

N. 00187/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00153/2023 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 il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 153 del 2023, proposto da
Soc. Edificanda S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Iacoacci, Toni De Simone, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ente di Decentramento Regionale Pordenone, non costituito in giudizio;

nei confronti

Copia S.r.l., non costituito in giudizio;

per l'annullamento,

previa adozione di misure cautelari,

a) della nota prot. n. 0001638-P del 20 febbraio 2023 è stato comunicato l'avvio del
procedimento teso al rigetto dell'istanza di subappalto;

- b) del decreto nr. 412 del 27/03/2023 di rigetto dell'istanza di subappalto dei lavori alla ditta COPIA S.r.l.;
- c) per quanto possa occorrere, dell'articolo 10 del disciplinare di gara dell'appalto, dell'art. 41 comma 3 del capitolato d'appalto amministrativo e di ogni parte del capitolato d'appalto amministrativo, del bando di gara e del disciplinare che impongono limitazione al subappalto in contrasto con il diritto comunitario;
- d) di ogni altro provvedimento presupposto che impone limitazione al subappalto in contrasto con il diritto comunitario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2023 il dott. Luca Emanuele Ricci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente, affidataria dei lavori di realizzazione di *“un nuovo edificio scolastico in Via Interna n° 12 in Comune di Pordenone”*, ha domandato all’Ente di decentramento regionale di essere autorizzata a subappaltare ad altra impresa parte delle opere inerenti la realizzazione degli impianti idrico-sanitario, di trattamento dell’aria, di riscaldamento e raffrescamento, ad esclusione delle componenti radianti, inclusi nelle categorie, OS3 ed OS28, per l’importo complessivo di € 720.000,00.

1.1. L’E.D.R., con provvedimento del 27.02.2023 ha respinto l’istanza. Ha infatti rilevato che, secondo le disposizioni del bando di gara e del capitolato, solo la

categoria OS3 è interamente subappaltabile (per € 149.895,65), mentre la categoria OS28 è subappaltabile nella misura massima di € 298.664,21. Il valore complessivo del subappalto autorizzabile non può quindi eccedere la somma € 448.559,96.

1.2. L'impresa aggiudicataria, pur invitata a modificare la propria istanza per consentirne il positivo apprezzamento, non ha ritenuto di procedere in tal senso e, dopo aver ricevuto un provvedimento di diniego, ha adito questo Tribunale per ottenere il suo annullamento.

2. La ricorrente lamenta la *“violazione della sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea 27 novembre 2019, emessa nel giudizio C-402/18 e delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici”*, essendo stato sancito dal Giudice europeo il principio per cui non possono porsi limiti generali al subappalto, indipendentemente dalla tipologia di prestazione.

3. Non si è costituita in giudizio l'amministrazione resistente, benché notificata al domicilio digitale – indirizzo PEC edr.pordenone@certregione.fvg.it – indicato nell'Indice IPA. Tale notificazione appare valida ai sensi dell'art. 16-ter, comma 1-ter del d.l. 179 del 2012, non avendo l'E.D.R. di Pordenone iscritto un proprio indirizzo PEC nell'elenco “principale” ai fini delle notificazioni, formato dal Ministero della giustizia e disciplinato dall'art. 16, comma 12 del medesimo d.l.

4. All'udienza in camera di consiglio del 24.05.2023, il Tribunale ha informato la difesa della ricorrente dell'intenzione di definire il merito del giudizio con sentenza breve, ai sensi dell'art. 60 del c.p.a. Il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5. Il ricorso è manifestamente infondato.

5.1. La ricorrente lamenta la mancata applicazione, nella fase esecutiva del rapporto contrattuale, della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sez. V, 26.09.2019, C-63/18, *Vitali s.p.a.*), che ha dichiarato incompatibile con la direttiva

2014/24/UE la disposizione nazionale – art. 105, comma 2, codice dei contratti pubblici all'epoca vigente – avente l'effetto di limitare *“al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi”*.

5.2. Il ragionamento non è condivisibile, fin dalle sue premesse. La ricorrente non considera, innanzitutto, che la Corte non ha inteso censurare in assoluto la previsione di limiti quantitativi al subappalto, ma solo la loro fissazione in via generale ed astratta ad opera della fonte primaria. Una disposizione come l'art. 105, comma 2 del Codice vigente *ratione temporis*, nella sua assolutezza e indistinta applicabilità, viene ritenuta in contrasto con il principio di proporzionalità, potendo ipotizzarsi misure meno restrittive e parimenti idonee a perseguire l'obiettivo avuto di mira dal legislatore italiano, cioè il contrasto alla criminalità organizzata. Secondo la Corte, in particolare (par. 40 della sentenza): *“la normativa nazionale di cui al procedimento principale vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore”*.

