

Pubblicato il 19/11/2021

N. 00975/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00667/2021 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 staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 667 del 2021, proposto da S.A.L.C. S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Salvadori e Emanuela Lorrai, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Anas S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato e domiciliata in Brescia, presso gli Uffici di quest'ultima, via S. Caterina, 6;

nei confronti

Cristiano Group S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della nota prot. n. U.0654175 del 18 ottobre 2021, con cui l'ANAS ha opposto un diniego parziale all'autorizzazione al subappalto, avendo ritenuto che un ribasso superiore al 20% su una voce di prezzo non fosse ammissibile;
- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale a quello impugnato, ivi comprese le note non conosciute del Direttore dei Lavori e del RUP richiamate nel provvedimento impugnato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2021 la dott.ssa Mara Bertagnolli e udito il procuratore di parte ricorrente, come specificato nel verbale;

Ravvisati i presupposti per la definizione della controversia con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., così come da apposito avviso verbalizzato;

L'odierna ricorrente è l'affidataria dei lavori ANAS per la realizzazione del raccordo autostradale tra l'autostrada A/4 e la Val Trompia – Tronco Ospitaletto tratto Concesio/Sarezzo, compreso lo svincolo di Concesio Lotto 1, giusto contratto di appalto sottoscritto in data 19 luglio 2018.

Con nota del 9 settembre 2021, trasmessa il 10 settembre 2021, essa ha chiesto, con motivo di urgenza, l'autorizzazione a subappaltare alla Cristiano Group S.r.l. i lavori per l'esecuzione delle opere strutturali speciali rappresentate da delle berlinesi di micropali da realizzarsi all'imbocco Lumezzane, propedeutiche alla successiva esecuzione della galleria che costituisce l'opera principale.

Secondo quanto dedotto in ricorso, ad autorizzazione già concessa per esser trascorsi 30 giorni dalla ricezione della richiesta di subappalto, con la nota impugnata del 18 ottobre 2021 ANAS ha opposto un diniego parziale al subappalto (o meglio

una revoca parziale del subappalto già autorizzato dopo trenta giorni dalla relativa richiesta), escludendo dall'autorizzazione la voce di prezzo N.P.909.B02.110.b, inerente alle opere d'arte fondazioni – diaframmi – pali – tubo per micropali di ogni dimensione – in acciaio S355 3 con o senza valvolatura, in quanto il ribasso operato dal subappaltatore per la posa in opera è risultato essere superiore al 20%.

Secondo parte ricorrente, tale conclusione cui è addivenuta la stazione appaltante sarebbe fondata sull'erroneo presupposto che esista un tale limite e senza che sia dimostrato l'effettivo superamento di esso, posto che il limite in questione sarebbe applicabile alle sole opere quotate in variante nel 2017 e non anche in relazione a quelle quotate nel 2007 e suscettibili di revisione, ma sarebbe impossibile distinguere tra le lavorazioni riconducibili all'una o all'altra categoria.

Poiché l'impossibilità di subappaltare tali lavorazioni comporterebbe l'impossibilità di proseguire per l'intera opera, parte ricorrente ha chiesto la concessione di una tutela cautelare che è stata già rigettata in sede monocratica.

Nel relativo decreto presidenziale è stata evidenziata la sussistenza di profili di carenza di giurisdizione, che il Collegio ritiene debbano necessariamente condurre a declinare quella del giudice amministrativo a favore del giudice ordinario.

A tale proposito si deve ricordare che la giurisprudenza ormai consolidata delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, afferma il principio secondo cui, in linea generale, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto tutti gli atti della serie negoziale successivi alla stipulazione del contratto (cfr., sul punto, Cass., Sez. un., ord. 10 aprile 2017, n. 9149; Id., 31 maggio 2016, n. 11366; Id., ord. n. 5446/2012.).

Con specifico riferimento alla giurisdizione sui provvedimenti di rilascio o diniego dell'autorizzazione al subappalto, va preliminarmente chiarito che, in assenza di autorizzazione, l'appaltatore non può affidare l'esecuzione della prestazione in

subappalto e sull'eventuale contratto, nullo, la giurisdizione compete al giudice ordinario.

Non così piana è l'individuazione del giudice avente cognizione nell'ipotesi in cui la stazione appaltante abbia negato l'autorizzazione.

Al riguardo, secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, che valorizza il momento in cui interviene l'atto censurato, il diniego di autorizzazione al subappalto non attiene alle procedure di affidamento di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a., trattandosi di modalità esecutiva della prestazione rimessa alla determinazione delle parti, che si porrebbero su di un piano paritetico assimilabile a quello dell'appaltante privato ai sensi dell'art. 1656 c.c. Pertanto, non assumerebbe rilevanza nessun potere discrezionale o comunque pubblicistico ed il relativo contenzioso sarebbe di spettanza del G.O. (nella sentenza Tar, Lazio, Roma, Sez. III, 6 aprile 2016, n. 4181 si legge, infatti, che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative alla legittimità del diniego di autorizzazione al subappalto opposto dalla stazione appaltante alla ditta aggiudicataria, atteso che la questione giuridica in discussione attiene alla fase esecutiva del rapporto contrattuale).

Altro orientamento sostiene, invece, che l'autorizzazione e il diniego di autorizzazione sono atti amministrativi in ordine ai quali i privati vantano posizioni d'interesse legittimo, rimesse alla cognizione del giudice amministrativo. Ciò, in particolare, quando vengano in considerazione profili che hanno indubbi riflessi connessi al perseguimento dell'interesse pubblico, come nel caso in cui sia dubbia la sussistenza dei requisiti soggettivi del subappaltatore.

Considerando, invece, la specifica motivazione opposta all'avversato diniego nella fattispecie in esame, correlata all'eccessivo sconto praticato (peraltro sulla scorta di una previsione, quella dell'art. 105 del d. lgs. 50/2016, che riprende quella dell'art. 118 del d. lgs. 163/2006, dichiarata non conforme al diritto europeo con sentenza

27 novembre 2019, causa C-402/18) e non anche ad aspetti connessi alla individuazione del subappaltatore in termini di verifica dei necessari requisiti, nella fattispecie il Collegio ritiene di poter aderire all'orientamento maggioritario che conduce ad escludere la giurisdizione del giudice amministrativo.

Dunque, a prescindere dal fatto che il limite del ribasso non superiore al 20 %, di cui al comma 14 dell'art. 105, è stato eliminato (a seguito proprio della citata pronuncia della Corte di giustizia) dal decreto semplificazioni, D.L. n. 77/2021, convertito in legge 29 luglio 2021, n. 108, ciò che è determinante è che il diniego è stato fondato esclusivamente sulla pedissequa applicazione di una norma (non più in vigore al momento dell'adozione del provvedimento impugnato) destinata a disciplinare il rapporto obbligatorio intercorrente tra stazione appaltante e appaltatore e la sua esecuzione, escludendo ogni esercizio di potere pubblico.

Ne discende la declaratoria della giurisdizione del giudice civile, con conseguente assegnazione del termine di tre mesi per la riassunzione della controversia avanti a quest'ultimo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara il difetto di giurisdizione in favore dell'Autorità giudiziaria ordinaria.

Assegna alle parti termine di tre mesi, decorrenti dal passaggio in giudicato della presente sentenza per riassumere la causa avanti il giudice fornito di giurisdizione.

Poiché la vicenda presenta, tuttavia, le peculiarità sopra evidenziate, le spese di questo giudizio possono essere compensate tra le parti.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Bernardo Massari, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Mara Bertagnolli

IL PRESIDENTE
Bernardo Massari

IL SEGRETARIO