

Pubblicato il 08/02/2022

N. 00112/2022 REG.PROV.COLL.

N. 00059/2022 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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 120 c.p.a, nel giudizio introdotto con il ricorso numero di registro generale 59 del 2022, proposto da S.A.L.C. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, assistita e difesa 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, assistita e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Brescia, domiciliataria ex lege;

nei confronti

Cristiano Group S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della nota 18 ottobre 2021, prot. n. U.0654175, con cui ANAS ha opposto un diniego parziale all'autorizzazione al subappalto, avendo ritenuto non ammissibile un ribasso superiore al 20% su una voce di prezzo;

- di ogni altro atto presupposto, connesso 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 il pres. cons. Angelo Gabbricci nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2022, svoltasi da remoto ex art. 7 bis del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, convertito con l. 16 settembre 2021, n. 126, presenti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Nel luglio 2018, S.A.L.C. S.p.A. stipulò un contratto d'appalto per lavori stradali con ANAS S.p.A., alla quale chiese, nel settembre 2021, l'autorizzazione a subappaltare parte delle opere a Cristiano Group S.r.l..

1.2. La committente, con nota 18 ottobre 2021, oppose un diniego parziale: esclude cioè dall'autorizzazione una lavorazione, corrispondente alla 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 al subappaltatore era stato assegnato un corrispettivo dichiarato “non congruo”, perché ribassato di oltre il 20% rispetto al prezzo stabilito tra ANAS e S.p.A., in violazione dell'art. 105, XIV comma, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

1.3. Questa disposizione, sebbene non citata nella nota, prevedeva infatti – fino alla modifica introdotta dall'articolo 49, I comma, lettera b), del d.l. 31 maggio

2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108 – che “L'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto (...); la stazione appaltante (...) provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione”; analoga disposizione era contenuta nel previgente art. 118 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

2.1. La committente S.A.L.C. ha allora impugnato l'autorizzazione, limitatamente al diniego parziale, rilevando, in principalità, la violazione della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea 27 novembre 2019, emessa nel giudizio C-402/18, (e, più in generale, delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici).

2.2. In tale decisione, si rappresenta in ricorso, il giudice comunitario, “ha stabilito che è illegittima e contraria alle direttive comunitarie una norma nazionale che limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione. Con la conseguenza che il limite del ribasso del 20% contenuto nell'art. 105, comma 14, del d.lgs. n. 50/2016, e prima ancora nell'art. 118, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 non è più applicabile nella fattispecie in esame, riferendosi ad un appalto sopra soglia comunitaria e, quindi, soggetto alle disposizioni comunitarie”.

2.3. Le sentenze della Corte di Giustizia, seguita la ricorrente, sono direttamente e immediatamente vincolanti nell'ordinamento interno degli Stati dell'Unione, per cui le norme anche primarie che con quelle contrastino devono essere disapplicate, tanto dall'autorità giurisdizionale, quanto dai soggetti pubblici, e tale è l'ANAS S.p.A., quale stazione appaltante di un'opera pubblica: pertanto “il limite del 20% per l'affidamento dei subappalti nell'ambito degli appalti sopra soglia comunitaria non sussiste più” e “il diniego al subappalto per la sola circostanza che si sia

superato il limite del 20% di ribasso è illegittimo, in quanto è venuto meno (...) il divieto di superamento di detto ribasso”.

3.1. Con sentenza 19 novembre 2021, n. 975, la Seconda Sezione di questa Sede ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia, richiamando il principio secondo cui, in materia di appalti, rientrano ordinariamente nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto tutti gli atti della serie negoziale successivi alla stipulazione del contratto, e includendovi anche il ricorso avverso il diniego di autorizzazione al subappalto.

3.2. Avverso tale decisione è stato interposto appello, accolto dal Consiglio di Stato con sentenza 11 gennaio 2022, n. 171, della V Sezione, che ha rimesso nuovamente la controversia al primo giudice: il ricorso è stato quindi costì riassunto, naturalmente riproponendo le medesime censure, e viene qui deciso con decisione in forma semplificata di accoglimento, come di seguito motivata.

4.1. Invero, la citata sentenza 27 novembre 2019 della Corte stabilisce la regola per cui “la direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, dev’essere interpretata nel senso che: ... essa osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall’aggiudicazione”.

La normativa nazionale in questione era appunto quella italiana, e la previsione rilevante era all’epoca, come già ricordato, l’art. 118, IV comma, del d.lgs. n. 163/2006, poi sostituito dall’analogo art. 105, XIV comma, del d.lgs. n. 50/2016.

4.2.1. Ebbene, come, pur laconicamente, osserva parte ricorrente – e nulla ha opposto la parte resistente, almeno in entrambe le fasi del giudizio di I grado - le sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea hanno il valore di fonte del

diritto comunitario nella interpretazione delle norme comunitarie e nella individuazione degli ambiti di applicazione delle stesse, con efficacia immediata e diretta nel nostro ordinamento.

4.2.2. Ciò, anzitutto, comporta che la non applicazione della disposizione interna, contrastante con l'ordinamento comunitario, costituisce un potere-dovere anzitutto per il giudice (conf. C.d.S. VI, 11 novembre 2019, n.7874; conf. ex multis, id. 3 maggio 2019, n. 2890; V, 28 febbraio 2018, n. 1219), così da realizzare la piena applicazione delle norme comunitarie, di rango preminente rispetto a quelle dei singoli Stati membri: “la pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia crea l'obbligo del giudice nazionale di uniformarsi ad essa e l'eventuale violazione di tale obbligo vizierebbe la sentenza secondo la disciplina dell'ordinamento interno e, al contempo, darebbe luogo a una procedura di infrazione nei confronti dello stato di cui quel giudice è organo” (C.d.S. VI, 7874/2019 cit.).

4.2.3. Inoltre, sempre la condivisibile giurisprudenza maggioritaria stabilisce che non è solo l'autorità giudiziaria a dover così operare, poiché la disapplicazione è un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per gli apparati amministrativi che, attraverso i suoi funzionari, siano chiamati ad applicare la norma interna contrastante con il diritto euro – unitario, in particolare qualora tale conflitto sia stabilito da una fonte univoca, quale appunto le sentenze della Corte (si tratta di una conclusione risalente, in sede europea, già a Corte di Giustizia delle Comunità europee, 22 giugno 1989, C-103/88 e poi a Corte di Giustizia dell'Unione europea 24 maggio 2012, C-97/11; per la Corte costituzionale alla sentenza 21 aprile 1989 n. 232, e, quanto alla giurisprudenza amministrativa, sino almeno a C.d.S., VI, 23 maggio 2006 n. 3072; tra le ultime, C.d.S. VI, 7874/2019 cit.; id. V, 5 marzo 2018, n. 1342).

5.1. Ne consegue dunque che il ricorso è fondato.

Il provvedimento di ANAS è illegittimo poiché la stessa committente avrebbe dovuto disapplicare la norma interna e non opporsi in parte qua al subappalto; in ogni caso, la disapplicazione, secondo quanto sopra esposto spetterebbe direttamente al giudice: con conseguente annullamento, comunque, secondo quanto sopra esposto, della previsione impugnata.

5.2. È peraltro da aggiungere che, come già inizialmente ricordato, il citato art. 105, XIV comma, del d.lgs. n. 50/2016, alla data del 18 ottobre 2021 (quando cioè ANAS escluse la lavorazione in questione dal subappalto) era già stato modificato per effetto dell'art. 49, I comma, lett. b), del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, in senso conforme alla ripetuta sentenza C.G.U.E. 27 novembre 2019, C-402/18: ed è proprio la coerenza con la nuova disposizione di legge che consente a questo giudice di valorizzare tuttora la fonte comunitaria.

5.3. Per effetto della riforma, e per quanto d'interesse, nell'art. 105, XIV comma, è stato soppresso il riferimento ai limiti di ribasso per i prezzi e ora si stabilisce invece che “Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale”.

5.4. Pertanto, annullato il diniego di autorizzazione, la committente dovrà ripronunciarsi, entro 15 giorni dalla comunicazione o dalla notificazione della presente sentenza, sulla domanda di subappalto della S.A.L.C. per 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 conformità a quanto attualmente previsto dalla norma di legge.

6. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento in epigrafe impugnato.

Condanna l'Amministrazione resistente alla rifusione delle spese di giudizio, che liquida in € 2.500,00, oltre alla restituzione della somma corrispondente al contributo unificato versato con il passaggio in giudicato della presente decisione.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2022, svoltasi da remoto, secondo quanto previsto dall' art. 7-bis, I comma, del d.l. 23 luglio 2021, n. 105, e dall'articolo 13-quater delle norme di attuazione del codice del processo amministrativo, con l'intervento dei signori magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente, Estensore

Ariberto Sabino Limongelli, Consigliere

Luca Pavia, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO