

Le gravi carenze esecutive di un precedente contratto e la motivazione che la stazione appaltante deve fornire in ordine alla gravità della violazione ai fini dell'esclusione da una procedura di gara

di Christian Longo

Data di pubblicazione: 7-8-2020

1.L'art. 80, comma 5, lett c-ter) prevede, quale distinta fattispecie di esclusione, le gravi carenze esecutive che abbiano causato la risoluzione per inadempimento di un precedente contratto di appalto, senza richiedere la definitività di quest'ultima (cioè la non contestazione da parte dell'appaltatore o la conferma giudiziale della risoluzione), come era nel testo originario dell'art. 80, comma 5, lett. c). Tuttavia la modifica non consente di prescindere da un provvedimento di risoluzione contrattuale riferito al precedente contratto di appalto, dal momento che la stazione appaltante, pur nell'esercizio di poteri di autotutela contrattuale, ha l'onere di manifestare formalmente la propria determinazione di risoluzione del contratto nei confronti dell'appaltatore, al fine di dare conto in via definitiva delle carenze esecutive riscontrate ed, ove preceduta da diffida ad adempiere, al fine di far constare l'inutile decorso del termine assegnato per l'adempimento.

Guida alla lettura

L'art. 80, comma 5, lett c-ter) stabilisce che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora lo stesso operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa.

L'interessamento dell'autorevole Sez. V del Consiglio di Stato deriva dal ricorso proposto da Trenitalia S.p.A. per la riforma della sentenza breve emessa dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 12274/2019.

In particolare, Ferrovial s.r.l. è stata esclusa dalla procedura di gara, lotto 4, per l'affidamento del servizio di verniciatura, pellicolatura, antigraffiti, fornitura e posa in opera dei pittogrammi, loghi e cartelli monitori sull'esterno delle casse di n. 36 Aln663 /668 (R.G-R3), n. 1 D214, n. 16 D245/255, n. 2 D145, n. 2 D146, n. 36 D345/D445 (RO-R2 Sp), poiché, per un precedente appalto, è intervenuta risoluzione del contratto, "per fatto e colpa dell'Appaltatore", stante il contestato deterioramento della pellicolatura, a suo tempo applicata da Ferrovial sui rotabili

oggetto di quell'appalto.

E' utile rilevare che, nella *lex specialis* era prescritto in capo a Trenitalia "la facoltà di escludere i concorrenti per i quali – secondo propria valutazione – non sussista adeguata affidabilità professionale in quanto risultano essere incorsi nell'ultimo triennio: a) 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 FSI".

Il Tribunale amministrativo regionale, a seguito di un ricorso promosso da Ferrovial, decidendo con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 Cod. proc. amm., ha ritenuto l'illegittimità dell'atto di esclusione, sotto il profilo del lamentato difetto di un'idonea motivazione, non avendo la stazione appaltante adeguatamente argomentato, come invece prescritto dalla lettera c-ter) dell'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016.

Ciò in considerazione del fatto che, si legge nella sentenza del Giudice di primo grado, non sono presenti tra gli atti prodotti da Trenitalia atti negoziali qualificabili come "atti di risoluzione contrattuale", in quanto è stato prodotto soltanto un atto di diffida all'esecuzione delle riparazioni afferenti al precedente appalto (diffida immediatamente contestata da Ferrovial); tantomeno sono state allegare pronunce giudiziali che abbiano accertato una risoluzione contrattuale imputabile alla ricorrente, il che induce ad escludere l'applicabilità della summenzionata clausola della "lex specialis" la quale letteralmente richiede la "risoluzione per inadempimento di contratti di appalto di lavori, servizi e forniture affidati da stazioni appaltanti di Trenitalia".

Prima di analizzare compiutamente la questione posta all'esame del Consiglio di Stato, risulta interessante esaminare – seppur brevemente – i dettami propri dell'art. 80, comma 5, lettera c-ter del Codice dei Contratti Pubblici, proponendo un richiamo alla medesima Sezione del Consiglio di Stato, che con sentenza (Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2017, n. 1955), ha spiegato che: "l'art. 80, comma 5, lett. c), consente alle stazioni appaltanti di escludere i concorrenti ad una procedura di affidamento di contratti pubblici in presenza di «gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la propria integrità o affidabilità», con la precisazione che in tali ipotesi rientrano, tra l'altro, «significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata», le quali non siano contestate in giudizio dall'appaltatore privato o sia stata «confermata all'esito di un giudizio»."

Sul punto, sia consentito richiamare quanto già ricordato in un altro scritto (C. Longo, *La funzione di vigilanza "collaborativa" nel settore dei Contratti Pubblici*, Tangram Edizioni Scientifiche, Trento, 2019) in cui è stata proposta l'evoluzione della previgente normativa che regolava gli appalti pubblici di servizi. In particolare, l'art. 12, comma primo, lett. c) dell'abrogato d.lgs. n. 157/1995 stabiliva l'esclusione dalla gara dei concorrenti che "nell'esercizio della propria attività professionale hanno commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice". La disposizione veniva reiterata dell'art. 29, paragrafo 1, lett. d, della direttiva 92/50/CEE che assumeva a riferimento "gravi violazioni dei doveri professionali".

Il Consiglio di Stato (Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2007 n. 2245), in merito all'interpretazione dell'articolo 12 richiamato, sottolineava che «L'art. 12, comma primo, lett. c) del d.lgs. n. 157/1995 è disposizione che assume a riferimento indistintamente tutta la precedente "attività professionale" della impresa che aspira all'affidamento del servizio ed eleva ad elemento sintomatico della perdita del requisito di affidabilità e capacità professionale l'essere incorsa in precedenti rapporti contrattuali in errori ed inadempienze caratterizzati dalla gravità ed influenti sull'idoneità dell'impresa a fornire prestazioni che soddisfino gli interessi di rilievo pubblico perseguiti dall'ente committente».

Da ciò si desume chiaramente come sia pacifica la giurisprudenza in materia e in particolare la Sezione V del Consiglio di Stato, poiché viene attribuito risalto a due aspetti: da un lato, l'effettiva affidabilità dell'operatore economico, possibile contrante; dall'altro, l'operato della Stazione Appaltante che dovrà necessariamente dimostrare, nell'ambito della propria discrezionalità, che l'eventuale errore o inadempienze contrattuali, anche riferite alla gravità degli stessi, da parte dell'O.E. per un precedente appalto possa concretamente essere rilevante ai fini della procedura di gara in essere.

Venendo al caso in esame, il Consiglio di Stato non entra nel merito della questione ma sottolinea, in particolare, che "Il primo giudice non si è occupato della verifica della sussistenza e della gravità delle denunciate carenze nell'esecuzione del precedente contratto da parte di Ferrovial, ma soltanto della motivazione fornita dalla stazione appaltante in merito a tali circostanze nel provvedimento di esclusione impugnato, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter), del d.lgs. n. 50 del 2016, tenuto conto inoltre della specifica previsione della legge di gara, posta a fondamento dell'esclusione della concorrente".

L'esclusione è stata disposta dal RUP, con apposita determinazione in considerazione dell'analogia del servizio in affidamento con quello oggetto del contratto risolto, posto che permanevano per la Stazione Appaltante "i presupposti per la ritenuta non affidabilità professionale della FERROVIAL S.r.l.". Attraverso tale provvedimento, si

Ricordando i propositi della norma in esame, risulta importante chiarire che, ai fini della carenza nell'esecuzione di un precedente contratto d'appalto, la S.A. deve motivare:

- 1) Con riferimento al tempo trascorso dalla violazione;
- 2) Con riferimento alla gravità della stessa.

In merito, il Consiglio di Stato ha rilevato un difetto di motivazione da parte della S.A. In particolare, la motivazione sulla gravità delle "significative e persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto" che ne hanno causato la risoluzione, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter), non può limitarsi a dare conto di tali carenze ma deve essere adeguata a sorreggere, sotto il profilo sostanziale, la valutazione di gravità effettuata dalla stazione appaltante e quindi il giudizio di definitiva compromissione del rapporto fiduciario con l'appaltatore, ostativo alla sua partecipazione alla gara successiva. La motivazione che la stazione appaltante deve fornire in ordine alla gravità della violazione ai fini dell'esclusione dalla procedura di gara (oltre che al "tempo trascorso dalla stessa") non consiste tanto

nella ripetizione (o addirittura nel rafforzamento), nel procedimento amministrativo di scelta del contraente per l'affidamento di un diverso appalto, degli argomenti posti a fondamento della risoluzione del precedente contratto, bensì nella valutazione della (già riscontrata e contestata) gravità delle violazioni precedenti, in rapporto alla fiducia riposta nell'appaltatore ed alle conseguenze della compromissione del rapporto fiduciario riguardo all'appalto da affidare.

Inoltre, non è emerso durante il giudizio alcuna prova in merito ad un apposito provvedimento di risoluzione anticipata del contratto per inadempimento dell'operatore economico.

Infatti, spiega la Sez. V del Consiglio di Stato che, “sebbene nel provvedimento impugnato si faccia riferimento alla risoluzione del contratto n. 1473 del 2 maggio 2015 per fatto e colpa dell'appaltatore, non è stata smentita, in punto di fatto, la constatazione del primo giudice circa la mancata adozione, da parte della stazione appaltante, di un provvedimento di risoluzione contrattuale che abbia fatto seguito all'inutile decorso del termine assegnato con la diffida del 20 ottobre 2018”.

In proposito, per rappresentare ancora meglio i fatti, si precisa che, Trenitalia, a seguito della diffida del 20 ottobre 2018, ha rilevato che è intervenuta la risoluzione di diritto ai sensi dell'art. 1454 cod. civ., per inutile decorso del termine assegnato con quest'ultima, senza che possa rilevare che Ferrovial avesse contestato tale diffida ovvero che non sia intervenuta una pronuncia giudiziale di accertamento della risoluzione contrattuale.

Tale precisazione promossa dalla S.A. non è stata condivisa dalla Sez. V del Consiglio di Stato. Infatti, il Giudice ha sottolineato che “La risoluzione del contratto di appalto affidato a seguito di procedura ad evidenza pubblica va dichiarata dalla stazione appaltante con apposito provvedimento, da adottarsi da parte degli organi competenti secondo il rispettivo ordinamento, attualmente ai sensi dell'art. 108 del d.lgs. n. 50 del 2016 e, nel vigore del d.lgs. n. 163 del 2006, ai sensi dell'art.136 (che si sarebbe dovuto applicare al contratto stipulato nel 2015)”.

Ciò posto, il Giudice chiarisce che “l'originaria lett. c) dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, esemplificando i gravi illeciti professionali rilevanti ai fini dell'esclusione, includeva tra questi ultimi “le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio [...]”. A seguito delle modifiche apportate all'art. 80, comma 5, da ultimo con l'art. 5 del d.l. 14 dicembre 2018, convertito dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, è stata introdotta, tra l'altro, la menzionata lettera c-ter), che prevede, quale distinta fattispecie di esclusione, le gravi carenze esecutive che abbiano causato la risoluzione per inadempimento di un precedente contratto di appalto, senza richiedere la definitività di quest'ultima (cioè la non contestazione da parte dell'appaltatore o la conferma giudiziale della risoluzione), come era nel testo originario dell'art. 80, comma 5, lett. c). Tuttavia la modifica non consente di prescindere da un provvedimento di risoluzione contrattuale riferito al precedente contratto di appalto, dal momento che la stazione appaltante, pur nell'esercizio di poteri di autotutela contrattuale, ha l'onere di manifestare formalmente la propria determinazione di risoluzione del contratto nei confronti dell'appaltatore, al fine di dare conto in via definitiva delle carenze esecutive riscontrate ed, ove preceduta da diffida ad adempiere,

al fine di far constare l'inutile decorso del termine assegnato per l'adempimento".

