

Pubblicato il 21/01/2021

N. 00208/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00774/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 774 del 2020, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da  
Crea.Mi S.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e  
difesa dall'avvocato Andrea Di Lieto, con domicilio digitale come da PEC da Registri  
di Giustizia e presso lo studio dell'avv. Teresa Florio in Milano, corso Europa, 13;

***contro***

INAIL - Istituto Nazionale per Assicurazione Contro Infortuni Sul Lavoro, in  
persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati  
Andrea Biffi, Italo Casagranda, con domicilio digitale come da PEC da Registri di  
Giustizia e in Milano, corso di Porta Nuova, 19;

***nei confronti***

Società Engineering Costruzioni Gruppo Empoli Luce S.r.l., in persona del legale  
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Claudio Bargellini,  
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

- dell'atto prot. n. 13000.24/03/2020.0017570 del 24.3.2020 del Direttore Regionale della Direzione Regionale Lombardia dell'INAIL -pervenuto via PEC in pari data-, col quale è stata disposta e comunicata alla società ricorrente l'esclusione dalla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di adattamento degli ambienti della sede INAIL di Milano, via Mazzini, n. 7;
  - della determina n. 183 del 23 marzo 2020 del Direttore Regionale dell'INAIL Direzione Regionale Lombardia -non notificata-, nella parte in cui è stata disposta l'esclusione della società ricorrente dalla procedura negoziata de qua;
  - della relazione del 23.3.2020 del Responsabile della Struttura Dirigenziale dell'INAIL, nella parte in cui reca la proposta di esclusione della società ricorrente dalla procedura negoziata de qua;
  - del verbale del Seggio di gara del 19 marzo 2020 -non notificato-, nella parte in cui è stata deliberata l'esclusione della società ricorrente dalla procedura negoziata de qua;
  - del verbale del Seggio di gara del 26 marzo 2020 col quale è stata individuata come migliore offerente la soc. Engineering Costruzioni Gruppo Empoli Luce s.r.l., col ribasso del 27,88% ed è stata approvata la graduatoria;
  - del provvedimento col quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di adattamento degli ambienti della sede INAIL di Milano, via Mazzini, n. 7, in favore della soc. Engineering Costruzioni Gruppo Empoli Luce s.r.l.;
  - di ogni altro atto preordinato, connesso o consequenziale, ivi compreso, ove occorra e se lesivo, del verbale del Seggio di gara del 3 marzo 2020, nella parte in cui è stata disposta l'integrazione documentale nei confronti della società ricorrente;
- e per l'annullamento, con i motivi aggiunti presentati da CREA.MI S.R.L. il 22/7/2020 :

- della determina n. 341 del 23 giugno 2020 del Responsabile Direzione Regionale Lombardia dell'INAIL, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione della procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di adattamento degli ambienti della sede INAIL di Milano, via Mazzini, n. 7, in favore della soc. Engineering Costruzioni Gruppo Empoli Luce s.r.l., invece che della soc. ricorrente, illegittimamente esclusa dalla gara;
- dell'atto prot. n. 13000.26/06/2020.0039411 del 26.6.2020 del Direttore Regionale della Direzione Regionale Lombardia dell'INAIL -pervenuto via pec in pari data-, col quale è stata comunicata alla soc. ricorrente la suindicata aggiudicazione dei lavori in favore della Engineering Costruzioni Gruppo Empoli Luce s.r.l.;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ivi compresa la relazione del 22.6.2020 del Responsabile della Struttura Dirigenziale dell'INAIL e la proposta di aggiudicazione del Dirigente dell'Ufficio Attività Strumentali dell'INAIL, di cui si ignora compiutamente il contenuto.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'INAIL - Istituto Nazionale per Assicurazione Contro Infortuni Sul Lavoro e della Società Engineering Costruzioni Gruppo Empoli Luce S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nella Camera di consiglio dell'11 gennaio 2021, celebrata nelle forme di cui all'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 convertito in Legge 18 dicembre 2020, n.176, come modificato dall'art.1, comma 17 del D.L. 31 dicembre 2020, n.183, la relazione del dott. Alberto Di Mario, ed uditi per le parti i difensori intervenuti in collegamento da remoto come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. La società ricorrente ha impugnato, con il ricorso introduttivo, l'atto con il quale l'INAIL ne ha disposto l'esclusione dalla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di adattamento degli ambienti della sede INAIL di Milano, via Mazzini, n. 7. L'esclusione è dipesa dal fatto che la società ricorrente ha fatto presente, a pagg. 9-10 del DGUE, che era stata oggetto di un atto di risoluzione contrattuale ad opera della soc. Cap Holding s.p.a., atto anche annotato dall'ANAC come non comportante l'automatica esclusione della società ricorrente dalle gare.

L'INAIL Direzione Regionale Lombardia, sebbene l'annotazione disposta dall'ANAC non comportasse "l'automatica esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche", ha ritenuto di escludere la ricorrente, a causa di tale risoluzione contrattuale, sulla base delle seguenti considerazioni: "la risoluzione contrattuale è recente (3.12.2019), .. la stessa è ascrivibile non solo al mancato completamento dei lavori appaltati da Cap Holding spa, bensì anche da una documentata contestazione della stazione appaltante di due precedenti episodi di presenza in cantiere di ditte non autorizzate dalla direzione lavori nonché dal mancato ottemperamento alle norme che regolano la sicurezza dei lavoratori in cantiere". La stazione appaltante ha poi specificato di aver valutato non solo l'atto risolutorio ma anche le giustificazioni dell'azienda e la richiesta di autotutela nei confronti dell'atto solutorio, e di aver ritenuto particolarmente significativo il caso della presenza non autorizzata in cantiere della ditta DEFLA, riconducibile ad un subappalto non autorizzato.

Contro il suddetto atto la ricorrente ha sollevato i seguenti motivi di ricorso.

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 80 e 105 del D. Lg.vo 50/2016, come succ. mod. ed int., eccesso di potere per erroneità dei presupposti e di motivazione, travisamento dei fatti, carenza istruttoria ed illogicità.

La ricorrente sostiene che i fatti che hanno determinato la sua esclusione dalla gara sarebbero del tutto erronei.

In primo luogo il “mancato completamento dei lavori appaltati da Cap Holding s.p.a.”, sarebbe una circostanza del tutto inesistente, smentita dalla documentazione trasmessa all’INAIL, in quanto i lavori rimanenti alla scadenza sarebbero del “tutto marginali e non incidenti sull’uso e sulla funzionalità delle opere già realizzate”.

In secondo luogo la valutazione dell’INAIL, secondo la quale “la risoluzione contrattuale è recente (3.12.2019)” sarebbe erronea in quanto la risoluzione è stata disposta il 19.2.2019, cioè circa 10 mesi prima di quanto indicato nell’atto impugnato. In terzo luogo i due “episodi di presenza in cantiere di ditte non autorizzate dalla direzione lavori” e il “mancato ottemperamento alle norme che regolano la sicurezza dei lavoratori in cantiere”, sarebbero fatti privi di rilevanza giuridica in quanto in nessuno dei due casi contestati si sarebbe verificato un subappalto non autorizzato. In particolare nel caso della presenza in cantiere della ditta DEFLA IMPIANTI s.r.l., si sarebbe verificato un distacco di manodopera, limitato a 5 lavoratori, e non un subappalto non autorizzato.

II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 80 e 105 del d.lg.vo 50/2016, come succ. mod. ed int.. eccesso di potere per erroneità dei presupposti e di motivazione, travisamento dei fatti, illogicità e carenza istruttoria.

Secondo la ricorrente non sussistono i requisiti del menzionato art. 80, comma 5, sub c) e c-ter), del D.Lg.vo 50/2016 che sanziona con l’esclusione l’operatore economico invitato alla gara in caso di “gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità e affidabilità”. Infatti mancherebbe il requisito della gravità sia con riferimento ai due presunti subappalti non autorizzati, in quanto il valore delle lavorazioni di cui ai due predetti, asseriti, subappalti, sarebbe molto limitato, ammontando a poche migliaia di euro, sia con riferimento al ritardo nell’inadempimento a causa dell’impedimento frapposto dalla stazione appaltante. L’irrilevanza dei fatti oggetto della risoluzione sarebbe dimostrata anche dal fatto che la ricorrente, in epoca successiva alla risoluzione contrattuale, il 18.3.2019 è

risultata aggiudicataria di un appalto indetto da una controllata di CAP Holding s.p.a. (AMIACQUE s.r.l.), ancora in corso. Anche direttamente Cap Holding s.p.a. non avrebbe escluso la ricorrente da altra gara celebrata pochi giorni dopo che era stata disposta la risoluzione contrattuale *de qua*, così come molte altre imprese del settore.

2. Con ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione della procedura negoziata alla controinteressata Engineering Costruzioni Gruppo Empoli Luce s.r.l per illegittimità derivata, sostenendo che, se fosse stata ammessa alla gara, avrebbe ottenuto l'aggiudicazione, avendo offerto il maggior ribasso percentuale. Ha chiesto anche il risarcimento dei danni.

Con atto di costituzione depositato in data 06/05/20 la stazione appaltante ha eccepito in via pregiudiziale il difetto di legittimazione passiva e di interesse ad agire, perché la ricorrente ha chiesto l'annullamento di atti, quali la risoluzione del contratto adottato da CAP Holding Spa e la conseguente iscrizione nel casellario ANAC, che non sono stati assunti dall'Ente convenuto e su cui altro giudice avrebbe dovuto essere chiamato a giudicare. Nel merito ha chiesto la reiezione del ricorso introduttivo in quanto il provvedimento è stato adottato sulla base di una annotazione inserita nella banca dati di ANAC e la valutazione circa l'affidabilità della controparte contrattuale rientra nell'ambito della discrezionalità dell'amministrazione. In particolare il caso che ha coinvolto la Defla Impianti Srl sarebbe un subappalto non autorizzato, perché erano presenti non solo i lavoratori ma anche mezzi e strumenti di quest'ultima azienda. Inoltre la ricorrente avrebbe ommesso un'altra informazione fondamentale, poi acquisita in via autonoma dal seggio di gara in sede istruttoria, cioè che i casi di subappalto non autorizzato sono stati in realtà ben due, il secondo riguardante l'impresa Montali.

Con memoria depositata in data 16/05/20 la controinteressata ha eccepito l'inammissibilità dei ricorsi nella parte in cui contestano la risoluzione contrattuale, nonché ha dedotto circa la reiezione per il resto, ciò in quanto la valutazione in

ordine alla rilevanza dei comportamenti accertati ai fini della valutazione dell'affidabilità dell'offerente sarebbe rimessa alla più ampia discrezionalità della stazione appaltante.

La ricorrente ha depositato in data 18/05/20 copia dell'atto di citazione nei confronti della società Cap Holding s.p.a., nel quale si chiede al giudice ordinario di accertare l'inesistenza dei presupposti per la risoluzione contrattuale annotata nel Registro ANAC. Con le memorie per l'udienza ha sostenuto che rientrerebbe nei poteri del giudice amministrativo accertare in via incidentale la legittimità della risoluzione e la gravità dell'inadempimento.

All'udienza del 11 gennaio 2021, tenuta da remoto, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

## DIRITTO

1. Le eccezioni, sollevate dalla stazione appaltante e dalla controinteressata di inammissibilità del ricorso nella parte in cui si contesta la fondatezza dei motivi della risoluzione disposta in data 19.2.2019 dell'appalto stipulato tra Cap Holding s.p.a. e la ricorrente, sono infondate.

Infatti, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia del 19 giugno 2019, C-41/18, secondo la quale «l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE, 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 pubblico, 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», deve ritenersi che la valutazione dei motivi della risoluzione contrattuale sia rimessa

interamente alla stazione appaltante che intenda desumere da tale atto l'esistenza di *significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione*, ai sensi dell'art. 80 c. 5 lett. c-ter del Codice dei contratti pubblici (Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), ai fini dell'esclusione di un'impresa dalla gara.

In ossequio all'orientamento sostanzialista assunto dalla Corte di Giustizia, ai fini della valutazione dell'affidabilità e integrità dell'impresa, il giudizio dell'amministrazione non può che investire i fatti che hanno dato vista alla risoluzione in sé, in tutti i loro profili sostanziali, e non la sola valutazione e la qualificazione che di essi abbia fatto la stazione appaltante che ha emanato l'atto negoziale unilaterale di risoluzione, così come neppure sarebbe possibile rimettere tale valutazione al giudice chiamato a decidere del rapporto risolto. Si tratta infatti di un giudizio autonomo di tipo prognostico che non incide in alcun modo sul sottostante rapporto contrattuale risolto.

2. Venendo al merito, il primo motivo del ricorso introduttivo è infondato nella parte in cui contesta i fatti posti a fondamento della risoluzione. Sul punto occorre precisare che l'INAIL ha provveduto ad una autonoma valutazione dei fatti, non limitandosi ad esprimere un giudizio sull'atto risolutorio, ma esercitando anche l'accesso agli atti detenuti da Cap Holding s.p.a. e dall'ANAC ed analizzando la corrispondenza intercorsa tra la società e le controparti contrattuale ed amministrativa.

Dall'esame di questi documenti la stazione appaltante ha ritenuto sussistenti i due casi di subappalto non autorizzato rilevati da Cap Holding s.p.a. e derubricate dalla ricorrente in ipotesi di mera somministrazione di manodopera. L'elemento ritenuto rilevante è stato quello della presenza in cantiere di mezzi dell'impresa, rilevata dalla stazione appaltante, che costituisce sicuro elemento che differenzia l'appalto dalla somministrazione. Infatti secondo l'art. 29 del D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 "1. .... *il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile,*

*si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa".*

D'altra parte i suddetti fatti non sono stati diversamente qualificati dall'ANAC, sebbene questa abbia derubricato il procedimento aperto a seguito della risoluzione in annotazione non escludente.

Deve quindi ritenersi che la stazione appaltante abbia correttamente valutato i fatti rilevati nell'atto risolutorio.

2.1 Per quanto riguarda poi l'errore nell'indicazione nel provvedimento impugnato della data della risoluzione (3.12.2019 invece che 19.2.2019), esso deve ritenersi irrilevante. Infatti un errore di soli sei mesi non determina la macroscopica irragionevolezza del giudizio temporale espresso dall'amministrazione, che ha ritenuto la risoluzione un fatto recente, in considerazione del fatto che le risoluzioni contrattuali non rappresentano fatti quotidiani nell'esecuzioni contrattuali. Trattandosi di fatti che presentano una relativa eccezionalità, secondo l'*id quod plerumque accidit*, i fatti che si verificano all'interno di un intervallo temporale inferiore all'anno possono ritenersi ragionevolmente recenti, ai sensi e per gli effetti dell'art. 80 c. 5 lett. c-ter del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, secondo il quale “*su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione*”.

2.2 Il primo motivo di ricorso va quindi respinto.

3. Anche il secondo motivo di ricorso è infondato.

In merito alla valutazione della gravità dell'inadempimento, si ritiene che in questa sede non ricorrano motivi per discostarsi dall'orientamento prevalente in giurisprudenza secondo cui “*ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, è consentito alle stazioni appaltanti escludere da una procedura di affidamento di contratti pubblici*

*i concorrenti in presenza di pregressi gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la loro integrità o affidabilità. In tali ipotesi, la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto ai fini dell'esclusione dei comportamenti accertati è rimessa alla stazione appaltante" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2018, n. 6786; 23 agosto 2018, n. 5040; sez. V, 11 giugno 2018, n. 3592; 3 aprile 2018, n. 2063; 2 marzo 2018, n. 1299; 4 dicembre 2017, n. 5704) e che "Il legislatore, quindi, ha voluto riconoscere a quest'ultima (stazione appaltante) un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore. Ne consegue che il sindacato che il g.a. è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera "non condivisibilità" della valutazione stessa" (cfr. Cass. Civ., S.U., 17 febbraio 2012, n. 2312). Peraltro, nemmeno le citate linee guida ANAC "smentiscono la suddetta esegesi in base alla quale il pregresso inadempimento, anche se non abbia prodotto gli effetti tipizzati, rileva ai fini dell'esclusione qualora, sulla base del discrezionale giudizio della stazione appaltante, sia idoneo ad integrare il "grave illecito professionale", e sia in grado dunque di ledere l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico" (così Cons. Stato, V, 27 febbraio 2019, n. 1367, citata nell'atto di appello)" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 dicembre 2019, n. 8711; T.A.R. Lazio - Roma, 21 ottobre 2019, n. 12106; TAR Sardegna, I, 22/12/2020 n. 731).*

Ferma restando l'ampiezza del potere discrezionale dell'amministrazione in merito alla valutazione dell'affidabilità dei concorrenti, occorre precisare che il giudizio di gravità del comportamento della ricorrente per il verificarsi di due episodi di presenza in cantiere di ditte non autorizzate dalla direzione lavori, con conseguente mancata denuncia delle attività all'INAIL, non è sicuramente sproporzionato od irragionevole, in considerazione del fatto che la stazione appaltante è un'amministrazione destinata alla tutela della sicurezza dei lavoratori, quindi particolarmente attenta e rigorosa nel valutare le modalità con le quali un'impresa gestisce il personale e la presenza di altre imprese sul cantiere.

3.1 Ne consegue che si tratta di un giudizio non pretestuoso ed idoneo a fondare una valutazione di gravità dell'inadempimento.

In senso opposto non può invocarsi la diversa valutazione effettuata da altre stazioni appaltanti od altre imprese, che non hanno escluso la ricorrente dalle gare o dai contratti, in quanto - come chiarito dalla giurisprudenza (Cass. SS.UU. 8 febbraio 2012 n. 2312) - il giudizio di affidabilità è un “*elemento a carattere squisitamente soggettivo*”.

4. La reiezione del ricorso introduttivo contro l'esclusione dalla gara legittima la reiezione del ricorso per motivi aggiunti proposto contro l'aggiudicazione e la reiezione della domanda di risarcimento dei danni.

5. Le peculiarità della fattispecie giustificano la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sui ricorsi come in epigrafe proposti anche mediante motivi aggiunti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella Camera di consiglio dell'11 gennaio 2021, tenutasi con collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft Teams (piattaforma in uso presso la Giustizia amministrativa giusto l'art 3, comma 2, dell'Allegato 3 al Decreto Presidente del Consiglio di Stato n.134 del 22 maggio 2020), ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 convertito in Legge 18 dicembre 2020, n.176, come modificato dall'art.1, comma 17 del D.L. 31 dicembre 2020, n.183, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Oscar Marongiu, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Alberto Di Mario**

**IL PRESIDENTE**  
**Gabriele Nunziata**

IL SEGRETARIO