesso dei requisiti ma concerne la regolarità delle leggi di gara, o eventi che abbiano inciso sulla sua liceità (come rilevato per la tematica del centro di ricerca comune alla stazione appaltante e alle controinteressate), pena, altrimenti, una duplice violazione del diritto comunitario quanto alla effettività della tutela e alla garanzia della libera concorrenza; e) resta fermo, comunque, l'obbligo di verifica della sussistenza della posizione legittimante del ricorrente incidentale in quanto oggetto di eccezione preliminare il cui accoglimento rende inammissibile il detto ricorso;

-ciò rilevato, nel caso non si ritenga di aderire a quanto sopra esposto, si chiede gradatamente, in subordine: a) il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, perché accerti se sia possibile interpretare la normativa comunitaria nel senso che la mancata dichiarazione ai fini della partecipazione alla gara del possesso dei requisiti possa comportare l'inammissibilità del ricorso, che l'interesse all'aggiudicazione dell'appalto escluda quello alla sua rinnovazione e che non sia sufficiente la dimostrata lesione della libera concorrenza per integrare la legittimazione al ricorso; b) che sia portata all'esame della Corte costituzionale la questione di legittimità degli articoli 1, 2, 7, 35, 42 e 99 del Codice del processo amministrativo per violazione degli articoli 3, 24, 103,

111 e 113 della Costituzione, nonché dell'art. 117, comma 1, attraverso il parametro costituito dalla violazione delle direttive 2004/17/CE e 2007/66/CE e dalle norme nazionali di recepimento, in relazione ai principi costituzionali di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale, del giusto processo, dei vincoli posti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, altresì violati se con l'art. 99 del Codice del processo amministrativo si ritenga attribuita all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la possibilità di adottare interpretazioni contrastanti con i detti principi; d) la disapplicazione dell'art. 42 del Codice del processo amministrativo in tema di effetti paralizzanti del ricorso, in relazione agli effetti del presente giudizio se ogni interpretazione prescelta risulti incompatibile con i principi comunitari e costituzionali richiamati.

4.3.1. Queste controdeduzioni non possono essere accolte per le ragioni che seguono.

La sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 – a dichiarata conferma del più risalente indirizzo interpretativo (es. Cons. Stato , VI, 6 marzo 1992, n. 159) e non innovativamente - applica i seguenti basilari principi: a) gli articoli 24 e 113 della Costituzione nel garantire il diritto all'azione contro gli atti della pubblica amministrazione presuppongono l'esistenza di una situazione giuridica differenziata meritevole di tutela, di diritto o di interesse legittimo; b) il ricorrente deve essere perciò titolare, quale condizione per l'azione in giudizio, di una qualità per agire in giustizia, cioè di una posizione giuridica sostanziale che assume ingiustamente lesa; c) il giudice amministrativo deve anzitutto, a verifica del suo potere di statuire sul caso, accertare *in limine* l'effettiva sussistenza di tale condizione dell'azione, cioè della legittimazione al ricorso, essendo questo, altrimenti, inammissibile e non essendovi perciò titolo idoneo per il ricorrente a pretendere una pronuncia sul merito e per il giudice a pronunciarsi; d) la necessità che il ricorrente sia titolare di una posizione sostanziale qualificata

è intrinsecamente connessa con il carattere soggettivo del processo amministrativo inequivocabilmente delineato dall'ordinamento italiano, anzitutto con il principio della domanda, quale processo volto non all'affermazione del diritto oggettivo per un'astratta dichiarazione della legge a tutela del mero interesse generale, ma a risolvere una controversia tra parti effettive, a tutela di interessi individuali e a favore di un soggetto che ha un giusto titolo che lo abilita a domandare giustizia e ad investire in concreto il giudice della giurisdizione: ciò che postula anzitutto – anche per un'evidente ragione di economia e di utilità effettiva - la corretta presenza nel rapporto amministrativo sostanziale di chi agisce in giudizio. Questa presenza è a base dell'interesse legittimo al successivo svolgimento secondo legge del connesso procedimento e senza di essa la pronuncia del giudice diviene, da risolutoria di una controversia, officiosa giacché svincolata da un'autentica domanda giudiziale. Il che, abbandonando il principio della domanda (*nemo iudex sine actore, ne procedat ex officio*), trasformerebbe il processo amministrativo, contro la legge che lo regola (oggi il Codice del processo amministrativo), da processo di parti in processo inquisitorio, dove il giudice dispone da solo dell'oggetto stesso del processo.

A questo quadro si lega il principio di effettività della tutela giurisdizionale, poiché volto (come afferma la relazione al Codice del processo amministrativo) a legare la posizione sostanziale al giudizio attraverso la *“capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale, e ciò per quanto più è possibile (quindi quando non vi ostino sicure preclusioni processuali)”*, operando allo stesso fine quello della pienezza della tutela attraverso la pluralità delle azioni proponibili.

Dalla interazione dei principi richiamati consegue, in sintesi, che il ricorrente potrà avere una pronuncia sul merito e questa, se favorevole, dovrà essere soddisfatta soltanto se sia stata previamente verificata la sua qualità di titolare della posizione sostanziale qualificata che lo legittimi a

ricorrere: altrimenti sussiste una “*sicura preclusione processuale*” alla giustiziabilità della tutela azionata ed egli non può pretendere la pronuncia di merito nell’esercizio di una giurisdizione che non è di diritto oggettivo. Questa conclusione non è in contrasto con i principi del giusto processo di cui all’art. 111 della Costituzione, e, in particolare, con quello della parità delle parti, che comunque presuppongono la legittimazione ad essere parte processuale, soltanto in tal caso avendo ciascuna parte diritto allo svolgimento del processo fino alla pronuncia di merito, ovviamente in costante garanzia di parità.

L’Adunanza Plenaria ha considerato la questione dell’esame del ricorso incidentale “paralizzante” (o “escludente”) sulla base di questi principi affermando in loro coerente svolgimento, in sostanza, che: quanto dedotto con un tale ricorso riguarda l’esistenza di una condizione dell’azione del ricorrente principale, poiché non in possesso della posizione sostanziale legittimante al ricorso se è privo dei requisiti di ammissione alla gara; l’accoglimento del ricorso incidentale sul tema del difetto della qualità per agire in giudizio preclude l’esame del ricorso principale, poiché il cd. interesse strumentale alla rinnovazione della gara diviene effettivo ed azionabile soltanto dopo la positiva verifica della legittimazione al ricorso. Diversamente, l’annullamento dell’aggiudicazione scaturirebbe dal giudizio di accoglimento della domanda di un soggetto mancante dei necessari requisiti; e si può soggiungere, in linea con la pronuncia, che una tale rinnovazione non solo condurrebbe il sindacato del giudice a superare il principio della domanda, ma anche che rovescerebbe l’ordine logico del giudizio (che vuole che le questioni sull’esistenza e i limiti del processo precedano quelle sull’oggetto della tutela) e la stessa garanzia della parità delle parti, perché costituirebbe un esito soddisfacente per il ricorrente principale ma non per quello incidentale, per quanto fondata sia l’eccezione preliminare di quest’ultimo che nega che il ricorrente principale abbia titolo

idoneo per agire in giustizia.

In realtà chi è o deve essere, per fatto a lui imputabile, estromesso dalla gara è per ciò solo posto definitivamente fuori dalla contesa e non ha più una sua veste per dolersi davanti a un giudice di come la gara è stata poi gestita nei confronti degli altri concorrenti.

4.3.2. Da tutto ciò consegue che qui:

-non può essere accolta la controdeduzione dell'appellante Alstom Ferroviaria sulla inammissibilità delle doglianze incidentali di AnsaldoBreda, asserita a ragione della sussistenza in capo ad AnsaldoBreda delle stesse ragioni di esclusione riconosciute per Alstom Ferroviaria e, quindi, della carenza di interesse dell'appellante incidentale. Si deve infatti osservare che l'asserzione di tale carenza di interesse è in contrasto con quanto sinora esposto, poiché presuppone l'esame nel merito delle censure della ricorrente principale sulla mancanza dei requisiti per la resistente, oggi appellante incidentale, mentre, come sopra esposto, una volta accertata *in limine* la fondatezza del ricorso incidentale, e statuito quindi che il ricorrente principale avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, non vi è fondamento perché il giudice possa esaminare le censure da questo portate avverso la posizione dell'aggiudicatario, per quanto relative all'asserita mancanza dei medesimi presupposti di cui è giudicato privo il ricorrente principale; all'iniziativa di questo infatti sarebbe in tal modo riconosciuto il titolo ad un'indiscriminata preferenza processuale, di cui però è privo in radice per la verificata assenza dei suoi requisiti: l'imporre che, anche in difetto della qualità per agire (la giusta partecipazione alla gara), le sue censure siano comunque trattate darebbe illegittimamente vita, in pratica, ad una derogatoria giurisdizione di diritto oggettivo, contraria all'ordinamento e dunque al principio di legalità. A null'altro scopo gioverebbe, infatti, l'isolata soddisfazione del cd. interesse strumentale alla (eventuale) rinnovazione della gara, sguarnito della giusta presenza nel

rapporto amministrativo sottostante, se non ad un'astratta, presunta reintegrazione del diritto oggettivo reclamata da chi non ha una sua ragione per poterlo fare, perché comunque andava escluso da quella gara e dunque inutilmente lamenta la partecipazione ad essa dell'aggiudicatario;

-non vale in contrario il richiamo dell'art. 35, comma 1, lettera c), del Codice del processo amministrativo, per il quale il giudice dichiara anche d'ufficio il ricorso inammissibile quando è carente l'interesse "*o sussistono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito*", dovendosi evidentemente intendere l'espressione ora citata come riferita anche alla verifica della ragione ostativa della insussistenza della legittimazione al ricorso, con le conseguenze di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 in caso di verifica negativa per il ricorrente principale a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale;

-non può neanche essere accolta la controdeduzione di inammissibilità delle censure di *error in procedendo* in quanto non proposte in primo grado. L'Adunanza plenaria, infatti, con la sentenza n. 4 del 2011 ha dichiarato in via ricognitiva, come sopra già detto (punto 4.3.1), principi generali propri del processo amministrativo e di questi non può essere preclusa l'applicazione ad un giudizio tuttora in corso per il cui svolgimento sono direttamente pertinenti, non potendosi dichiarare inammissibile una censura riferita alla incidenza sul giudizio di tali principi generali del processo, la cui immanenza nell'ordinamento è stata riconosciuta con palese efficacia dichiarativa;

-né, nel caso in esame, si può affermare che ricorrano le eccezioni al previo esame del ricorso incidentale ed alla conseguente preclusione dell'esame di quello principale, pur indicate nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria in deroga a quanto affermato in via generale sulla preclusività della mancata legittimazione al ricorso. Nel ricorso principale di Alstom Ferroviaria non risulta infatti contrastata di per sé la scelta di indire una procedura

competitiva, non sono impugnate clausole escludenti contenute nel bando, né, in particolare, si può dire censurato in radice l'intero bando di gara per un contrasto insanabile con le norme sulla sua formazione; a quest'ultima ipotesi non possono nemmeno essere rapportate le pur articolate censure dedotte con il ricorso principale avverso il procedimento di gara di cui si tratta, poiché queste censure riguardano vizi indicati come rilevanti, relativi agli atti presupposti, prodromici ovvero a comportamenti della stazione appaltante asseriti come non imparziali (come quello per la partecipazione ad un centro di ricerca comune con AnsaldoBreda), ma non concernono, ciò nonostante, il contrasto del bando di gara, di per sé e in quanto tale, con le norme sulla sua formazione, né comunque risultano idonee a concretamente riflettersi sull'accertamento della legittimazione al ricorso contestata dal ricorrente incidentale.

4.3.3. Le controdeduzioni basate sul richiamo della direttiva 2007/66/CE, in relazione alla dedotta non trasposizione nell'ordinamento interno dei paragrafi 2 e 3 dell'art. 1, non possono a loro volta essere accolte.

Infatti:

-a) la direttiva 2007/66/CE dispone che: *“2. Gli Stati membri garantiscono che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese suscettibili di far valere un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto, a motivo della distinzione effettuata dalla presente direttiva tra le norme nazionali che recepiscono il diritto comunitario e le altre norme nazionali. 3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione”*;

-b) sono così posti, in sintesi, i due principi: b.1) di non discriminazione fra le imprese al fine della deduzione di un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalto; b.2.) della paritaria accessibilità al

ricorso per chiunque abbia interesse all'aggiudicazione di un appalto e abbia subito o rischi di subire una asserita illegittima lesione della sua posizione;

-c) il Collegio non ritiene che i principi enunciati – vale a dire: affermati di corretta interpretazione delle norme esistenti - dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 contrastino con quelli ora richiamati, essendo chiaro che un'impresa può risultare ingiustamente pregiudicata a favore di un'altra nell'ambito della procedura di gara, ovvero essere oggetto di una illegittima preclusione al ricorso, solo in quanto sia titolare di una posizione sostanziale che dà titolo a partecipare alla gara stessa, ed è perciò tutelabile in giustizia; soltanto in questo caso, infatti, si configura il presupposto della situazione di parità con un'altra impresa suscettibile di essere lesa, poiché solo chi ha una corretta posizione sostanziale che lo legittimi ad essere parte nella gara ha poi un titolo a lamentare un eventuale *deficit* di tutela giurisdizionale al riguardo. In ipotesi contraria verrebbe affermato che i suddetti principi impongono di assicurare il giudizio, sempre e fino alla pronuncia nel merito, a favore di qualsivoglia soggetto che – indipendentemente dalla sua giusta presenza in un rapporto amministrativo - si pretenda leso rispetto ad una gara alla quale, proprio a seguito di suo ricorso, è stato accertato che non ha titolo a partecipare, e della quale, pur data tale situazione, non sussistono gli eccezionali presupposti di impugnabilità richiamati più sopra.

4.3.4. Da quanto sopra consegue che: a) non si riscontra l'asserita lesione del principio della libera concorrenza; la relativa garanzia, per il profilo processuale, è data infatti dalla non discriminazione all'azione in giudizio fra gli aventi titolo idoneo a ricorrervi, perché titolari di una posizione sostanziale similmente tutelabile, e non già dalla garanzia che chiunque possa impugnare una procedura di gara pur se privo di una tale titolo abilitante all'impugnazione. Questo titolo non sussiste, in particolare, se, nel corretto ordine logico della decisione, è accertata preliminarmente dal

giudice la mancanza delle dichiarazioni dovute ai sensi dell'art. 38 del Codice, e tale inadempimento sia previsto come causa di esclusione dalla gara, con clausola che per la stazione appaltante assume valenza non soltanto formale, come anche controdedotto, ma sostanziale, poiché le preclude la certezza che un soggetto suscettibile di divenire aggiudicatario sia in possesso di requisiti essenziali; b) la contestazione della mancanza delle medesime dichiarazioni in capo al ricorrente incidentale, dedotta con il ricorso dal ricorrente principale, non può essere considerata eccezione preliminare, a sua volta "paralizzante", venendo a mancare in radice la legittimazione al ricorso del ricorrente principale e con ciò il titolo a dedurre avverso atti del procedimento di gara, perché si invertirebbe lo sviluppo logico del giudizio, che vuole sia anzitutto vagliata l'idoneità a domandare l'intervento del giudice in capo a chi per primo lo ha investito di una domanda su cui poggia l'intero contenzioso; c) non è in contrasto con ciò la previsione delle disposizioni specifiche sui giudizi in materia di appalti pubblici da ultimo normate con il Codice del processo amministrativo, volte di certo, come in generale, al sindacato pieno dell'esercizio del potere amministrativo, ma nell'ambito di un giudizio soggettivo e di parti e non già del controllo oggettivo della legittimità dell'azione amministrativa.

4.3.5. In questo quadro si deve concludere che non vi è la base per procedere al richiesto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 del TFUE (sulla mancata dichiarazione del possesso dei requisiti per la gara che comporta l'inammissibilità del ricorso, sull'interesse all'aggiudicazione dell'appalto che esclude quello alla sua rinnovazione; sulla sufficienza la dimostrata lesione della libera concorrenza per integrare la legittimazione al ricorso), perché si tratta di un caso in cui la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con chiarezza, univocità ed evidenza tali da non dare adito a nessun ragionevole dubbio interpretativo

sulla soluzione da dare alla questione processuale sollevata (Cons. Stato, VI, 9 febbraio 2011, n. 896).

Anche poi a prescindere dall'assorbente e preliminare circostanza che compete alla giurisdizione nazionale configurare i caratteri essenziali del processo amministrativo (tra cui quello, ricordato, soggettivo), e che le questioni pregiudiziali dell'art. 267 sono quelle semmai che afferiscono all'uniforme applicazione del diritto europeo per quel che riguarda i contratti pubblici e l'esistenza della possibilità di una tutela giurisdizionale, non circa il processo amministrativo e i suoi presupposti; e anche a prescindere dall'altrettanto assorbente e preliminare circostanza che, perché sorgano i presupposti del rinvio pregiudiziale occorre comunque che ci sia un giudizio sull'oggetto del processo e non sull'esistenza delle condizioni del processo; e considerato comunque che l'appellante ha avuto piena occasione, senza alcuna discriminazione, di tutela giurisdizionale verso la presunta violazione delle norme di gara e che non può che essere alla stessa imputata la circostanza che andava estromessa dalla gara e perciò difettava di legittimazione a ricorrere, non si rinviene nel sistema della normativa comunitaria sul tema un principio, sul quale chiedere quale debba essere l'uniforme applicazione, per il quale il titolo all'azione in giudizio sia comunque da riconoscere malgrado il difetto della qualità per agire in giustizia, cioè della titolarità di una posizione sostanziale tutelabile, vale a dire indipendentemente dal possesso della legittimazione al ricorso (che nella specie la ricorrente principale non possiede): e la conseguente prescrizione che, pur accolto il ricorso incidentale paralizzante il ricorso principale, questo debba comunque essere esaminato e deciso, così privilegiando l'interesse ormai di mero fatto del soggetto non legittimato a svantaggio di quello dell'aggiudicatario ed in vista di una rinnovazione della gara onerosa, inutilmente differita e del tutto eventuale. Non sussistono dunque i presupposti per dar corso alla questione pregiudiziale comunitaria

dell'art. 267, comma 1: per la medesima ragione non ricorre l'ipotesi del comma 3, che comunque postula i medesimi presupposti di materia e di incertezza interpretativa perché sorga l'obbligo di rimessione.

Per le ragioni in particolare specificate nel punto 4.3.1. di cui sopra si ritiene altresì manifestamente infondata la prospettata questione di illegittimità costituzionale.

5. Per quanto considerato: l'appello principale è infondato nella parte in cui censura la sentenza di primo grado per avere accolto il ricorso incidentale e perciò deve essere in tale parte respinto; l'appello incidentale della controinteressata è fondato e deve essere accolto; il ricorso principale di primo grado è inammissibile e, di conseguenza, è inammissibile l'appello principale nelle parti ulteriori rispetto a quella recante censura della sentenza di primo grado per avere accolto il ricorso incidentale; l'appello incidentale di Trenitalia diviene di conseguenza improcedibile in quanto relativo a questione assorbita per effetto dell'inammissibilità del ricorso principale di primo grado e relativi motivi aggiunti.

La particolare complessità delle questioni giuridiche dedotte in controversia, esaminate in connessione con l'applicazione dei principi enunciati dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, giustifica la compensazione tra le parti delle spese del presente grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta): respinge l'appello principale nella parte specificata in motivazione; accoglie l'appello incidentale della controinteressata; dichiara inammissibile il ricorso principale di primo grado e l'appello principale nella ulteriore parte di cui in motivazione; dichiara improcedibile l'appello incidentale di Trenitalia s.p.a..
Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 6 maggio 2011,

con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere, Estensore

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/06/2011

IL SEGRETARIO

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