



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 3073 del 2017, proposto da Trenitalia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Crisci, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Giuseppe Verdi, 9;

contro

Società Sud Engineering s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Salvatore Napolitano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 03140/2017, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società Sud Engineering s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 9 aprile 2020 tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 2, d.l. n. 18 del 2020, con le modalità di cui al comma 6 dello stesso art. 84 come da verbale, il Cons. Alberto Urso, e trattenuta la causa in decisione su istanza congiunta presentata dalle parti costituite, ai sensi dell'art. 84, comma 2, primo periodo, d.l. n. 18 del 2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con avviso inviato per la pubblicazione sulla Guue il 13 marzo 2012, Trenitalia indiceva procedura di gara per la stipulazione di un accordo quadro *ex art.* 222 d.lgs. n. 163 del 2006 su cui basare l'aggiudicazione di appalti specifici per l'affidamento del servizio di demolizione di carri ferroviari e della vendita di materiali ferrosi di risulta.

2. La Sud Engineering s.r.l. chiedeva alla stazione appaltante, così come previsto dall'invito, la trasmissione degli allegati al disciplinare di gara per potervi partecipare.

Con nota del 5 aprile 2012 Trenitalia comunicava tuttavia alla stessa Sud Engineering che non sarebbe stata ammessa alla gara, e perciò non avrebbe ricevuto la relativa documentazione a fini partecipativi; l'esclusione era motivata, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. *f*), d.lgs. n. 163 del 2006, in ragione della risoluzione per inadempimento di precedenti rapporti contrattuali.

3. Avverso detto provvedimento di non ammissione alla procedura la Sud Engineering proponeva ricorso al Tribunale amministrativo per il Lazio che, nella resistenza di Trenitalia, dichiarava improcedibile la domanda caducatoria, stante il sopravvenuto provvedimento di aggiudicazione della gara non impugnato dalla ricorrente, accertando ciò nondimeno l'illegittimità del provvedimento a fini risarcitori ai sensi dell'art. 34, comma 3, Cod. proc. amm.

4. Ha interposto appello Trenitalia formulando i seguenti motivi di gravame:

I) in via preliminare: violazione o falsa applicazione dell'art. 30, commi 1, 3 e 5, Cod. proc. amm. e dell'art. 34, comma 3, Cod. proc. amm.; violazione del diritto di difesa di cui all'art. 24, comma 2, Cost.; violazione o falsa applicazione degli artt. 112 e 99 Cod. proc. civ. e dell'art. 2907 Cod. civ.;

II) *error in iudicando*: violazione ed errata valutazione di un punto controverso della lite; illegittimità e/o erroneità della sentenza nella parte in cui sono stati disattesi i profili di inammissibilità per tardività del ricorso di primo grado relativamente alla mancata impugnazione delle delibere Trenitalia n. 391 e 392 del 22 dicembre 2011; illegittimità e/o erroneità della sentenza nella parte in cui sono stati disattesi i profili d'inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione del punto VI.3.11 della *lex specialis* di gara;

III) *error in iudicando*: violazione ed errata valutazione di un punto controverso della lite; illegittimità e/o erroneità della sentenza nella parte che ha accertato l'illegittimità della nota del 5 aprile 2012; illegittimità e/o erroneità della sentenza in relazione all'articolo 38, comma 1, lett. f), d.lgs n. 163 del 2006 e all'articolo 97 Cost.

5. S'è costituita in giudizio la Sud Engineering s.r.l. per resistere all'appello, del quale ha chiesto la reiezione.

6. Alla luce della richiesta congiunta di tutte le parti depositata il 30 marzo 2020, all'udienza del 9 aprile 2020 tenuta con le modalità di cui all'art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020, come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 2, d.l. n. 18 del 2020, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati.

DIRITTO

1. Col primo motivo di gravame l'appellante si duole dell'accoglimento della domanda d'accertamento dell'illegittimità del provvedimento *ex* art. 34, comma 3,

Cod. proc. amm. pur a fronte di corrispondente richiesta della ricorrente - finalizzata a una futura azione risarcitoria - formulata *ex novo* solo con memoria difensiva, in violazione del diritto di difesa e con estensione del *petitum* ritualmente prospettato.

Trenitalia deduce inoltre l'illegittimo accoglimento della domanda a fronte dell'improcedibilità di quella d'annullamento in conseguenza dell'omessa impugnazione del provvedimento d'aggiudicazione: l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento non potrebbe valere a sopperire alle mancanze processuali della parte, che nella specie ha perso interesse all'annullamento per effetto della propria condotta inerte in relazione alla sopraggiunta aggiudicazione.

1.1. Il motivo è infondato.

1.1.1. La richiesta d'accertamento dell'illegittimità del provvedimento amministrativo ai fini di successive azioni risarcitorie non configura una nuova domanda *stricto sensu*, tant'è che essa è esperibile direttamente in appello ai sensi dell'art. 104, comma 1, Cod. proc. amm. (cfr. Cons. Stato, V, 14.8.2017, n. 4001); si tratta piuttosto di una richiesta, o di una segnalazione d'interesse (Cons. Stato, IV, 18 maggio 2012, n. 2916) volta a stimolare - a fronte di un'originaria domanda d'annullamento, che includeva in sé una componente accertativa dell'illegittimità del provvedimento - il giudizio di legittimità in funzione d'una eventuale e (anche) successiva azione risarcitoria.

A tale riguardo, al di là dell'orientamento secondo il quale la conversione dell'azione potrebbe essere effettuata anche d'ufficio dal giudice, costituendo la domanda d'accertamento un *minus* rispetto a quella d'annullamento, ed essendo già contenuta in quest'ultima (Cons. Stato, V, 28 luglio 2014, n. 3997; in senso diverso, cfr. Cons. Stato, V, n. 4001 del 2017, cit.; cfr. anche Ad. Plen., n. 5 del 2014, in cui si evidenzia, in relazione al principio di cd. "continenza", che "*se è vero che l'accertamento è compreso nell'annullamento (il più comprende il meno), l'accertamento a fini*

risarcitori è qualcosa di più o comunque di diverso dalla domanda di annullamento”), è pacifico che non occorra ai fini dell’accertamento dell’illegittimità del provvedimento una domanda di risarcimento del danno formulata nell’ambito del medesimo giudizio, essendo ben sufficiente in proposito una mera richiesta di parte, avanzata in ogni tempo, espressiva dell’interesse a un accertamento strumentale alla pretesa risarcitoria anche futura (Cons. Stato, IV, 5 dicembre 2016, n. 5102; V, 24 luglio 2014, n. 3939; v. anche Cons. Stato, IV, 18 agosto 2017, n. 4033, secondo cui l’interessato ha “l’onere di allegare compiutamente i presupposti per la successiva proposizione dell’azione risarcitoria”; nello stesso senso Id., 28 dicembre 2012, n. 6703).

Nel caso di specie non v’è dubbio sulla sussistenza del presupposto suindicato, atteso che la Sud Engineering ha espressamente formulato richiesta d’accertamento dell’illegittimità del provvedimento con memoria in primo grado del 4 novembre 2016, esplicitando anche i profili di danno fondanti la responsabilità imputata a Trenitalia (cfr. memoria, pag. 7: *“il provvedimento impugnato deve considerarsi illegittimo e Codesto Collegio non potrà che accertarne e dichiararne l’illegittimità anche, e soprattutto, al fine di consentire alla ricorrente la possibilità di attivare un giudizio per risarcimento del danno, ingiustamente cagionatole, per mancata partecipazione alla procedura di pubblica evidenza oggetto di giudizio e ad altre successive”*).

Né può ritenersi che vi sia una lesione del diritto alla difesa di Trenitalia per il fatto che la richiesta sia stata avanzata solo con memoria difensiva, atteso che - come già posto in risalto - la manifestazione d’interesse all’accertamento dell’illegittimità del provvedimento, con impulso al relativo sindacato del giudice, può essere formulata in ogni tempo, né essa comporta un’estensione dell’originario *petitum*, che non investe in via immediata la richiesta di risarcimento del danno: l’accertamento sollecitato, circoscritto allo scrutinio di legittimità del provvedimento, è infatti di per sé ricompreso nell’originaria domanda caducatoria, e su di esso

l'amministrazione ha avuto ben modo di difendersi sin dall'origine, avendo peraltro nel caso di specie presentato anche memoria difensiva successiva alla richiesta d'accertamento avanzata dalla ricorrente (cfr. la memoria Trenitalia del 30 gennaio 2017). Di qui l'assenza della paventata violazione del diritto di difesa e la conseguente infondatezza anche del richiamo all'art. 105, comma 1, Cod. proc. amm.