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 10234 del 2019, proposto da Trenitalia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Crisci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Giuseppe Verdi, 8.

contro

Ferrovial s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Campagnola, Monica Galano, Giuseppe Fiengo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

per la riforma della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 12274/2019, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ferrovial s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2020 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Crisci e Galano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha accolto il ricorso proposto dalla società Ferrovial s.r.l. contro Trenitalia s.p.a. per

l'annullamento della propria esclusione dalla procedura di gara, lotto 4, per l'affidamento del servizio di verniciatura, pellicolatura, antigraffiti, fornitura e posa in opera dei pittogrammi, loghi e cartelli monitori sull'esterno delle casse di n. 36 Aln663 /668 (R.G-R3), n. 1 D214, n. 16 D245/255, n. 2 D145, n. 2 D146, n. 36 D345/D445 (RO-R2 Sp) per l'importo complessivo presunto pari a € 215.600,00, oltre costi della sicurezza, con l'opzione delle medesime attività fino a n. 18 Aln663/668 (RG-R3), n. 1 D214, n. 2 D245/255, n. 1 D145, n. 1 D146, n. 18 D345 /D445 (RO-R2 Sp) e fino al raggiungimento dell'importo complessivo presunto pari a € 108.100,00, oltre costi della sicurezza, da eseguire presso lo stabilimento dell'OMCL Rimini.

1.1. Il gravato provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara, per significativa carenza nell'esecuzione di un precedente appalto, ai sensi del punto VI.3, n. 9, lett. a) del bando, era motivato mediante il riferimento alla pregressa risoluzione del contratto n. 1473 del 2 marzo 2015, di analogo contenuto e sempre affidato da Trenitalia, "*per fatto e colpa dell'Appaltatore*", stante il contestato deterioramento della pellicolatura, a suo tempo applicata da Ferrovial sui rotabili oggetto di quell'appalto.

1.2. Il Tribunale amministrativo regionale, decidendo con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 Cod. proc. amm., ha ritenuto l'illegittimità dell'atto di esclusione, sotto il profilo del lamentato difetto di un'idonea motivazione, non avendo la stazione appaltante adeguatamente argomentato, come invece prescritto dalla lettera c-ter) dell'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, né in merito alla "gravità della violazione", né con riguardo al "tempo trascorso dalla violazione", atteso che:

- quanto al primo aspetto, gli interventi di riparazione richiesti dalla S.A., per l'esatta esecuzione del precedente contratto (con atto di diffida del 20.10.2018), riguardavano in realtà soltanto pochi rotabili (6 carrozze delle 184 che erano state oggetto del servizio già completato), per un valore economico degli interventi richiesti pari a poche migliaia di euro, a fronte di una prestazione contrattuale (completata) dell'importo di Euro 897.405,34;

- quanto al secondo, i ripristini richiesti rientravano nell'ambito di applicazione di una clausola contrattuale di garanzia della durata di 24 mesi (art. 6 bis del contratto), tempo ampiamente decorso al momento della diffida di Trenitalia, mentre anche su questo aspetto mancava nella motivazione del provvedimento impugnato una presa di posizione della S.A.

1.3. Constatato inoltre che non erano presenti nella produzione in giudizio di Trenitalia atti negoziali qualificabili come "*atti di risoluzione contrattuale*" (in quanto era stato prodotto soltanto un atto di diffida, contestato da Ferrovial, per l'esecuzione delle riparazioni afferenti al precedente appalto) e che non erano state allegate pronunce giudiziali di risoluzione, il primo giudice ha escluso l'applicabilità della clausola della *lex specialis* posta a fondamento dell'esclusione, la quale letteralmente richiedeva la "*risoluzione per inadempimento di contratti di appalto di lavori, servizi e forniture affidati da stazioni appaltanti di Trenitalia*".

1.4. Il ricorso è stato perciò accolto e, per l'effetto, il provvedimento di esclusione dalla gara della Ferrovial è stato annullato, con compensazione delle spese giudiziali.

2. Trenitalia ha avanzato appello con quattro motivi; Ferrovial si è costituita per resistere

all'appello.

2.1. Entrambe hanno depositato memorie ex art. 73 Cod. proc. amm. e Ferrovial anche memoria di replica.

2.2. Trenitalia ha depositato istanza di discussione orale, mediante collegamento da remoto, ai sensi dell'art.4 del decreto legge n. 28 del 2020, accolta con decreto presidenziale, regolarmente comunicato alla controparte.

In data 11 giugno 2020 la causa è passata in decisione, previa discussione ai sensi della disposizione richiamata, ed è stata deliberata in camera di consiglio ai sensi dell'art. 84, comma 6, del decreto legge n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020.

3. I motivi di appello vanno trattati congiuntamente poiché pongono questioni connesse.

3.1. Col primo motivo (*error in procedendo – illegittimità e/o erroneità della sentenza in relazione all'articolo 8, comma 1 cpa – travalicamento e/o sconfinamento in ambito di accertamento incidentale - violazione e/o erronea valutazione di un punto controverso della lite in relazione all'articolo 80, comma 5 lett. c-ter) ed articolo 83, comma 8 d.lgs. 50 del 2016 nonché dell'articolo 97 cost. – travisamento -perplexità – ingiustizia manifesta*), l'appellante sostiene che il Tribunale amministrativo regionale avrebbe travalicato i limiti di accertamento della propria sfera giurisdizionale, non essendosi limitato al sindacato sulla legittimità del provvedimento di esclusione, ma avendo svolto un vero e proprio accertamento in merito alla risoluzione del contratto n. 1473 del 2015.

3.2. Col secondo motivo (*error in procedendo – illegittimità e/o erroneità della sentenza per violazione degli articoli 60 e 120 cpa –violazione degli articoli 24 e 111 costituzione in relazione all'adozione di una "sentenza in forma semplificata" - violazione del principio di effettività processuale – travisamento -perplexità – ingiustizia manifesta.*), l'appellante sostiene che il Tribunale amministrativo regionale ha deciso con sentenza in forma semplificata pur non sussistendo i presupposti dell'art. 60 Cod. proc. amm., per incompletezza dell'istruttoria.

3.3. Col terzo motivo (*error in iudicando - violazione ed errata valutazione di un punto controverso della lite - illegittimità e/o erroneità della sentenza in relazione all'articolo 80, comma 5 lett. c-ter) ed articolo 83, comma 8 d.lgs. 50 del 2016 nonché dell'articolo 97 cost. – illegittimità e/o erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar Lazio Roma ha ritenuto l'illegittimità della delibera di esclusione per carenza di motivazione in relazione alla "gravità" ed al "tempo trascorso" della violazione – travisamento -perplexità – ingiustizia manifesta.*), l'appellante censura le valutazioni del primo giudice in merito all'insufficienza della motivazione del provvedimento impugnato in punto di gravità del pregresso inadempimento (sia perché, ad avviso dell'appellante, la significativa portata delle carenze esecutive sarebbe emersa compiutamente dalla diffida ad adempiere del 20 ottobre 2018, sia perché, nel dare riscontro a quest'ultima, Ferrovial aveva lamentato la mancanza dei presupposti per l'attivazione della garanzia di buon funzionamento, mentre Trenitalia obietta di aver attivato la diversa garanzia del materiale, che avrebbe garantito una durata minima delle pellicole pari ad

almeno 72 mesi). L'appellante aggiunge che il danno arrecato alla stazione appaltante dal contestato inadempimento di Ferrovial avrebbe investito l'intera fornitura del materiale utilizzato nel precedente appalto, con la conseguenza che Trenitalia sarebbe stata costretta a riaffidare il servizio di pellicolatura ad altro operatore economico per ripristinare le parti deteriorate e procedere ad integrale ripellicolatura dei convogli E464 con ulteriori aggravii di costi, senza contare la possibilità che anche altri convogli avrebbero potuto essere interessati da analogo difetto. Di qui la legittimità dell'esclusione, per la ritenuta non affidabilità professionale della Ferrovial, tenuto conto del fatto che il servizio in affidamento sarebbe del tutto *analogo* a quello oggetto del contratto risolto.

3.4. Col quarto motivo (*error in iudicando - violazione ed errata valutazione di un punto controverso della lite - illegittimità e/o erroneità della sentenza in relazione all'articolo 80, comma 5 lett. c-ter) ed articolo 83, comma 8 d.lgs. 50 del 2016 nonché dell'articolo 97 cost. – illegittimità e/o erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar Lazio Roma ha ritenuto l'illegittimità della delibera di esclusione in relazione alla assenza di “atti di risoluzione contrattuale” e/o “pronunce giudiziali” di accertamento dell'inadempimento contrattuale” – travisamento -perplexità – ingiustizia manifesta.*), Trenitalia censura la sentenza nella parte in cui ha ritenuto che la stazione appaltante non avesse adottato alcun formale provvedimento di risoluzione del precedente contratto. A detta dell'appellante, invece, a seguito della diffida del 20 ottobre 2018, sarebbe intervenuta la risoluzione di diritto ai sensi dell'art. 1454 cod. civ., per inutile decorso del termine assegnato con quest'ultima, senza che possa rilevare che Ferrovial avesse contestato tale diffida ovvero che non sia intervenuta una pronuncia giudiziale di accertamento della risoluzione contrattuale. Viene citata, a sostegno del motivo di gravame, la decisione della Corte di Giustizia in causa C-41/2018, pronunciata a seguito di rinvio pregiudiziale del Tribunale amministrativo per la Campania, riguardante l'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016.

4. I motivi non sono fondati.

Va evidenziata la contraddittorietà delle argomentazioni poste da Trenitalia a sostegno, rispettivamente, del primo e del secondo motivo, atteso che -come rilevato da Ferrovial- l'appellante prima denuncia uno sconfinamento del Tribunale amministrativo regionale nella giurisdizione del giudice ordinario riguardo alle ragioni di risoluzione del contratto del 2015 e poi afferma che le relative valutazioni avrebbero richiesto, nel presente giudizio, un approfondimento istruttorio in sede di merito, rimasto precluso dalla scelta della sentenza semplificata.

4.1. Fermo restando che è rimesso al giudice ordinario, dinanzi al quale pende il processo civile di risoluzione contrattuale, ogni accertamento in merito alla sussistenza ed alla gravità dell'inadempimento dell'appaltatore, va escluso che nel presente giudizio siano stati superati i limiti del sindacato giurisdizionale amministrativo. Il primo giudice non si è occupato della verifica della sussistenza e della gravità delle denunciate carenze nell'esecuzione del precedente contratto da parte di Ferrovial, ma soltanto della motivazione fornita dalla stazione appaltante in merito a tali circostanze nel provvedimento di esclusione impugnato, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter), del d.lgs. n. 50 del 2016, tenuto conto inoltre della specifica previsione della legge di gara, posta a fondamento dell'esclusione della concorrente.

Il primo motivo di gravame va quindi respinto.

4.2. Per ragioni correlate va respinto altresì il secondo motivo.

Nessuna ulteriore attività istruttoria sarebbe stata necessaria in primo grado -con riferimento allo svolgimento ed alla conclusione del rapporto contrattuale intercorso fra Trenitalia e Ferrovial - dal momento che il presente giudizio ha ad oggetto la determinazione di esclusione dalla gara come presa dalla stazione appaltante, senza che rilevino, per il relativo sindacato giurisdizionale di legittimità, gli aspetti del pregresso rapporto contrattuale che non abbiano trovato riscontro nella motivazione del provvedimento impugnato.

4.3. Quest'ultimo, adottato con delibera n. 370 del 7 agosto 2019, si fonda, oltre che sull'art. 80, comma 5, lett. c-ter, del d.lgs. n. 50 del 2016, sulla clausola del bando di cui al paragrafo VI.3, punto 9, con la quale Trenitalia si è riservata *“la facoltà di escludere i concorrenti per i quali – secondo propria valutazione – non sussista adeguata affidabilità professionale in quanto risultano essere incorsi nell'ultimo triennio:*

a) 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 FSI;

b) nella mancata presa in consegna, per proprio fatto e colpa, di lavori, forniture o servizi affidati da Trenitalia o da altra Società del Gruppo FSI;

c) nella dichiarata non collaudabilità di lavori, servizi e forniture oggetto di un contratto stipulato con Trenitalia o altra Società del Gruppo FSI;

d) nella violazione, nel corso dell'esecuzione di precedenti contratti ovvero in occasione della partecipazione a precedenti procedure di gara, di una qualsiasi delle norme contenute nel Codice Etico del Gruppo FSI, accertata con qualsiasi mezzo di prova da parte di Trenitalia medesima”.

All'esito della seduta del 7 agosto 2019, la commissione di gara, per quanto risulta dal verbale, ha ritenuto che Ferrovial dovesse essere esclusa dalla procedura in quanto *“- con contratto rubrica 1473 del 2 maggio 2015 Trenitalia affidava alla FERROVIAL S.r.l. il Servizio di pellicolatura, applicazione nuove livree, verniciatura e ripristino decoro su n. 577 rotabili della Divisione Passeggeri Regionale di Liguria e Toscana, avente caratteristiche analoghe a quelle della procedura in epigrafe;*

- eseguita la prestazione, sui rotabili immessi in esercizio venivano riscontrati diversi casi di instabilità e deterioramento della pellicolatura installata dall'appaltatore che perdeva aderenza nel corso dei servizi;

- invitata con diffida trasmessa a mezzo pec in data 20 ottobre 2018 ad intervenire per il ripristino delle criticità rilevate, Ferrovial non adempiva a quanto richiesto;

- conseguentemente Trenitalia si vedeva costretta a risolvere il contratto n. 1473 del 2 maggio

2015 per fatto e colpa dell'Appaltatore [...].

L'esclusione era quindi disposta dal RUP, con la determinazione predetta, comunicata l'8 agosto 2019, in considerazione dell'analogia del servizio in affidamento con quello oggetto del contratto risolto, posto che permanevano per la Stazione Appaltante "*i presupposti per la ritenuta non affidabilità professionale della FERROVIAL S.r.l.*".

4.3.1. Sebbene nel provvedimento impugnato si faccia riferimento alla risoluzione del contratto n. 1473 del 2 maggio 2015 per fatto e colpa dell'appaltatore, non è stata smentita, in punto di fatto, la constatazione del primo giudice circa la mancata adozione, da parte della stazione appaltante, di un provvedimento di risoluzione contrattuale che abbia fatto seguito all'inutile decorso del termine assegnato con la diffida del 20 ottobre 2018.

Quanto dedotto col quarto motivo d'appello circa l'operatività della risoluzione di diritto ai sensi dell'art. 1454 cod. civ., pur se condivisibile riguardo agli effetti sul contratto, e sul rapporto, previsti dal terzo comma di tale disposizione, non è utile ai fini della riconducibilità del caso di specie alla fattispecie di risoluzione contemplata nel bando di gara e nell'art.80, lett. c-ter, del d.lgs. n. 50 del 2016.

La risoluzione del contratto di appalto affidato a seguito di procedura ad evidenza pubblica va dichiarata dalla stazione appaltante con apposito provvedimento, da adottarsi da parte degli organi competenti secondo il rispettivo ordinamento, attualmente ai sensi dell'art. 108 del d.lgs. n. 50 del 2016 e, nel vigore del d.lgs. n. 163 del 2006, ai sensi dell'art.136 (che si sarebbe dovuto applicare al contratto stipulato nel 2015).

Il riferimento alla risoluzione per inadempimento, contenuto nell'art. 80, comma 5, lett. c-ter, del d.lgs. n. 50 del 2016 è stato infatti riprodotto -per la gara *de qua*- nella clausola del bando di cui al paragrafo VI.3, punto 9, lett. a), con la quale Trenitalia si è riservata "*la facoltà di escludere i concorrenti per i quali – secondo propria valutazione – non sussista adeguata affidabilità professionale in quanto risultano essere incorsi nell'ultimo triennio:*

a) 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 FSI [...]".

Orbene, l'originaria lett. c) dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, esemplificando *i gravi illeciti professionali* rilevanti ai fini dell'esclusione, includeva tra questi ultimi "*le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio [...]*".

A seguito delle modifiche apportate all'art. 80, comma 5, da ultimo con l'art. 5 del d.l. 14 dicembre 2018, convertito dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, è stata introdotta, tra l'altro, la menzionata lettera c-ter), che prevede, quale distinta fattispecie di esclusione, le gravi carenze esecutive che abbiano causato la risoluzione per inadempimento di un precedente contratto di appalto, senza richiedere la definitività di quest'ultima (cioè la non contestazione da parte dell'appaltatore o la conferma giudiziale della risoluzione), come era nel testo originario

dell'art. 80, comma 5, lett. c).

Tuttavia la modifica non consente di prescindere da un provvedimento di risoluzione contrattuale riferito al precedente contratto di appalto, dal momento che la stazione appaltante, pur nell'esercizio di poteri di autotutela contrattuale, ha l'onere di manifestare formalmente la propria determinazione di risoluzione del contratto nei confronti dell'appaltatore, al fine di dare conto in via definitiva delle carenze esecutive riscontrate ed, ove preceduta da diffida ad adempiere, al fine di far constare l'inutile decorso del termine assegnato per l'adempimento.

4.3.2. Non giova in senso contrario il richiamo della sentenza della Corte di Giustizia, sezione IV, 19 giugno 2019, in causa C-41/18, afferente la questione della sussistenza del potere discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice in caso di contestazione in giudizio di una precedente risoluzione contrattuale.

La Corte di Giustizia ha escluso che il potere discrezionale che l'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 conferisce all'amministrazione aggiudicatrice possa essere *“paralizzato dalla semplice proposizione da parte di un candidato o di un offerente di un ricorso diretto contro la risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico di cui era firmatario, quand'anche il suo comportamento sia risultato tanto carente da giustificare tale risoluzione”* ed ha dichiarato che *“l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblica assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce”*.

Tuttavia proprio tale questione era stata superata, nelle more del giudizio di rinvio dinanzi alla Corte di Giustizia, dalla detta modifica dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, con l'aggiunta della lettera c-ter) che, appunto presupponendo il potere discrezionale invocato in giudizio da Trenitalia (mediante l'oramai superflua citazione giurisprudenziale), impone alla stazione appaltante di motivare in riferimento all'esercizio della propria discrezionalità nell'adottare il provvedimento di esclusione. Siffatto potere discrezionale presuppone comunque la precedente adozione di un provvedimento di risoluzione contrattuale per inadempimento, cui riferire la successiva esclusione per le relative carenze esecutive ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter, laddove invece l'amministrazione può prescindere da tale presupposto ove ritenga di escludere il concorrente dimostrando *“con mezzi adeguati”* che l'operatore economico si è reso colpevole di *“gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità e affidabilità”* (ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c, nel testo attualmente vigente).

4.3.3. Nel caso di specie, in disparte il richiamo effettuato all'art. 80, comma 5, *lett. c-ter* (e non *lett. c*), del d.lgs. n. 50 del 2016, il provvedimento di risoluzione contrattuale sarebbe stato necessario, come affermato dal primo giudice, in applicazione della clausola del bando di gara con la quale Trenitalia si era espressamente riservata la facoltà di escludere i concorrenti per i quali – secondo propria valutazione– non sussistesse adeguata affidabilità professionale in

quanto risultavano essere incorsi nell'ultimo triennio, tra l'altro, 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 FSI (paragrafo VI.3, punto 9, lett. a)

In tanto la previsione della legge di gara assume l'autonoma rilevanza sostenuta da Trenitalia in quanto la si interpreti, come ritenuto in sentenza, come facoltà riservatasi dalla stazione appaltante di esprimere la propria valutazione di inaffidabilità del concorrente mediante rinvio alla motivazione del provvedimento di risoluzione adottato nei confronti del medesimo operatore economico per inadempimento di contratti affidati dalla stessa Trenitalia o da società del Gruppo FSI.

In mancanza di un provvedimento di risoluzione di precedente contratto, è corretta la conclusione raggiunta dal primo giudice circa l'inapplicabilità dell'anzidetta clausola del bando di gara.

4.4. Peraltro, come su anticipato, l'art. 80, comma 5, lett. c-ter (pure richiamato nella delibera di esclusione), nella sua attuale formulazione -applicabile *ratione temporis*, dato che il bando di gara è stato pubblicato il 17 giugno 2019, cioè pochi mesi dopo l'entrata in vigore della citata legge di conversione 11 febbraio 2019, n. 32- impone alla stazione appaltante, riguardo alle "*significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto*", di motivare "*anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa*".

In punto di *significatività* del precedente inadempimento, la delibera n. 370 del 7 agosto 2019 di esclusione dalla gara di Ferrovial è motivata espressamente. Infatti, è detto che "*la presente procedura, avente ad oggetto il servizio di servizio di spellicolatura, preparazione cassa, pellicolatura e verniciatura di rotabili ferroviari, si presenta del tutto analoga al precedente invocato, rispetto al quale permangono per questa Stazione Appaltante i presupposti per la ritenuta non affidabilità professionale della FERROVIAL S.r.l.*". L'analogia dei servizi oggetto dei due affidamenti è dato sufficiente a rendere *significativo* l'inadempimento del primo ai fini dell'esclusione dal secondo per inaffidabilità dell'operatore economico.

In punto di *gravità* delle carenze esecutive dell'altro contratto, la delibera è invece motivata *per relationem* alla diffida trasmessa a mezzo pec in data 20 ottobre 2018; quest'ultima è richiamata perché esplicativa delle criticità rilevate nell'esecuzione del precedente appalto (consistite, secondo quanto si legge nella delibera di esclusione, in "*diversi casi di instabilità e deterioramento della pellicolatura installata dall'Appaltatore che perdeva aderenza nel corso dei servizi*"), fatte oggetto della diffida ad adempiere.

Non vi è dubbio che anche mediante il rinvio *per relationem* alla motivazione di quest'ultima, facente capo alla medesima Trenitalia, l'obbligo di motivazione del provvedimento di esclusione sia formalmente rispettato, poiché l'atto reca l'esternazione del percorso logico-giuridico seguito dall'amministrazione per giungere alla decisione adottata e il destinatario era in grado di comprendere le ragioni di quest'ultimo e, conseguentemente, di utilmente accedere alla tutela giurisdizionale.

4.4.1. Tuttavia la motivazione sulla *gravità* delle “*significantive e persistenti carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto*” che ne hanno causato la risoluzione, ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c- ter), non può limitarsi a dare conto di tali carenze ma deve essere adeguata a sorreggere, sotto il profilo sostanziale, la valutazione di gravità effettuata dalla stazione appaltante e quindi il giudizio di definitiva compromissione del rapporto fiduciario con l’appaltatore, ostativo alla sua partecipazione alla gara successiva.

Giova precisare che la *gravità* delle carenze esecutive del precedente contratto rilevanti ai fini dell’esclusione dalla partecipazione alla gara non è parametrata tanto (o soltanto) al disposto dell’art. 1455 cod. civ. La *non scarsa importanza* dell’inadempimento ai sensi di tale ultima norma è un presupposto indefettibile della risoluzione del precedente contratto di appalto, laddove l’art. 80, comma 5, lett. c-ter, del codice dei contratti pubblici prende le mosse dalla precedente risoluzione contrattuale, nel senso che, a sua volta, la presuppone come evento contrattuale *a monte*, già verificatosi e contestato all’appaltatore anche sotto il profilo della non scarsa importanza dell’inadempimento avuto riguardo all’interesse della stazione appaltante ex art. 1455 cod. civ. –sia o meno esso ancora *sub iudice* in ambito civilistico. Ne consegue che la motivazione che la stazione appaltante deve fornire in ordine alla *gravità* della violazione ai fini dell’esclusione dalla procedura di gara (oltre che al “*tempo trascorso dalla stessa*”) non consiste tanto nella *ripetizione* (o addirittura nel rafforzamento), nel procedimento amministrativo di scelta del contraente per l’affidamento di un diverso appalto, degli argomenti posti a fondamento della risoluzione del precedente contratto, bensì nella valutazione della (già riscontrata e contestata) gravità delle violazioni precedenti, in rapporto alla fiducia riposta nell’appaltatore ed alle conseguenze della compromissione del rapporto fiduciario riguardo all’appalto da affidare.

Di qui la differente portata della valutazione della gravità dell’inadempimento riservata al giudice civile -concernendo quest’ultima il rapporto contrattuale (il quale è direttamente l’oggetto del processo civile) e la gravità delle carenze esecutive nell’economia di tale rapporto, come regolato da un determinato contratto- rispetto alla valutazione della gravità delle violazioni pregresse da parte della stazione appaltante nella procedura di gara finalizzata alla scelta del contraente, sulla quale va operato il sindacato giurisdizionale di legittimità amministrativa (che non ha certo ad oggetto il rapporto contrattuale ma è) limitato al provvedimento di esclusione, ed alla sua motivazione.

La valutazione circa la gravità delle precedenti violazioni contrattuali, riservata alla stazione appaltante, non è sindacabile nel merito dell’esercizio della discrezionalità amministrativa, ma -a fronte della denuncia di illegittimità non solo per violazione dell’art. 80, comma 5, lett. c-ter, codice contratti pubblici, ma anche per sviamento, difetto di istruttoria e di motivazione, come nel caso di specie- necessita di motivazione sufficiente a scongiurare la manifesta irragionevolezza, la mancanza di proporzionalità, il palese travisamento dei fatti o l’omessa considerazione di circostanze di fatto rilevanti, che finirebbero per inficiare, sotto i denunciati profili di eccesso di potere, il giudizio di inaffidabilità dell’appaltatore e quindi la determinazione di esclusione raggiunta all’esito di tale giudizio. Ciò anche in ragione del fatto che, con la recente modifica apportata all’art. 80, comma 5, lett. c-ter, del d.lgs. n. 50 del 2016 si è inteso escludere qualsivoglia automatismo tra la risoluzione per inadempimento del precedente contratto e l’esclusione dalla gara successiva da parte della (stessa od altra)

stazione appaltante.

4.4.2. In ragione della portata del sindacato giurisdizionale di legittimità quindi non rileva come, in concreto, si sia svolto e si sia concluso tra le parti il rapporto regolato dal contratto n. 1473 del 2 maggio 2015 in tutti gli aspetti che la stazione appaltante abbia trascurato di considerare nella motivazione resa ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter, del d.lgs. n. 50 del 2016 e succ. mod. In proposito, è corretta la sentenza appellata laddove si è riferita esclusivamente alla motivazione del provvedimento di esclusione ed a quella della richiamata diffida ad adempiere, per individuare le circostanze di fatto utili a giudicare della legittimità dell'esclusione dalla gara *de qua*.

Orbene, la diffida del 20 ottobre 2018 ha intimato a Ferrovial il ripristino "*di alcune porzioni deteriorate*" di sei vetture Vivalto e la rimozione completa della pellicola e la ripellicolatura delle E464 lavorate nei mesi di maggio e giugno 2018 (in numero di dieci), per non conformità dei campioni alla specifica tecnica posta a base di gara.

A tali contestazioni la società Ferrovial ha opposto che gli interventi richiesti riguardavano pochi rotabili ed il loro valore economico era modesto, in quanto corrispondente a poche migliaia di euro a fronte di una prestazione contrattuale completata dell'importo di Euro 897.405,34; ha inoltre contestato che la garanzia invocata dal controparte fosse vigente, poiché avrebbe avuto la durata di ventiquattro mesi (art. 6 bis del contratto), già decorsi al momento della diffida.

Le contestazioni trovano riscontro nelle seguenti circostanze, pure esposte dalla Ferrovial:

- il valore degli interventi richiesti ammonterebbe ad un costo effettivo di € 10.350,00, con un'incidenza di valore pari a circa l'1,2% dell'importo complessivo dell'appalto originario (€ 897.405,34);
- gli interventi sarebbero relativi a sole 6 carrozze sulle 184 complessive del servizio (anche se a queste si dovrebbero aggiungere le dieci E464 lavorate nei mesi di maggio e giugno 2018);
- nel contratto è presente una clausola di garanzia della durata di 24 mesi (art. 6 bis contratto e art. 10 c.t.o.) dall'ultimazione del servizio, tempo ampiamente decorso; Trenitalia, nelle difese in giudizio, fa riferimento alle specifiche tecniche versione esp. 10 approvata in data 22 gennaio 2018, mentre al contratto *de quo*, stipulato nel 2015, si sarebbe applicata la versione esp.5, non contenente alcuna garanzia di durata delle pellicole di 72 mesi; ancora, le garanzie previste dall'art. 50 delle condizioni generali di contratto e dall'art. 10 del capitolato tecnico organizzativo, applicabili nel caso in oggetto, prevedono entrambe un termine di 24 mesi, "*tempo ampiamente decorso al momento della diffida di Trenitalia*" come accertato dal Tribunale amministrativo del Lazio con tre sentenze tutte in data 24 ottobre 2019 nn. 12269, 12271, 12274 (quest'ultima oggetto del presente appello);
- il contratto, al ricevimento della diffida, era stato eseguito per intero, tanto è vero che nella diffida Trenitalia ha precisato che, dopo l'esecuzione degli interventi di ripristino richiesti, Ferrovial avrebbe dovuto lasciare definitivamente i locali.

Trenitalia si è limitata a contro-dedurre, nel presente giudizio, per un verso, che, in realtà, malgrado la contestazione limitata al numero di rotabili indicati nella diffida del 20 ottobre 2018, sarebbe stata costretta ad intervenire sull'intera fornitura di cui al citato contratto di appalto e, per altro verso, che il contratto avrebbe previsto, oltre alla garanzia di buon funzionamento, della durata di ventiquattro mesi (disciplinata dal combinato disposto degli artt. 6 bis del contratto e 10 del capitolato), anche la garanzia del materiale (nel ricorso indicata come disciplinata dall'art. 50 C.G.C., avente gli effetti indicati nel successivo art. 51).

Il primo assunto è rimasto sfornito di prova, e comunque non è stato nemmeno menzionato nella determinazione di esclusione, finendo perciò per restare estraneo al *thema decidendum* della legittimità di tale determinazione.

Il secondo assunto implica una chiara presa di posizione sull'interpretazione del rapporto tra il combinato disposto dei citati articoli del contratto (art. 6 bis) e del C.T.O. (art.10), che contengono il sistema delle garanzie contrattuali, e le C.G.C. (in specie artt. 50 e 51), che prevedono, oltre alla garanzia di buon funzionamento, anche la garanzia per vizi del materiale, che Trenitalia intende riferire alle specifiche tecniche via via adottate (avvalendosi indirettamente del rinvio a queste ultime contenuto nel contratto). Orbene, anche siffatta presa di posizione è del tutto mancata nel provvedimento di esclusione, dato che questo si è limitato a richiamare la diffida del 20 ottobre 2018, senza considerare (e superare) le ragioni di contestazione mosse dall'appaltatore, ivi compresa quella concernente l'inapplicabilità della specifica tecnica nella versione *esp. 10*. Tanto più rilevante appare tale omissione, già valorizzata dal primo giudice, se si considera che quanto argomentato da Trenitalia soltanto nella memoria depositata in appello ai sensi dell'art. 73 Cod. proc. amm. (pagg.19 e seg.) sulla circostanza che la specifica tecnica FS n. 371497, versione *esp. 10*, preveda una durata del materiale di 72 mesi sembra riguardare tutt'al più la rispondenza delle pellicole a tale specifica tecnica (senza che sia necessario approfondire in questa sede il significato dell'espressione contrattuale relativa all' "*ultimo esponente*" delle specifiche tecniche, su cui le parti potranno dibattere, semmai, in sede civile, riguardando la qualità delle pellicole), ma non risulta avere attinenza diretta al sistema delle garanzie contrattuali, atteso che la garanzia per vizi ha comunque un termine di prescrizione di un anno dalla consegna dell'ultima partita, fissato dal richiamato art. 50 delle C.G.C. e quella di buon funzionamento, come già detto, di due anni dal collaudo definitivo (ai sensi dell'art. 10 del C.T.O.).

Inoltre, come sottolineato dal primo giudice, non hanno trovato smentita alcuna nemmeno le contestazioni della Ferrovial concernenti il modesto valore dei ripristini richiesti e non adempiuti, a fronte del valore della commessa del 2015. Si può aggiungere che il dato risulta viepiù significativo ai fini del giudizio di *gravità* delle violazioni contrattuali ostativo alla partecipazione alla gara -che come detto è in parte diverso dal giudizio di non scarsa importanza dell'inadempimenti che ha riguardo al singolo rapporto contrattuale- se si considerano i rapporti in essere fra Trenitalia e Ferrovial, risultanti dal fatturato dell'ultimo triennio comprovato in giudizio dalla società ricorrente in primo grado, riguardante attività quasi esclusiva di servizi ferroviari nel contesto dell'esecuzione di numerosi contratti di appalto analoghi a quello per cui è causa; in particolare, nel periodo della risoluzione contrattuale (ottobre 2018) Ferrovial risultava avere in essere dieci contratti di appalto per servizi ferroviari analoghi per conto di Trenitalia, per un importo complessivo indicato –senza smentita- in €

2.519.760,06.

Infine, è rimasto confermato in appello che Trenitalia, oltre a non aver emesso alcun provvedimento di risoluzione contrattuale, non ha applicato a Ferrovial alcuna penale contrattuale ed, in sede civile, ha resistito all'azione intentata da Ferrovial, senza però chiedere il rimborso dei costi (asseritamente) sopportati per il ripristino della pellicolatura né il risarcimento dei danni, se non nei limiti della domanda riconvenzionale avanzata per l'importo di circa 20.000 euro.

4.4.3. Il provvedimento di esclusione, riferendosi soltanto alle contestazioni già mosse in ambito contrattuale, risulta pertanto inficiato, per un verso, da manifesta irragionevolezza in punto di gravità di tali contestazioni, non tanto nel contesto del rapporto contrattuale oramai concluso quanto in riferimento all'affidabilità complessiva della Ferrovial, cioè di un operatore economico col quale erano stati regolarmente intrattenuti ed erano in corso altri analoghi rapporti contrattuali; per altro verso, da carenza di istruttoria e di motivazione relativamente a tutti i punti su evidenziati.

5. L'appello va quindi respinto.

5.1. Sussistono giusti motivi di compensazione delle spese processuali, attesa la novità delle questioni poste dalle recenti modifiche dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, introdotte col d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, di cui è stata fatta una prima applicazione nella gara *de qua*, indetta con bando pubblicato il 17 giugno 2019.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese processuali.

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