5.3. La C.G.U.E. ha dunque inteso preservare, anche in materia di subappalto, la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici, consentendo loro di valutare, con la necessaria elasticità, le caratteristiche della situazione concreta. Considerata la *ratio* della pronuncia, non è possibile ricavarne un divieto assoluto all'apposizione di limiti quantitativi al subappalto, che porterebbe ugualmente a vincolare – pur se in senso opposto rispetto al censurato art. 105, comma 2 del Codice – l'azione degli Enti aggiudicatori. Non a caso, anche il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36 del 2023), pur non prevedendo limiti generali al subappalto, lascia le stazioni

appaltanti libere di disciplinarne il ricorso in senso restrittivo, attraverso l'indicazione nei documenti di gara delle prestazioni “*da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto ...*” (art. 119, comma 2).

5.4. A ciò si aggiunga che la previsione contestata dalla ricorrente non deriva direttamente dalla legge, ma rinviene il suo fondamento esclusivo nella *lex specialis* e, dopo la stipula del contratto, nella volontà negoziale delle parti, che hanno liberamente accettato una determinata disciplina del rapporto. Anche l'eventuale disapplicazione della norma primaria non sembra quindi idonea a privare di efficacia le disposizioni speciali e negoziali che la recepiscono.

5.5. Nella vicenda in esame, in ogni caso, il limite del 30% contestato (relativo al subappalto dei lavori nella categoria “*OS28 Impianti Termici e condizionamento*”) è fissato dall'art. 10 del disciplinare di gara non in termini generali, ma con riferimento a una specifica categoria di prestazioni e giustificato da “*precise ragioni tecniche*”. Esso risulta quindi frutto di una valutazione “in concreto” dell'ente aggiudicatore, espressamente salvaguardata dalla C.G.U.E.

5.6. Si osserva, inoltre, che alla data di indizione della procedura (con decreto n. 199 del 17.11.2020) la legge italiana stabiliva un limite al subappalto diverso e più elevato rispetto al 30% indicato nella *lex specialis* per la prestazione “*OS28 Impianti Termici e condizionamento*” e pari al 40% (per effetto dell'innalzamento operato con l'art. 1, comma 18, della l. 14.06.2019, n. 55, di conversione del d.l. 32 del 2019, c.d. “Sblocca cantieri”). Ciò avvalorava la tesi per cui la previsione del disciplinare non sarebbe una semplice trasposizione del limite generale ritenuto illegittimo dal giudice europeo, ma il frutto di una valutazione autonoma della stazione appaltante, in quanto tale non contrastante con la Direttiva 2014/24/UE,

5.7. Ancora, le contestazioni in esame sono state svolte dalla ricorrente solo in fase esecutiva e risultano incompatibili con la sua precedente condotta, oltre che irrispettose del principio generale dell'ordinamento giuridico che vieta di "*venire contra factum proprium*". La società, infatti, ha in più occasioni dimostrato di accettare il limite imposto dall'amministrazione, che pure avrebbe avuto la possibilità di contestare tempestivamente. Essa, in particolare:

- non ha impugnato le pertinenti disposizioni della *lex specialis*, nell'ambito di una procedura (indetta il 17.11.2020) di oltre un anno successiva alla sentenza della C.G.U.E. oggi valorizzata (pubblicata il 26.09.2019);
- successivamente, in data 05.03.2021, ha liberamente sottoscritto il contratto che, attraverso il rinvio al Capitolato di gara, recepiva il suddetto limite.

5.8. Infine, anche il precedente citato nel ricorso (*Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 8 febbraio 2022, n. 112*) non risulta attinente al caso in esame. Quella pronuncia, infatti, non ha disapplicato il limite quantitativo alle prestazioni subappaltabili, di cui si discute, bensì il differente divieto (previsto dall'art. 118, comma 4 del d.lgs. 163 del 2006, poi trasfuso nell'art. 105, comma 14 del d.lgs. 50 del 2016) di affidare le prestazioni in subappalto per corrispettivi inferiori di oltre il 20 % rispetto ai prezzi praticati dall'aggiudicatario, ritenuto incompatibile con il diritto europeo dalla C.G.U.E. (sent. sez. V, 27.11.2019, C-402/18). In quel caso, inoltre, la stazione appaltante aveva negato il subappalto facendo diretto ed esclusivo richiamo alla disposizione censurata in sede europea (art. 105, comma 14 del Codice) e non a previsioni della *lex specialis* o del contratto.

6. Per i motivi esposti, il ricorso deve essere respinto.

6.1. Nulla sulle spese, vista la mancata costituzione dell'amministrazione resistente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli-Venezia Giulia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Nulla sulle spese

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Oria Settesoldi, Presidente

Manuela Sinigoi, Consigliere

Luca Emanuele Ricci, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Luca Emanuele Ricci

IL PRESIDENTE

Oria Settesoldi

IL SEGRETARIO