Allo stesso modo, non è riscontrabile alcuna violazione del principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato di cui all'art. 112 Cod. proc. civ., atteso che l'accertamento di legittimità compiuto dai giudici di primo grado ha formato oggetto d'espressa richiesta della Sud Engineering, né occorre a tal fine una domanda sin dall'origine formulata in siffatti termini dall'interessata.

Non rileva, ancora, il disposto dell'art. 34 comma 2, Cod. proc. amm., in forza del quale *«il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'articolo 29»*: nel caso di specie il provvedimento non impugnato coincide con l'aggiudicazione, della quale la Sud Engineering infatti non si duole, e che non assume rilievo ai fini dell'accertamento dell'illegittimità del provvedimento lesivo censurato, mentre la nota espulsiva del 5 aprile 2012 è stata ben impugnata, salva la sopraggiunta improcedibilità della domanda caducatoria. D'altra parte lo stesso comma 2 fa salvo il disposto del successivo comma 3, sulla base del quale l'accertamento d'illegittimità invocato dalla Sud Engineering è stato qui svolto.

In tale contesto, l'omessa impugnativa del provvedimento conclusivo della procedura evidenziale - e, dunque, il mancato perseguimento diretto del bene della vita pregiudicato - potrebbe rilevare eventualmente in sede risarcitoria ai fini della determinazione dell'entità del danno imputabile all'amministrazione ai sensi dell'art. 30, comma 3, Cod. proc. amm., secondo i principi generali di cui all'art.

1227 Cod. civ.; ma non può impedire *sic et simpliciter* l'accertamento dell'illegittimità dell'atto lesivo per l'interessato.

A tal riguardo la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha affermato chiaramente che l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento può ben avvenire anche in caso di sopraggiunta improcedibilità per difetto d'interesse della domanda demolitoria, atteso che *“ai sensi dell'art. 34 comma 3, c.p.a. l'improcedibilità del ricorso di primo grado conseguente alla mancata tempestiva impugnazione di un provvedimento che modifichi l'assetto degli interessi in giuoco non fa venir meno l'interesse ad una decisione che dichiari ed accerti l'illegittimità del provvedimento impugnato, in vista della proposizione della autonoma domanda risarcitoria”* (Cons. Stato, V, 24 luglio 2014, n. 3957; IV, 16 giugno 2015, n. 2979; v, anche VI, 4 maggio 2018, n. 2651; IV, 13 marzo 2014, n. 1231).

Per tali ragioni il primo motivo d'appello è infondato e va respinto.

2. Col secondo motivo Trenitalia si duole della mancata declaratoria d'inammissibilità del ricorso di primo grado a fronte dell'omessa impugnazione delle delibere n. 391 e 392 del 22 dicembre 2011 con cui, revocando precedenti atti di aggiudicazione, Trenitalia aveva affermato il venir meno del rapporto fiduciario con l'odierna appellata.

Allo stesso modo, secondo l'appellante il ricorso sarebbe inammissibile in conseguenza della mancata impugnazione dell'avviso di gara nella parte in cui prevede la facoltà della stazione appaltante di escludere i concorrenti ritenuti inaffidabili (punto VI.3.11 dell'avviso).

2.1. Il motivo è infondato nel merito, ciò che consente di prescindere dalle eccezioni d'inammissibilità sollevate dall'appellata.

2.1.1. Sotto il primo profilo, le delibere di revoca invocate riguardano distinti affidamenti in favore della Sud Engineering, sicché il relativo effetto provvedimentale non può che risultare circoscritto all'azione amministrativa ivi esercitata, coincidente con la revoca di quelle diverse aggiudicazioni: tanto ciò è

vero che - come ben affermato dalla sentenza *in parte qua* - i dispositivi dei provvedimenti si esauriscono nel “*revoca[re...] l’aggiudicazione in premessa nei confronti della società Sud Engineering S.r.l.*”, in ciò esprimendo la loro lesività, senza per ciò dar luogo *ex se* ad alcuna interdittiva *pro futuro*: di qui la non necessità di loro impugnazione ai fini dell’ammissibilità del ricorso avverso il provvedimento oggetto del presente giudizio.

Sotto altro profilo, le delibere richiamate dal provvedimento d’esclusione rilevano qui nella loro qualità di antecedenti fattuali utili a fondare la motivazione d’inaffidabilità della Sud Engineering, ma non configurano atti presupposti funzionalmente inseriti nella sequenza procedimentale censurata dalla ricorrente; in tale contesto il provvedimento impugnato esprime una propria autonoma valutazione d’inaffidabilità dell’impresa che, pur fondandosi *per relationem* sulle precedenti risoluzioni (cfr. *infra*, § 3 ss.), è frutto d’un distinto apprezzamento e determinazione dell’amministrazione, certamente non qualificabile in termini meramente applicativi dei precedenti atti.

Alla luce di ciò, se l’omessa impugnativa degli atti richiamati può concorrere ai fini dell’apprezzamento in ordine all’elemento della pregressa negligenza od errore professionale dell’impresa - e, dunque, del vaglio sull’integrazione del presupposto escludente contestato - essa non vale di per sé a rendere inammissibile il ricorso avverso il provvedimento di mancata ammissione alla gara della Sud Engineering.

2.1.2. Del pari infondato è l’assunto secondo il quale il ricorso sarebbe inammissibile per omessa impugnativa della clausola *sub* punto VI.3.11 dell’avviso di gara, che prevede la facoltà dell’amministrazione di escludere i concorrenti per i quali secondo motivata valutazione della stazione appaltante “*non sussista adeguata affidabilità professionale in quanto risultino incorsi, nei tre anni antecedenti la data di pubblicazione del [...] bando di gara, nella risoluzione per inadempimento di contratti di appalto*

di lavori, servizi e forniture affidati da stazioni appaltanti di Trenitalia medesima nonché di altre Società del Gruppo FS”.

La disposizione dell'avviso costituisce espressione della causa d'esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. *f*), d.lgs. n. 163 del 2006 (in tal senso cfr. lo stesso atto di appello, pag. 16); perciò essa non costituisce autonoma fonte di pregiudizio nei confronti della ricorrente, la quale evoca profili di lesività e ragioni d'illegittimità attinenti al (distinto) provvedimento espulsivo.

La clausola escludente postula infatti la “*motivata valutazione*” della stazione appaltante per poter espellere il concorrente in ragione di precedenti risoluzioni contrattuali, e proprio su tale “*motivata valutazione*” si appuntano le critiche della ricorrente.

In tale contesto neppure rilevano le differenze lessicali fra il testo della clausola (che richiama precedenti “*risoluzion[i] per inadempimento*”) e il disposto di cui all'art. 38, comma 1, lett. *f*), d.lgs. n. 163 del 2006, le quali vanno lette e interpretate in termini di concordia e sovrapponibilità, pena altrimenti la nullità della clausola *ex art.* 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006 in quanto introduttiva d'una inammissibile causa di esclusione atipica (per la predilezione di un'interpretazione delle disposizioni di gara tale da preservarne la validità anziché renderle nulle, cfr. Cons. Stato, V, 28 febbraio 2020, n. 1451; 13 gennaio 2020, n. 270; 15 marzo 2016, n. 1024).

In tal senso si esprime del resto lo stesso provvedimento impugnato, che richiama al contempo l'art. 38, comma 1, lett. *f*), d.lgs. n. 163 del 2006 e il punto VI.3.11 dell'avviso ritenendo sovrapponibili e concordanti le due previsioni.

Di qui l'assenza di autonomi profili di lesività della clausola di gara, la cui omessa impugnazione non ha effetto preclusivo per il gravame avverso il provvedimento d'esclusione.

3. Con il terzo motivo l'appellante si duole dell'accoglimento del ricorso e, in specie, dell'affermata illegittimità del provvedimento di esclusione impugnato, atteso che i giudici di primo grado non avrebbero considerato che l'esclusione è stata adottata quando non v'era ancora la sentenza penale d'assoluzione in relazione ai fatti contestati, e comunque il provvedimento espulsivo si fondava su effettive violazioni e inadempimenti pregressi della Sud Engineering, confluiti negli atti di risoluzione, idonei a giustificare l'esclusione.

3.1. Il motivo è fondato, nei termini e per le ragioni che seguono.

3.1.1. Il provvedimento gravato è motivato nei seguenti termini: *“in conseguenza della risoluzione di precedenti rapporti contrattuali per inadempimento, risulta essersi configurata nei Vostri confronti la causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lettera f) del D.Lgs. 163/2006. Pertanto, secondo quanto previsto al punto VI.3.11 dell'Avviso di Gara, Codesta impresa non verrà ammessa alla gara”*.

