

SUBAPPALTO – RICORSO GIURISDIZIONALE PER L'ANNULLAMENTO DEL DINIEGO DI AUTORIZZAZIONE AL SUBAPPALTO – PROPOSIZIONE DA PARTE DEK SUBAPPALTATORE – INAMMISSIBILITÀ – DIFETTO DI LEGITTIMAZIONE.

TAR Lazio, Roma, Sez. I, sentenza del 26 luglio 2023, n. 12656

Dall'esame di tali disposizioni [ovvero dalla nozione di subappalto ex art. 105 comma 2 del d.lgs. n. 50/2016 e dal relativo procedimento autorizzatorio di cui al quarto comma del medesimo art. 105] si evince che è l'affidatario del contratto che può richiedere all'Amministrazione appaltante l'autorizzazione ad avvalersi del subappaltatore, sicché l'eventuale diniego viene espresso sull'istanza proposta dall'appaltatore.

Sulla base di tale notazione, già nella vigenza del precedente Codice degli appalti (d.lgs. n. 163/2006) la giurisprudenza di questo Tribunale ha ritenuto che il subappaltatore non fosse legittimato ad impugnare il diniego di subappalto, osservando che, poiché ricade "sull'appaltatore la responsabilità dell'eventuale inadempimento (parziale o totale), non può che essere a lui rimessa la decisione, dettata da considerazioni di carattere tecnico-aziendale, di avvalersi di un subappaltatore per lo svolgimento (di parte) delle prestazioni necessarie per garantire l'esatto adempimento del contratto e in ultima analisi il raggiungimento del risultato voluto dalle parti", e che l'autorizzazione della stazione appaltante "opera pur sempre come rimozione di un limite alla scelta, effettuata dall'appaltatore quale responsabile dell'esecuzione del contratto, di una determinata modalità esecutiva; tanto che il diniego di subappalto, imponendo il reperimento di soluzioni alternative (in caso di non contestazione), potrebbe incidere proprio sulla possibilità dell'esecutore di assicurare l'esatto (e il tempestivo) adempimento delle proprie prestazioni" (Tar Lazio, sez. III ter, 8 settembre 2017, n. 9638).

Publicato il 26/07/2023

N. 12656/2023 REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9466 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Sirfin-Pa s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Selvaggi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Giustizia, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Ibm Italia s.p.a., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

del provvedimento del Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria, del personale e dei servizi della Direzione Generale dei Sistemi Informativi dell'Amministrazione (DGSIA) del Ministero della Giustizia di diniego di subappalto su richiesta della società IBM Italia s.p.a., nei confronti della ricorrente e il diniego delle Amministrazioni in relazione all'" *Atto di significazione e diffida con istanza di adozione di provvedimenti in autotutela*";

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Sirfin-Pa S.r.l. il 26/5/2022:

della nota del 3.3.2022, prot. m_dg.DOG07AR.11/03/2022.0000396.U con la quale il Direttore del DGSIA del Ministero della Giustizia, in adempimento all'ordinanza n. 6501/21 del TAR del Lazio, ha disposto il rigetto della domanda e ha negato il subappalto;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2023 la dott.ssa Francesca Petrucciani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe Sirfin-Pa s.r.l. ha impugnato il provvedimento del Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria, del personale e dei servizi della Direzione Generale dei Sistemi Informativi dell'Amministrazione (DGSIA) del Ministero della Giustizia con il quale è stata respinta l'istanza di autorizzazione al subappalto formulata dalla società IBM Italia s.p.a.

La ricorrente ha dedotto che il Ministero della Giustizia aveva bandito la gara informale ai sensi *ex art.* 162 del d.lgs. 50/2016 (Contratti secretati), per le forniture di un insieme di servizi, suddivisi in 8 Lotti, per il supporto nella gestione dei sistemi e delle reti, per l'assistenza agli utenti nella gestione delle postazioni di lavoro e l'assistenza applicativa.

A tale gara la ricorrente Sirfin-PA s.r.l. non era stata invitata, essendone venuta a conoscenza solo tramite la società IBM Italia s.p.a. che le aveva proposto l'affidamento, in regime di subappalto, di alcuni servizi relativi al Lotto 1.

Sirfin aveva formulato la propria articolata offerta in data 22.6.2018, al fine di ottenere in regime di subappalto l'affidamento del Servizio di supporto nella gestione delle Sale Server,

del Servizio di monitoraggio sistemi e reti, del Servizio di gestione della Piattaforma IT e del Servizio di supporto specialistico a consumo, per un ammontare complessivo di € 3.359.885,00.

Sirfin possedeva tutti i requisiti per la partecipazione alla gara, e le relative dichiarazioni erano state fornite a IBM contestualmente all'offerta.

Nel corso della procedura di gara, la ricorrente era venuta informalmente a conoscenza del fatto che IBM Italia s.p.a. era divenuta aggiudicataria per il Lotto 1 e aveva richiesto l'autorizzazione al subappalto per la Sirfin-PA s.r.l. conformemente agli accordi intercorsi fra le parti; tuttavia l'autorizzazione al subappalto era stata denegata, con provvedimento di estremi sconosciuti.

In data 5 giugno 2021, Sirfin aveva inviato alle Amministrazioni resistenti un "*Atto di significazione e diffida con istanza di adozione di provvedimenti in autotutela*", rappresentando il proprio interesse ad avere conoscenza delle determinazioni della Direzione Generale in ordine al subappalto e chiedendo il riesame della determinazione di diniego, senza alcun esito.

A sostegno del ricorso sono state formulate, in unico motivo, le censure di violazione e falsa applicazione dell'art. 105 d.lgs. n. 50/16, violazione dell'art. 3 della l. 241/90, eccesso di potere per irragionevolezza e ingiustizia manifesta e violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

Il provvedimento di diniego doveva ritenersi illegittimo, in quanto la ricorrente possedeva tutti i requisiti previsti dall'art. 105 del Codice dei contratti pubblici per il subappalto.

Si è costituito il Ministero della Giustizia resistendo al ricorso.

Con ordinanza n. 10825 del 21 ottobre 2021, questa Sezione ha disposto l'acquisizione in via istruttoria a cura dell'Amministrazione procedente del provvedimento impugnato e di tutti gli atti del procedimento.

All'esito del deposito della documentazione richiesta, con motivi aggiunti depositati il 26 maggio 2022 la ricorrente ha impugnato la nota del 3.3.2022 con la quale il Direttore del

Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria, del personale e dei servizi della Direzione Generale dei Sistemi Informativi dell'Amministrazione (DGSIA) del Ministero della Giustizia ha negato l'autorizzazione al subappalto.

I motivi aggiunti sono stati affidati alle censure di violazione dell'art. 105 del d.lgs. n. 50/16, violazione dell'art. 41 Cost. ed eccesso di potere per sviamento.

L'Amministrazione resistente aveva negato il subappalto nei confronti di Sirfin richiamandosi alla prescrizione relativa ai requisiti per la partecipazione alla gara, rilevando la sussistenza di una condizione impeditiva nel fatto che Sirfin-PA era stata invitata alla procedura di gara informale ex art. 162 del d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento dello sviluppo del sistema informativo unitario telematico del processo penale e per la manutenzione e diffusione degli attuali sistemi dell'Area penale del Ministero della Giustizia e servizi correlati.

Il Ministero della Giustizia aveva evidenziato, al riguardo, che *“la ratio del criterio posto nell'individuazione degli operatori economici da invitare era finalizzata ad evitare che il Ministero della Giustizia e i suoi delicati sistemi informativi si ritrovassero ad avere gli stessi fornitori nelle attività di sviluppo dei sistemi informativi e di assistenza agli stessi, generando, in questa eventualità, una commistione nella conduzione delle due tipologie di attività, con potenziale grave pregiudizio alla capacità dello stesso Ministero di discriminare le responsabilità contrattuali e prestazionali dei relativi fornitori”*.

Tuttavia, secondo la ricorrente la clausola del bando che conteneva tale criterio era riferita alla selezione degli operatori economici da invitare e non alle imprese subappaltatrici, di tal che il diniego doveva ritenersi illegittimo.

All'udienza pubblica del 19 aprile 2023 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

Secondo quanto disposto dall'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, *“Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad*

oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare"; il successivo quarto comma della disposizione stabilisce che "I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché:

(...)

b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria e non sussistano a suo carico i motivi di esclusione di cui all'articolo 80; (lettera così modificata dall'articolo 10, comma 1, della legge n. 238 del 2021)

c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare".

Dall'esame di tali disposizioni si evince che è l'affidatario del contratto che può richiedere all'Amministrazione appaltante l'autorizzazione ad avvalersi del subappaltatore, sicché l'eventuale diniego viene espresso sull'istanza proposta dall'appaltatore.

Sulla base di tale notazione, già nella vigenza del precedente Codice degli appalti (d.lgs. n. 163/2006) la giurisprudenza di questo Tribunale ha ritenuto che il subappaltatore non fosse legittimato ad impugnare il diniego di subappalto, osservando che, poiché ricade "sull'appaltatore la responsabilità dell'eventuale inadempimento (parziale o totale), non può che essere a lui rimessa la decisione, dettata da considerazioni di carattere tecnico-aziendale, di avvalersi di un subappaltatore per lo svolgimento (di parte) delle prestazioni necessarie per garantire l'esatto adempimento del contratto e in ultima analisi il raggiungimento del risultato voluto dalle parti", e che l'autorizzazione della stazione appaltante "opera pur sempre come rimozione di un limite alla scelta, effettuata dall'appaltatore quale responsabile dell'esecuzione del contratto, di una determinata modalità esecutiva; tanto che il diniego di subappalto, imponendo il reperimento di soluzioni alternative (in caso di non contestazione), potrebbe incidere proprio sulla possibilità

dell'esecutore di assicurare l'esatto (e il tempestivo) adempimento delle proprie prestazioni" (Tar Lazio, sez. III ter, 8 settembre 2017, n. 9638).

Alla luce di tali considerazioni deve escludersi che il subappaltatore sia legittimato a impugnare il diniego di autorizzazione al subappalto adottato nei confronti dell'appaltatore, ossia nei confronti del soggetto che con la presentazione della relativa istanza ha palesato il suo interesse diretto, concreto e attuale a ricorrere a questa particolare modalità adempitiva.

L'eventuale interesse del subappaltatore all'esecuzione del subappalto, in tale contesto, costituisce interesse di mero fatto, non azionabile né in sede procedimentale (come risulta dalla disciplina di riferimento) né in sede giurisdizionale.

Il ricorso deve quindi essere dichiarato inammissibile.

La peculiarità della questione controversa giustifica, comunque, la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Francesca Petrucciani, Consigliere, Estensore

Filippo Maria Tropiano, Consigliere

L'ESTENSORE
Francesca Petrucciani

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO