

Pubblicato il 15/04/2025

N. 03233/2025REG.PROV.COLL.
N. 08965/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 8965 del 2024, proposto da LB Facility s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9741821501, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;

contro

Trenitalia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaella Zagaria e Alessandro Botto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Alessandro Botto in Roma, via di San Nicola da Tolentino, 67;

nei confronti

Guerrato s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Sonia Macchia, Stefano Vinti e Roberto Milia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Fenix Consorzio Stabile Società Consortile a r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma, quanto a entrambi gli appelli

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 19271/2024, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Trenitalia s.p.a. e di Guerrato s.p.a., nonché l'appello incidentale proposto da quest'ultima;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2025 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti gli avvocati Tomaselli, in delega dell'avvocato Brugnoletti, Botto e Macchia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato il 21 aprile 2023, Trenitalia s.p.a. indiceva procedura di gara per l'affidamento delle attività di gestione integrata dei fabbricati industriali e annessi locali di servizio e di uso comune e degli impianti tecnologici della DBR di Trenitalia e di Trenitalia TPER.

La gara veniva aggiudicata, in relazione al lotto n. 3 qui controverso, alla Guerrato s.p.a., previa esclusione del concorrente originariamente classificatosi primo in graduatoria.

Avverso il provvedimento d'aggiudicazione e gli altri di gara proponeva ricorso l'impresa successiva in graduatoria, LB Facility s.r.l., la quale deduceva, in sintesi: l'errore della stazione appaltante nel non aver considerato meritevole dell'attribuzione del punteggio previsto dalla *lex specialis* la certificazione "SA 8000" posseduta dalla propria ausiliaria Lupò Costruzioni s.r.l.; in subordine, l'illegittimità della *lex specialis* laddove non prevede alcuna misura compensativa per i concorrenti sprovvisti di almeno una "stelletta" nel *rating* di legalità; omessa verifica del rispetto dei minimi salariali nell'offerta della controinteressata; la ricorrente formulava anche istanza *ex art.* 116, comma 2, Cod. proc. amm. in relazione ad alcuni documenti di gara.

Si costituivano in resistenza Trenitalia e la Guerrato, la quale proponeva a sua volta ricorso incidentale escludente deducendo: la natura condizionata dei contratti di avvalimento stipulati da LB con Lupò Costruzioni e con la GFF Impianti s.r.l.; il carattere meramente premiale del primo di tali due avvalimenti; l'inidoneità della suddetta certificazione SA 8000 all'attribuzione di un punteggio premiale alla ricorrente; l'inadeguatezza dell'altro contratto di avvalimento, con GFF Impianti, stante la mancanza di dichiarazione dell'ausiliaria *ex* art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016; l'erronea attribuzione del punteggio premiale alla ricorrente per le ulteriori certificazioni.

2. Con successivo provvedimento del 5 luglio 2024, l'amministrazione disponeva l'esclusione di LB Facility per ritenuta "incerta efficacia" dei contratti di avvalimento dalla stessa fatti valere.

Il provvedimento veniva impugnato da LB con motivi aggiunti, coi quali la ricorrente deduceva: violazione della regola dell'inversione procedimentale, *ex* art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016; assenza di clausole contrattuali tali da intaccare la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante; sanabilità delle altre irregolarità contestate dall'amministrazione, inerenti alla mancanza di dichiarazione di intrattenimento dei rapporti con un'unica banca ed erronea indicazione degli importi in lettere nella cauzione provvisoria.

Avverso il medesimo provvedimento proponeva motivi aggiunti anche la ricorrente incidentale deducendo: illegittimità della *lex specialis* laddove intesa nel senso di porre un autovincolo impediente all'apertura della busta amministrativa in fase ormai contenziosa; omessa considerazione, da parte della stazione appaltante, del carattere meramente premiale dell'avvalimento fornito dalla Lupò; illegittimità del punteggio premiale assegnato in funzione di tale avvalimento, inidoneo al trasferimento della certificazione.

3. Il Tribunale amministrativo adito riteneva anzitutto infondati i motivi aggiunti al ricorso principale, considerato che: la *lex specialis* ben consentiva alla stazione appaltante di effettuare verifiche preventive (discrezionali) sul possesso dei requisiti da parte dei concorrenti, anche in pendenza di giudizio;

i contratti di avvalimento contenevano effettivamente, nella specie, una clausola risolutiva espressa a beneficio dell'ausiliaria, e che dunque non era illegittima la (discrezionale) valutazione con cui l'amministrazione dubitava dell'efficacia dell'avvalimento; che le censure avverso le altre irregolarità riscontrate in sede di verifica della busta amministrativa erano irrilevanti, in quanto non poste a fondamento dell'esclusione.

Il Tar dichiarava conseguentemente improcedibile per difetto d'interesse il ricorso principale, atteso il consolidamento del provvedimento d'esclusione in danno di LB; nonché dichiarava in parte inammissibile (in quanto relativo a poteri amministrativi non ancora esercitati, non avendo all'epoca la stazione appaltante ancora aperto la busta amministrativa relativa alla posizione di LB) in parte improcedibile per difetto d'interesse (a fronte dell'intervenuta reiezione del ricorso principale e suoi motivi aggiunti) il ricorso incidentale, in uno coi relativi motivi aggiunti.

4. Avverso la sentenza ha proposto appello principale LB deducendo:

I) *errores in iudicando*: violazione dell'art. 133 d.lgs. n. 50 del 2016; violazione dell'artt. VII.1 e X del disciplinare; violazione del principio di autovincolo e violazione del principio di economicità;

II) *errores in iudicando*: violazione dell'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016;

III) *errores in procedendo*: violazione degli artt. 1 e 2 Cod. proc. amm.; violazione dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo; violazione dell'art. 1, par. 1, comma 3, e par. 3, Direttiva 21 dicembre 1989 n. 665; violazione dell'art. 35 Cod. proc. amm.; violazione degli artt. 103 e 111 Cost.; diniego di giurisdizione.

L'appellante ripropone a seguire i tre motivi di ricorso in primo grado, nonché domanda risarcitoria.

5. Resistono al gravame Trenitalia e Guerrato, che interpone anche appello incidentale con cui deduce:

I) primo motivo di appello incidentale (primo motivo aggiunto del ricorso incidentale di primo grado): violazione del principio della "parità delle armi";

violazione della *par condicio competitorum*; violazione e falsa applicazione dell'art. 24 Cost.; violazione dei principi di concentrazione ed effettività della tutela; violazione dei principi di non aggravamento del procedimento e di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa; eccesso di potere;

II) secondo motivo di appello incidentale (secondo motivo aggiunto del ricorso incidentale di primo grado): violazione e falsa applicazione dell'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016; violazione del divieto di avvalimento solo premiale nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016; violazione del principio di *par condicio* tra i concorrenti; violazione della concorrenza;

III) terzo motivo di appello incidentale (terzo motivo aggiunto del ricorso incidentale di primo grado): violazione e falsa applicazione dell'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016; violazione del principio di equivalenza nelle certificazioni; violazione del principio di *par condicio* tra i concorrenti; eccesso di potere per difetto di istruttoria;

IV) quinto motivo di appello incidentale (quinto motivo del ricorso incidentale di primo grado): violazione delle disposizioni contenute nel disciplinare di gara, par. VII.1 “*Valutazione dell'offerta*”; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 87 d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 62 della Direttiva n. 2014/25/UE; violazione e falsa applicazione del Regolamento (CE) n. 765/2008 (recante norme in materia di accreditamento e vigilanza del mercato per quanto riguarda la commercializzazione dei prodotti); eccesso di potere per difetto di istruttoria.

6. All'udienza pubblica del 20 marzo 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Col primo motivo di gravame, l'appellante principale si duole dell'errore che il giudice di primo grado avrebbe commesso nel respingere la censura con cui aveva dedotto con i motivi aggiunti la violazione della *lex specialis* da parte della stazione appaltante in relazione al rispetto della scansione procedimentale circa la verifica della documentazione amministrativa, prevista

dal disciplinare solo a seguito dell'esclusione del concorrente precedente in graduatoria.

In tale contesto, a fronte della cristallizzata regola della cd. "inversione procedimentale", la facoltà prevista dalla *lex specialis* di verificare i requisiti di altri offerenti andava eventualmente esercitata nel relativo segmento e non per effetto di un'iniziativa giudiziale finalizzata a paralizzare il ricorso giudiziale proposto da LB.

D'altra parte, il Rup aveva nella specie provveduto a riconvocare la commissione ai fini della verifica della documentazione amministrativa sulla posizione di LB esclusivamente in ragione della notifica del ricorso incidentale da parte di Guerrato e dei relativi motivi di censura; e il che, oltre a porsi al di fuori della *ratio* della previsione, si porrebbe in contrasto con i principi di semplificazione e non aggravamento dell'azione amministrativa.

In tale contesto, la pendenza del ricorso di primo grado suggeriva di non anticipare l'apertura della busta amministrativa, considerato che l'eventuale rigetto del ricorso principale avrebbe mantenuto inalterata la graduatoria di gara, e d'altro canto l'iniziativa della stazione appaltante ha finito per dilatare anche i tempi del giudizio e ostacolare il naturale svolgimento dell'istruttoria, oltreché violare l'autovincolo cui l'amministrazione era astretta.

Né avrebbe senso il sostenere la natura meramente formale dei vizi contestati, considerato che, al contrario, l'iniziativa di Trenitalia ha finito per compromettere il giudizio intentato da LB, paralizzandone il ricorso principale.

1.1. Il motivo non è condivisibile.

1.1.1. Occorre premettere che l'art. VII.1 del disciplinare prevedeva espressamente che si trattava nella specie di "*procedura di gara effettuata ai sensi dell'art. 133, comma 8 del D.lgs. 50/2016*", sicché Trenitalia avrebbe proceduto "*all'apertura delle buste nel seguente ordine: 'Busta B – OFFERTA TECNICA'; 'Busta C – OFFERTA ECONOMICA'; 'Busta A – DOCUMENTAZIONE' dell'operatore economico primo in graduatoria*".

In tale prospettiva, la commissione giudicatrice avrebbe proceduto all'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica e quella economica, e *“Successivamente [...] all'apertura della 'Busta A – Documentazione' dell'operatore economico primo in graduatoria, verificando la presenza della documentazione contenuta in quest'ultima. [...] Qualora si dovesse [fosse dovuto] procedere all'esclusione del concorrente si aprirà e valuterà [sarebbe aperta e valutata] la documentazione contenuta nella 'Busta A – Documentazione' dell'operatore economico che segue [seguiva] in graduatoria”*.

Analogamente, l'art. X.1 prevedeva che *“In caso di esito negativo delle verifiche relative all'idoneità dell'aggiudicatario sulla base dei requisiti richiesti nel Bando di gara, Trenitalia procederà [avrebbe proceduto] alla sua esclusione dalla gara [...] e - previa apertura e analisi della relativa Busta A recante la documentazione amministrativa - aggiudicazione in favore del primo dei concorrenti che seguono [seguivano] nella graduatoria, sottoposto a verifiche con esito positivo”*.

Il che era previsto espressamente anche dal bando, all'art. VI.3), punto 4 (*“Trenitalia procederà ad effettuare la verifica in ordine all'effettiva sussistenza dei requisiti di cui al precedente paragrafo III.1 nei confronti del miglior offerente. In caso di esito negativo, Trenitalia procederà alla sua esclusione dalla gara, all'incameramento della cauzione provvisoria nonché alla segnalazione all'ANAC e all'aggiudicazione in favore del primo dei concorrenti che seguono nella graduatoria, sottoposto a verifiche con esito positivo”*).

Subito dopo lo stesso bando prevedeva tuttavia che *“Trenitalia si riserva[va] la facoltà di effettuare la verifica in ordine all'effettiva sussistenza dei requisiti di cui al precedente paragrafo III.1, anche a campione, nei confronti di altri offerenti. In caso di esito negativo, Trenitalia procederà [avrebbe proceduto] alla loro esclusione dalla gara”*.

Emerge dal complessivo tenore delle previsioni della *lex specialis* come l'amministrazione avesse una piena e libera facoltà di effettuare le verifiche sul possesso dei requisiti e delle *“condizioni di partecipazione”* (in tal senso, cfr. il richiamato art. III.1 del bando), a prescindere dalla regola generale della *“inversione procedimentale”* fatta propria ai sensi dell'art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016.

Di tale facoltà Trenitalia ha fatto nel caso di specie (legittimo) esercizio, in nulla incidendo al riguardo né la circostanza che la verifica sia avvenuta dopo l'aggiudicazione, attesa appunto la portata generale e non limitata della facoltà prevista in capo all'amministrazione, né che i motivi indicati ai fini dello svolgimento alla verifica stessa attenessero alla presentazione del ricorso incidentale da parte di Guerrato, essendo tale aspetto meramente occasionale ed accidentale, e non rilevando ai fini della legittimità della (facoltativa e discrezionale) decisione dell'amministrazione di procedere a verifica.

In tale contesto, anche i rilievi inerenti alla violazione dei principi di semplificazione e non aggravamento del procedimento amministrativo sono in sé non condivisibili, attesa appunto la espressa facoltà riconosciuta all'amministrazione dalla *lex specialis* in ordine alla possibile verifica, come eseguita, e l'assenza di profili di irragionevolezza o illegittimità - anche rispetto ai richiamati principi - della decisione di effettuarla.

Né le eventuali conseguenze processuali, anche relative alla tempistica del giudizio, valgono a incidere sulla legittimità della detta decisione, fondata come osservato su un'espressa e discrezionale facoltà riconosciuta all'amministrazione.

Il che è assorbente ai fini del rigetto della doglianza.

2. Col secondo motivo di gravame, l'appellante principale si duole dell'errore che il giudice di primo grado avrebbe commesso nel respingere i motivi aggiunti al ricorso principale ritenendo che l'apposizione di una clausola risolutiva espressa al contratto di avvalimento valesse a ritenerlo aleatorio nei riguardi della stazione appaltante e a renderne incerta l'esecuzione in ragione di eventi "non controllabili" dall'amministrazione.

In senso contrario, l'appellante deduce che è la dichiarazione nei confronti della stazione appaltante di cui all'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 a fondare l'assunzione degli obblighi dell'ausiliaria verso l'amministrazione, mentre il contratto regola i rapporti tra le parti, con effetto esclusivamente interno.

Né rileverebbe il fatto che, in caso di operatività della clausola, le parti abbiano espressamente stabilito di darne immediata comunicazione all'ente appaltante, non estendendosi gli effetti della risoluzione nei confronti della stazione appaltante stessa.

Allo stesso modo, l'apposizione di clausola risolutiva espressa non verrebbe di suo a rendere incerto il contratto d'avvalimento, né l'amministrazione avrebbe al riguardo un potere "assoluto" di verifica e sindacato sul contenuto del contratto, limitato invero alla sola sua esistenza ed effettività.

Ciò in un contesto in cui la clausola risolutiva assume nella specie il portato di controprestazione rilevante nell'ambito dei rapporti interni tra le parti, rilevanti a fini meramente esecutivi.

D'altra parte, nei contratti d'avvalimento contestati, la volontà dell'ausiliaria di prestare le risorse ed assumere la responsabilità con l'ausiliata non è in alcun modo derogata dall'apposizione della clausola risolutiva espressa.

Analogamente, la preclusione elaborata in via pretoria circa l'apposizione di condizioni risolutive ai contratti di avvalimento finirebbe col limitare illegittimamente la libertà negoziale nella definizione del contenuto del contratto.

2.1. Il motivo non è condivisibile.

2.1.1. Ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, *ratione temporis* applicabile alla fattispecie, in caso di avvalimento «L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente [...]. Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria».

Alla luce di tale previsione, due sono gli atti sulla base dei quali l'avvalimento può essere utilmente speso in gara dal concorrente: da un lato la dichiarazione con cui l'ausiliaria si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente; dall'altro il contratto in forza del quale la stessa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a *«fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto»*.

I due elementi sono ben distinti ancorché collegati fra loro, atteso che, secondo consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, *“una cosa è la produzione della dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria verso il concorrente e verso la stazione appaltante, altra cosa è la produzione del contratto di avvalimento”*, con distinzione che *“trova ragion d'essere sotto i plurimi profili evidenziati dalla giurisprudenza, che ha costantemente rilevato come le dichiarazioni dell'impresa ausiliaria e il contratto di avvalimento siano atti diversi, per natura, contenuto, finalità, costituendo la dichiarazione un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni precipuamente nei confronti della stazione appaltante, il contratto di avvalimento l'atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, contemplante le reciproche obbligazioni delle parti e le prestazioni da esse discendenti (Cons. Stato, V, 1° agosto 2018, n. 4765; IV, 26 luglio 2017, n. 3682, n. 4406 del 2012)”* (Cons. Stato, V, 20 novembre 2018, n. 6551; 2 maggio 2023, n. 4370; 1 luglio 2022, n. 5497).

Alla luce di ciò *“le dichiarazioni dell'impresa ausiliaria di cui trattasi e il contratto di avvalimento non sono sovrapponibili, ciò anche laddove, come rilevato dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 23 del 2016 in relazione alla dichiarazione di cui alla lett. d) dell'art. 49 del previgente Codice appalti, si tratti per l'impresa ausiliaria di presentare un'apposita dichiarazione d'obbligo circa la messa a disposizione dei requisiti e delle risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, nonostante il suo contenuto risulti in parte riproduttivo di quello proprio del contratto stesso di avvalimento: il particolare rigore delle predette coordinate ermeneutiche trova infatti rispondenza, per l'Adunanza Plenaria, in un*

necessario atteggiamento di cautela, volto a temperare il rischio di un uso distorto dell'istituto” (Cons. Stato, n. 6551 del 2018, cit.).

Discende da ciò che entrambi gli atti debbano ritenersi indefettibili ai fini di un valido e spendibile avalimento, e che, per quanto di rilievo, seppure la diretta assunzione dell'impegno dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante discende dalla dichiarazione unilaterale della stessa ausiliaria, d'altro canto il fatto che la detta dichiarazione sia stata rilasciata non può valere di suo a supplire o surrogare il contratto di avalimento nei contenuti suoi propri, e in particolare nella definizione delle obbligazioni fra le parti. Ciò oltre al fatto che, appunto, la stessa dichiarazione è correlata (e segue) al sottostante contratto d'avalimento (cfr. Cons. Stato, n. 4370 del 2023, cit.; Id., V, 7 gennaio 2022, n. 48).

D'altra parte, come chiarito dalla legge, oltreché dalla richiamata giurisprudenza nei sensi sopra riferiti, è «*in virtù*» del contratto di avalimento che «*l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto*» (art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016).

2.1.2. Tanto premesso, nel caso di specie i contratti di avalimento spesi dalla LB prevedevano all'art. 4 che “*il mancato rispetto, da parte dell'Avvalente, anche di una sola delle [...] pattuizioni?*” in ordine al corrispettivo riconosciuto dal concorrente all'ausiliaria in caso di aggiudicazione avrebbe comportato (“*comporterà*”) “*l'immediata decadenza del contratto di avalimento con immediata comunicazione all'Ente Appaltante*”.

Al riguardo, come anticipato, la clausola si collegava alla violazione di una qualsiasi delle previsioni sul corrispettivo, inerenti, rispettivamente, ad “*a) un corrispettivo pari allo 0,50% [...] sull'importo dei lavori a base d'asta al netto del ribasso offerto [...]*” e “*b) la facoltà, da esercitare ad insindacabile giudizio dell'Ausiliaria, di prelazione sull'esecuzione di lavori che l'Avvalente intenderà [avrebbe inteso] subappaltare [...]*”.

Si tratta, a ben vedere, di una pattuizione che prevede di suo la “*immediata decadenza del contratto di avvalimento con immediata comunicazione all’Ente Appaltante*”, con incidenza sulla efficacia del contratto d’avvalimento (e, dunque, sull’avvalimento stesso, in quanto scaturente anzitutto dal relativo contratto) al verificarsi di determinate vicende collegate alle previsioni contrattuali sul corrispettivo (in termini di “prelazione” sul subappalto, oltreché di percentuale sull’importo dei lavori), estranee ai rapporti con l’amministrazione.

Il che ben vale a compromettere la stabilità dello stesso avvalimento, proprio in conseguenza del possibile venir meno della sua efficacia per le vicende *inter partes*.

Non è risolutivo, in diverso senso, il richiamo alla giurisprudenza che - muovendo dalla volontà dei contraenti di stipulare un contratto riconducibile al modello tipico dell’avvalimento, accettandone così lo statuto proprio - esclude l’inadeguatezza di contratti di avvalimento contenenti condizioni di efficacia correlate a prestazioni dell’ausiliata, ritenendo non potersi “*estendere oltre misura il valore e l’efficacia delle clausole condizionanti in esame*”, di valore meramente interno (cfr. Cons. Stato, V, 3 gennaio 2024, n. 119 e richiami *ivi*; CGA, 24 aprile 2023, n. 312): il caso qui all’esame si caratterizza infatti, al di fuori di questioni inerenti alla “estensione” del valore ed efficacia delle clausole oltre e al di là del modulo tipico dell’avvalimento, per il portato ben chiaro delle clausole introdotte dalle parti nel senso di incidere concretamente, in termini risolutivi (indicati quali “*decadenza*”) sull’efficacia del contratto, con contestuale prevista “*immediata comunicazione all’Ente Appaltante*”, così da rendere effettivamente precario l’avvalimento.

Né tale carenza può essere *sic et simpliciter* sopperita dalla dichiarazione unilaterale dell’ausiliaria verso la stazione appaltante, atteso che, da un lato, come già osservato, si tratta di atti (e conseguenti rapporti giuridici rilevanti) distinti fra loro, ambedue indefettibili ai fini dell’avvalimento; dall’altro, come pure osservato, le obbligazioni verso l’impresa concorrente - anch’esse

imprescindibili ai fini della configurazione dell'avvalimento, non rilevando al riguardo la sola dichiarazione d'impegno verso l'amministrazione - nascono (e sono conformate) proprio «*in virtù*» del contratto d'avvalimento, il cui venir meno ne comporta la decadenza. In tal senso, anche la dichiarazione unilaterale dell'ausiliaria “*di obbligarsi, nei confronti del concorrente [...] a fornire i [...] requisiti dei quali è carente il concorrente e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, nei modi e nei limiti stabiliti dall'art. 89 del D. Lgs. n. 50/2016 rendendosi inoltre responsabile in solido con il concorrente nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto*” non può che ritenersi *in parte* qua integrata dal suddetto contratto, che vale a conformare e regolare le obbligazioni assunte dall'ausiliaria verso il concorrente, peraltro con espressa ed eloquente previsione, nella specie, che della “*decadenza*” del contratto d'avvalimento per violazione dei suddetti impegni si sarebbe data “*immediata comunicazione all'Ente Appaltante*”. Né rileva di suo, in diverso senso, il richiamo da parte dell'appellante alla immanente possibilità di risoluzione del contratto *ex art. 1453 Cod. civ.*, che afferisce alla fattispecie della risoluzione giudiziale, ben diversa dalla clausola qui introdotta nei termini suindicati, con previsto diretto effetto sul rapporto, da comunicare anche alla stazione appaltante.

Allo stesso tempo, il suddetto profilo è da ritenersi ben scrutinabile dalla stazione appaltante, vertendo proprio su uno degli elementi costitutivi dell'avvalimento, la cui difettosità - in specie, per la presenza di pattuizioni capaci di far venir meno l'efficacia del contratto - impedisce di ritenerlo correttamente integrato; né perciò tale profilo afferisce all'ammissibilità dell'avvalimento in sé, bensì piuttosto all'adeguatezza del contratto stipulato.

Per questo, deve ritenersi che si sia in presenza non già di un inammissibile sindacato amministrativo sui contenuti autonomi del contratto *inter partes*, con conseguente (dedotta) limitazione del potere di autonomia privata, bensì di una verifica circa l'effettività e adeguatezza dell'avvalimento - in specie, sotto il profilo della sua *stabilità* - nell'interesse dell'amministrazione.

Ne consegue l'infondatezza del motivo di gravame.

3. Col terzo motivo d'impugnazione, l'appellante si duole dell'errore commesso dal giudice di primo grado nel dichiarare integralmente improcedibile per sopravvenuto difetto d'interesse il ricorso a fronte dell'esclusione subita da LB.

Il che darebbe luogo a un diniego di tutela giurisdizionale, violativo oltretutto della disciplina eurounitaria sui ricorsi in materia d'appalti e dell'art. 111, 1° comma, Cost.

In particolare, la LB aveva formulato, in via subordinata, un motivo di doglianza relativo alla illegittimità della legge di gara in relazione al sub-criterio 3.5, che attribuiva 2 punti "tabellari" per il possesso della certificazione del *rating* di legalità con almeno una "stelletta" senza prevedere misure compensative per evitare la penalizzazione di imprese che fossero carenti del fatturato minimo e dell'età anagrafica per accedere alla certificazione, doglianza sollevata dalla ricorrente in funzione dell'interesse strumentale all'annullamento e riedizione della gara.

Né poteva del resto ritenersi definitivamente consolidata l'esclusione non confermata da un organo giurisdizionale in via definitiva.

Di qui la richiesta di esame del secondo motivo di ricorso, subordinatamente al mancato accoglimento delle censure proposte in via principale.

3.1. Osserva il Collegio che il secondo motivo di ricorso di primo grado, cui la doglianza è funzionale, è inammissibile per carenza d'interesse, come eccepito dall'amministrazione e dalla controinteressata; il che ha di suo valore assorbente, oltre a rendere a sua volta inammissibile per difetto d'interesse (anche) il motivo d'appello.

3.1.1. Ai sensi dell'art. 5-ter d.l. n. 1 del 2012, il *rating* di legalità è attribuito «*su istanza di parte [...] per le imprese operanti nel territorio nazionale che raggiungano un fatturato minimo di due milioni di euro, riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza, secondo i criteri e le modalità stabilite da un regolamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato [...]*».

Anche il pertinente Regolamento AGCM, di cui alla delibera n. 27165 del 15 maggio 2018 prevede al riguardo che per «*Impresa*», ai fini dell'attribuzione del *rating* di legalità, s'intende quella, in forma individuale o collettiva, che abbia fra l'altro «*raggiunto un fatturato minimo di due milioni di euro nell'ultimo esercizio chiuso nell'anno precedente alla richiesta di rating, riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza e risultante da un bilancio regolarmente approvato dall'organo aziendale competente e pubblicato ai sensi di legge*» e che «*alla data della richiesta di rating, risulti iscritta nel registro delle imprese da almeno due anni*».

Nel caso di specie, come eccepito da Trenitalia e Guerrato, LB Facility ben possedeva al tempo d'indizione della gara i requisiti soggettivi per poter richiedere (e, dunque, eventualmente ricevere) il *rating* di legalità, giacché risultava partecipata al 100% da altra società (la Z.C. s.r.l.), insieme con la quale esprimeva un fatturato al 31 dicembre 2022 (quale fatturato “di gruppo”, già solo con la controllante al 100%) superiore alla soglia di € 2 milioni (cfr. i documenti di bilancio, in atti); entrambe le imprese risultavano peraltro costituite da oltre due anni, e le suddette circostanze non sono del resto contestate in fatto da LB.

Ciò sta a significare che la stessa LB avrebbe potuto ben dotarsi di siffatto *rating* di legalità ai fini della gara, rilevante per l'attribuzione di punteggi premiali a norma del disciplinare (in specie, per il “*Possesso di almeno una 'stelletta'*”), in coerenza con l'art. 95, comma 13, d.lgs. n. 50 del 2016.

Per questo, la stessa non può dolersi del fatto che la legge di gara non contemplasse forme “compensative” per il mancato possesso di tale *rating*, atteso che la detta carenza in capo ad LB era da ricondurre non già a condizioni soggettive di questa tali da renderle impossibile il conseguimento del *rating*, bensì semplicemente alla mancata richiesta di attribuzione del detto *rating*.

Né la mancanza di misure compensative può assumere rilevanza in sé, *sic et simpliciter*, atteso che le stesse delibere dell'Anac e la correlata giurisprudenza che le predicano affermano appunto l'opportunità dell'introduzione di

“compensazioni per evitare di penalizzare imprese estere e/o di nuova costituzione e/o carenti del previsto fatturato”, in specie consentendo “a tali” imprese di “comprovare altrimenti la sussistenza delle condizioni o l’impiego delle misure previste per l’attribuzione del rating” (cfr. Linee Guida n. 2/2016 Anac, di cui alla delibera n. 1005 del 21 settembre 2016, modificata giusta delibera n. 424 del 2 maggio 2018; Id., delibera n. 77 del 22 febbraio 2023; analogamente, Cons. Stato, V, 10 ottobre 2019, n. 6907, che pure richiama le Linee Guida n. 2/2016, riportandone espressamente il passo sopra indicato).

Per questo, la censura è inammissibile in quanto avanzata da parte di un’impresa che ben aveva la possibilità di richiedere ai fini della gara il riconoscimento del *rating* di legalità.

4. Si osserva infine per completezza che, oltre all’inammissibilità del secondo motivo di ricorso, a ben vedere anche gli altri (semplicemente) riproposti dall’interessata non sono favorevolmente scrutinabili.

4.1. Quanto al primo, con cui si deduce l’errore della stazione appaltante nel non aver riconosciuto alla ricorrente il punteggio previsto per la certificazione “SA 8000” posseduta dalla propria ausiliaria Lupò Costruzioni s.r.l., considerato che l’ente di relativa emissione era accreditato presso organismo statunitense operante secondo lo standard internazionale ISO 17021-1:2015, pienamente equipollente alla certificazione SA 8000, anche agli effetti dell’art. 87 d.lgs. n. 50 del 2016, non è a ben vedere condivisibile l’assunto fatto proprio da LB Facility.

Il disciplinare di gara prevedeva infatti al riguardo l’attribuzione di due punti per certificazione etica “SA 8000” *“emessa da enti di certificazione accreditati in conformità alle norme UNI CEI EN ISO/IEC 17021”*.

Nella specie, è stata la stessa LB a dar conto in corso di procedimento che *“l’Ente Certificatore che ha rilasciato la Certificazione SA8000 alla LUPO’ COSTRUZIONI non risulta ad oggi accreditato in conformità alle norme UNI CEI EN ISO/IEC 17021”*, né la stessa LB ha offerto adeguata evidenza della “equivalenza” della certificazione spesa, limitandosi ad affermare che l’ente

certificatore “*è in linea con i requisiti della Norma ISO/IEC 17021*” avendo “*assoggettato la LUPO’ COSTRUZIONI ad apposito audit svolto secondo le prescrizioni della norma di riferimento internazionale ISO/IEC 17021 e volto ad accertare la sussistenza, corretta e piena applicazione di tutti i principi/criteri sanciti dalla norma SA 8000*”.

Nondimeno, la *lex specialis* richiedeva una “*Certificazione Etica SA 8000 (Social Accountability 8000) edizione 2014*” - la quale doveva evidentemente essere conforme, nei contenuti e profili sostanziali, alle corrispondenti previsioni - che fosse rilasciata da enti di certificazione “*accreditati*” in conformità alle norme UNI CEI EN ISO/IEC 17021.

Nella specie, se LB deduce che l’ente certificatore “*ha assoggettato la LUPO’ COSTRUZIONI ad apposito audit svolto secondo le prescrizioni della norma di riferimento internazionale ISO/IEC 17021 e volto ad accertare la sussistenza, corretta e piena applicazione di tutti i principi/criteri sanciti dalla norma SA 8000*”, alcuna adeguata dimostrazione offre in ordine all’*accreditamento* di tale ente certificatore, limitandosi a dare evidenza che lo stesso è avvenuto ad opera di un organismo statunitense (dunque, non europeo) del quale non fornisce tuttavia elementi di dettaglio, né dimostra che possa corrispondere od equivalere - nel suo ruolo e attività d’*accreditamento* svolta - al sistema e modalità cui si ricollega la certificazione qui richiesta, per la quale è previsto appunto che sia emessa da enti “*accreditati*”, in conformità a norme UNI CEI EN ISO/IEC 17021 (cfr. al riguardo, sul richiamo al necessario *accreditamento* degli organismi certificatori e al relativo regime, l’art. 87, comma 1 e 2 d.lgs. n. 50 del 2016; in generale, sugli organismi di *accreditamento*, cfr. Cgue, 6 maggio 2021, causa C-142/20).

Ciò al di là peraltro delle deduzioni delle resistenti in ordine all’assenza di prova circa l’impossibilità di procurarsi la certificazione prescritta dalla *lex specialis*, e così di dover far ricorso ad altra equivalente, ai sensi dell’art. 87 d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr., in tema, Cons. Stato, V, 14 marzo 2019, n. 1690).

Non assumono rilievo al riguardo, in diverso senso, le doglianze avverso la *lex specialis*, atteso che difetta qui la *prova* o *dimostrazione* dell'equivalenza della certificazione, nei termini suesposti; allo stesso modo, non rileva il confronto con le altre previsioni su certificazioni di sistema, ricondotte dalla *lex specialis* a specifici enti accreditatori, atteso che resta ferma la mancata prova, nella specie, che la certificazione controversa sia stata emessa da ente accreditato in termini equivalenti al pertinente regime richiamato dalla *lex specialis*.

Parimenti non conferente è il richiamo alle previsioni di cui all'art. 49 e 114, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, che riguardano il diverso caso di «operatori economici» di Paesi terzi, quali non sono nella specie LB e la sua ausiliaria.

4.2. Non condivisibili sono anche le censure di cui al terzo motivo di ricorso, incentrate sull'omessa verifica del rispetto dei minimi salariali nell'offerta della controinteressata, vizio che sarebbe tanto più rilevante alla luce del fatto che Trenitalia ometteva di evadere l'istanza d'accesso dell'appellante in ordine all'offerta economica dell'aggiudicataria, così impedendo di verificare il rispetto sostanziale dei minimi salariali inderogabili.

A tal fine è sufficiente osservare come l'appellante non dimostri la violazione dei suddetti minimi salariali ma si limiti a contestare, in termini formali, l'omessa verifica da parte dell'amministrazione, con doglianza in sé non conducente; né del resto LB domanda nella presente sede l'accesso alla documentazione di gara che richiama, o si duole della relativa mancata ostensione.

5. In conclusione, per le suesposte ragioni, l'appello principale va respinto nei sensi suindicati.

5.1. Il rigetto del gravame in relazione alle domande caducatorie implica, in via assorbente, la reiezione della richiesta di risarcimento del danno, stante il difetto della dedotta condotta illecita dell'amministrazione in relazione ai provvedimenti impugnati.

5.2. Va infine dichiarato improcedibile per difetto d'interesse l'appello incidentale, in quanto espressamente proposto in via condizionata

all'accoglimento di quello principale.

5.3. La peculiarità della fattispecie e la complessità di alcune delle questioni controverse giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale;

Compensa integralmente le spese di lite fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Fantini, Presidente FF

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Stefano Fantini

IL SEGRETARIO