Per quanto stringato, il provvedimento richiama chiaramente nella motivazione la *“risoluzione dei precedenti rapporti contrattuali per inadempimento”*: è questa la specifica ragione posta a fondamento della valutazione d'inaffidabilità della Sud Engineering, e cioè l'intervenuta risoluzione di pregressi rapporti con la stessa amministrazione.

Siffatta motivazione ha consentito alla Sud Engineering - a fronte dei rapporti già intrattenuti con Trenitalia, ben noti alla ricorrente - di comprendere e apprezzare (nonché censurare) le ragioni poste a fondamento del provvedimento (cfr. ricorso di primo grado, pag. 3 ss., ove è ricostruita la *“vicenda [...] richiamata nel provvedimento impugnato”* relativa alla cessazione di tre affidamenti in favore di Sud Engineering, e rispetto alla quale quest'ultima ha articolato i propri motivi di doglianza; v. anche la memoria di costituzione in appello, in cui si dà espressa evidenza che il provvedimento impugnato era stato adottato *“a causa delle descritte risoluzioni contrattuali”*, e cioè dei tre episodi indicati dalla stessa appellata, in ragione dei quali

“secondo Trenitalia [...] erano venuti meno [...] i requisiti di affidabilità di cui all’art. 38, comma 1, lett. f), del D.lgs. 163/2006, ai fini della partecipazione alla procedura di cui è causa”).

Le precedenti risoluzioni richiamate, su cui la stessa sentenza di primo grado si sofferma, riguardano le violazioni contestate alla Sud Engineering a fronte di un procedimento penale nel quale essa era stata coinvolta.

In particolare, con nota del 23 marzo 2011 Trenitalia risolveva il contratto n. 13478 del 7 agosto 2009 a fronte *“delle contestazioni mosse [...] da parte della Polizia Giudiziaria che [aveva] rilevato il mancato rispetto di norme previste dal contratto [...] che richiama espressamente al rispetto della legge vigente in materia di tutela dell’ambiente”*.

Detta risoluzione non risulta impugnata da parte della Sud Engineering, salva una mera lettera di contestazione.

La successiva (correlata) vicenda s’incentra sulle già citate delibere n. 391 e 392 del 22 dicembre 2011 con cui Trenitalia si richiamava alla precedente risoluzione contrattuale e dava conto delle indagini penali che coinvolgevano la società *“per reati ambientali commessi tra il 2009 e il 2010 proprio nell’ambito di un’attività di demolizione rotabili”*. In ragione di ciò l’amministrazione, *“in conoscenza di quanto sopra [...] riteneva venuto meno il vincolo fiduciario per l’affidamento di nuovi contratti - tanto più quando si tratti di contratti relativi a servizi di bonifica ed eventuale demolizione di rotabili, quali quelli che verrebbero stipulati nell’ambito dell’Accordo Quadro in questione - e”* reputava si fosse in tal modo *“configurata la causa ostativa di cui all’art. 38 comma 1 lettera f) del D.Lgs. 163/2006”*, deliberando perciò *“la revoca dell’aggiudicazione”*.

Come già posto in risalto, neanche tali atti di revoca venivano impugnati dalla Sud Engineering, salva l’istanza di riesame del 2 marzo 2012.

Nel quadro così delineato, la motivazione complessivamente formulata dall’amministrazione per ritenere integrata ai sensi della *lex specialis* e dell’art. 38,

comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006 la causa impeditiva alla partecipazione alla gara va ritenuta legittima e sufficiente a sorreggere il provvedimento censurato.

3.1.2. Va rilevato in proposito che, secondo consolidata giurisprudenza, l'integrazione della causa escludente di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006 (riguardante i soggetti che «secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara», oppure hanno commesso «un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante») può ben essere motivata per *relationem* mediante richiamo a precedenti risoluzioni per violazioni o inadempimenti del concorrente.

Come chiarito dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, infatti, “*ai fini dell'applicazione della causa di esclusione di cui all'art. 38 comma 1 lettera f), non occorre che sia accertata in modo irrefragabile la responsabilità contrattuale, essendo sufficiente ‘...la valutazione fatta dalla stessa Amministrazione con il richiamo per relationem all'atto con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto, aveva provveduto alla risoluzione per inadempimenti contrattuali’ (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078 e 21 gennaio 2011 n. 409)*” (Cons. Stato, IV, 11 luglio 2016, n. 3070; nello stesso senso, oltre alle pronunce richiamate dalla sentenza citata, cfr. *inter multis* Cons. Stato, III, 8 giugno 2016, n. 2450; IV, 31 maggio 2012, n. 3270; V, 27 gennaio 2010, n. 296; IV, 12 giugno 2007, n. 3092).

Nel caso di specie, peraltro, le vicende richiamate dal provvedimento escludente erano rilevanti e ben note alla Sud Engineering, che ha infatti avuto modo di difendersi al riguardo (v., da ultimo, le note d'udienza, pag. 11 s.), pur non avendo impugnato la risoluzione e le revoche disposte dall'amministrazione: anche sotto tale profilo, la motivazione può dunque ritenersi sufficiente e idonea a garantire il diritto di difesa dell'interessata.

Quanto suesposto vale a rendere adeguata la motivazione del provvedimento impugnato, che si fonda sulle determinazioni di scioglimento dei precedenti rapporti con l'amministrazione, in sé non impugnate, a fronte delle quali Trenitalia - richiamando espressamente l'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006 e il punto VI.3.11 dell'avviso di gara - giudicava insussistenti i (necessari) profili di adeguata affidabilità professionale della Sud Engineering nell'ambito della gara controversa (cfr., in tal senso, il suddetto punto VI.3.11 dell'avviso).

In proposito la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha chiarito che *“l'esclusione dalla gara d'appalto prevista dall'art. 38, comma 1, lett. f), d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 si fonda sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della p.a. fin dal momento genetico, con la conseguenza che, ai fini dell'esclusione di un concorrente, è sufficiente una motivata valutazione dell'Amministrazione in ordine alla 'grave negligenza o malafede' del concorrente, che abbia fatto ragionevolmente venir meno la fiducia nell'impresa. Questa valutazione esprime un potere discrezionale, che resta soggetto al controllo ed al sindacato giurisdizionale nei soli e consueti limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti”*. Compete infatti all'amministrazione *“l'individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente: onde il relativo il sindacato, propriamente incentrato sulla motivazione del rifiuto, va rigorosamente mantenuto sul piano della verifica estrinseca della non pretestuosità della operata valutazione degli elementi di fatto, senza attingere, per ritenere concretato il vizio di eccesso di potere, la logica intrinseca di vera e propria condivisibilità della valutazione”* (Cons. Stato, V, 17 settembre 2018, n. 5424; 21 gennaio 2020, n. 479; III, 9 gennaio 2020, n. 158); segnatamente, il *“potere discrezionale [...] deve valutare se il fatto pregresso abbia concretamente reso inaffidabile l'operatore economico con possibile pregiudizio dell'interesse pubblico connesso alla realizzazione, nella specie, di determinati servizi”* (Cons. Stato, VI, 14 agosto 2013, n. 4174).

3.1.3. Alla luce di ciò va riformata la sentenza nella parte in cui afferma l'illegittimità del provvedimento in quanto non adeguatamente motivato, nonché fondato su fatti ritenuti insussistenti con successiva sentenza penale assolutoria.

Come già posto in risalto, infatti, il provvedimento è motivato in ragione delle precedenti risoluzioni (*rectius*: risoluzione e revoche, come pacifico fra le parti) disposte dalla medesima stazione appaltante nei termini suindicati e non impugnate dalla Sud Engineering: il che può ben valere di per sé quale valida motivazione d'inaffidabilità nel quadro della discrezionalità valutativa riconosciuta all'amministrazione.

D'altra parte, le stesse valutazioni espresse da Trenitalia nell'ambito di tali atti di risoluzione richiamati sono da ritenersi ragionevoli e idonee a fondare il complessivo giudizio di non affidabilità posto a fondamento dell'esclusione dalla gara controversa.

Segnatamente, quanto alla risoluzione del contratto n. 13478, disposta con nota del 23 marzo 2011, risulta dagli atti che essa fu preceduta da apposita comunicazione del 10 agosto 2010 con cui Trenitalia, a fronte degli *“addebiti contestati dagli operatori di Polizia Giudiziaria”* poneva in risalto che *“il contratto di cui trattasi fa, in più parti, riferimento al rispetto delle Norme di tutela ambientale e, conseguentemente, alle modalità di intervento da parte dell'Appaltatore. Analoghe indicazioni sono, peraltro, ribadite nella documentazione tecnica e nel verbale di consegna delle aree”*.

In ragione di ciò l'amministrazione concludeva *“rimane[ndo] in attesa di conoscere gli sviluppi della vicenda e, ritenendo che ne [sussistessero] i presupposti, si riserva[va] di risolvere il contratto”*.

Con la nota di risoluzione Trenitalia dava seguito alla detta comunicazione ponendo nuovamente in risalto *“le contestazioni mosse [...] da parte della Polizia Giudiziaria che ha rilevato il mancato rispetto di norme previste dal contratto [...], che richiama espressamente al rispetto della legge vigente in materia di tutela dell'ambiente”*.

La medesima risoluzione è richiamata dalle successive delibere di revoca n. 391 e 392 del 2011, in cui si afferma che *“con l’impresa aggiudicataria è stato risolto un contratto in essere per grave inadempimento consistente nel mancato rispetto delle norme previste in materia di tutela ambientale da parte della Società Sud Engineering s.r.l.”*; le stesse delibere di revoca richiamano poi i *“reati ambientali commessi tra il 2009 ed il 2010 proprio nell’ambito di un’attività di demolizione rotabili”*, e valutano in ragione del quadro così emerso *“venuto meno il vincolo fiduciario per l’affidamento di nuovi contratti - tanto più quando si tratti di contratti relativi a servizi di bonifica ed eventuale demolizione di rotabili, quali quelli che verrebbero stipulati nell’ambito dell’Accordo Quadro in questione”*.

Quanto suindicato ben vale nel complesso a sostenere il giudizio d’inaffidabilità espresso dall’amministrazione nei confronti dell’odierna appellata.

In relazione ai fatti contestati, Trenitalia si richiamava infatti agli atti del procedimento penale, nell’ambito del quale erano state addebitate alla Sud Engineering diverse condotte consistenti proprio in violazioni di disposizioni del decreto legislativo n. 152 del 2006 in materia di tutela dell’ambiente, come emerge dall’originario decreto di sequestro preventivo disposto dall’autorità giudiziaria per tali fatti, oltreché dal coerente capo d’imputazione successivamente formulato con decreto di citazione diretta a giudizio del 15 novembre 2011.

Di tali elementi - confluiti all’epoca, come appena evidenziato, nella suddetta misura del sequestro preventivo, e successivamente nella citazione diretta a giudizio - l’amministrazione compiva uno specifico apprezzamento in funzione dei rapporti in essere con la Sud Engineering, valorizzando le contestazioni in termini di *“mancato rispetto di norme previste dal contratto [...], che richiama espressamente al rispetto della legge vigente in materia di tutela dell’ambiente”* (cfr. nota 23 marzo 2011); al riguardo l’amministrazione aveva del resto già rilevato che le violazioni contestate dagli inquirenti coincidevano con *“il mancato rispetto di norme che [...] sono indicate nel contratto tra [Sud Engineering] e Trenitalia”*, e aveva altresì *“osserva[to] che il*

contratto [...] fa, in più parti, esplicito riferimento al rispetto delle Norme di tutela ambientale e, conseguentemente, alle modalità di intervento da parte dell'Appaltatore", ciò che risulta anche dalla *"documentazione tecnica e [dal] verbale di consegna delle aree"* (cfr. nota del 10 agosto 2010).

Le successive revoche del 22 dicembre 2011 erano a loro volta motivate in ragione dei fatti di reato in danno dell'ambiente oggetto del medesimo procedimento penale, e della circostanza che *"con l'impresa aggiudicataria è stato risolto un contratto in essere per grave inadempimento consistente nel mancato rispetto delle norme previste in materia di tutela ambientale"*: il che conduceva Trenitalia a ritenere espressamente *"venuto meno il vincolo fiduciario per l'affidamento di nuovi contratti - tanto più quando si tratti di contratti relativi a servizi di bonifica ed eventuale demolizione di rotabili"*.

Ciò consente di ravvisare, da un lato, un apprezzamento sufficientemente autonomo e adeguato dei fatti contestati - nel contesto indiziario e procedimentale penale nel quale essi allora si collocavano - in funzione dei rapporti in essere con Trenitalia (cfr., al riguardo, Cons. Stato, n. 5424 del 2018, cit., in cui si pone in risalto, in termini generali, che *"non è dato pretendere dalla stazione appaltante un autonomo ed approfondito accertamento, per il quale difetterebbero oltretutto le necessarie competenze, delle circostanze emerse in sede penale"*, in ordine alle quali è necessaria e sufficiente l'indicazione della idoneità della fonte *"che, nella specie, è rappresentata dalla autorità giudiziaria"*, la verifica di *"pertinenza dei fatti"* al fine di dimostrare la negligenza o la mala fede del concorrente, il controllo di *"rilevanza degli stessi"*, anche sotto il profilo della consistenza e gravità, nonché la trasfusione delle valutazioni in un adeguato *"supporto motivazion[ale]"; dall'altro, un giudizio complessivo - qual è quello espresso con il provvedimento di mancata ammissione alla gara oggetto d'impugnazione e che qui rileva - che non può essere ritenuto illegittimo.*

Il richiamo a precedenti risoluzioni rimaste inoppugnate, le quali erano peraltro fondate a loro volta su fatti - contestati in sede penale in termini di violazione di norme a tutela dell'ambiente, sia in fase di sequestro preventivo che con successivo decreto di citazione diretta a giudizio - specificamente valorizzati dall'amministrazione in relazione ai rapporti di affidamento in essere, costituisce nel complesso motivazione non irragionevole o pretestuosa, che ben può valere a fondare il giudizio espulsivo formulato dall'amministrazione, in un contesto rimesso ad apprezzamento discrezionale della stessa stazione appaltante passibile di sindacato giurisdizionale solo se manifestamente illogico, irrazionale o erroneo in fatto.

3.1.4. In senso inverso non rileva neanche la successiva assoluzione disposta dal giudice penale in relazione agli addebiti formulati, atteso che lo scrutinio di legittimità del provvedimento amministrativo non può che avvenire avendo a riferimento la situazione di fatto e di diritto che all'amministrazione si prospetta al tempo della relativa adozione (cfr., in termini generali, Cons. Stato, IV, 4 dicembre 2017, n. 5711; 21 marzo 2016, n. 1126), e - nella specie - considerando che la valutazione di affidabilità dell'impresa è espressa in un preciso momento e contesto materiale, alla stregua del quale essa va apprezzata: per questo, così come non occorre, ai fini dell'integrazione della grave negligenza o del grave errore professionale, una pronuncia giudiziale di condanna passata in giudicato, allo stesso modo non può rilevare di per sé, in presenza di (non irragionevoli) elementi motivazionali d'inaffidabilità, l'eventuale successivo proscioglimento penale in favore dell'interessata (cfr. Cons. Stato, V, 20 novembre 2015, n. 5299; 11 giugno 2015, n. 4502).

Né rileva ancora la circostanza che, pur dopo i fatti posti a fondamento della risoluzione e delle revoche, Trenitalia prorogò alcuni altri contratti in essere con Sud Engineering: ciò non vale di per sé a obliterare e rendere illegittimo il giudizio

di non affidabilità per l'assegnazione *ex novo* di distinte commesse in favore dell'impresa, atteso che altro è la partecipazione alla gara per un nuovo affidamento, altro la prosecuzione di rapporti già in essere e nell'ambito dei quali non siano stati rilevati specifici inadempimenti (cfr. in proposito, tra l'altro, la nota del 27 gennaio 2011, in cui si poneva in risalto, ai fini della proroga disposta, la rilevanza delle prestazioni affidate, “*condizionanti la regolarità organizzativa riferibile all'esercizio ferroviario*”, tali da “*non p[oter] subire interruzioni*”).

3.1.5. Per quanto suesposto la ritenuta sussistenza della causa ostativa di cui all'art. 38, comma 1, lett. *f*), d.lgs. n. 163 del 2006 ai fini della partecipazione alla gara controversa e il provvedimento impeditivo oggetto d'impugnazione non possono essere ritenuti illegittimi.

Di qui la fondatezza delle ragioni di doglianza proposte dall'appellante.

4. In conclusione, per i suindicati motivi, l'appello risulta fondato e va accolto, con conseguente riforma della sentenza e rigetto del ricorso di primo grado in relazione alla domanda - qui controversa - d'accertamento dell'illegittimità del provvedimento amministrativo impugnato.

4.1. La particolarità e complessità della vicenda giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, respinge la domanda di accertamento dell'illegittimità del provvedimento gravato proposta in primo grado.

Compensa integralmente le spese di lite fra le parti.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 9 aprile 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO