

Subappalto e subfornitura: spunti (non solo) giurisprudenziali

di Irene Lazzaro

Data di pubblicazione: 27-1-2025

La giurisprudenza, più volte pronunciata sulla differenza da individuare tra subfornitura e subappalto, ha costantemente rinvenuto l'elemento caratterizzante del subappalto nell'autonomia con cui il soggetto terzo esegue le prestazioni ad esso commissionate, al contrario di ciò che avviene nella subfornitura, laddove l'impresa terza viene ad essere sostanzialmente inserita nel ciclo produttivo dell'appaltatore, con conseguente dipendenza tecnica, e anche economica, da quest'ultimo.

Pubblicato il 21/01/2025

N. 00095/2025 REG.PROV.COLL.

N. 01352/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1352 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da Sparta S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG Y433CF8F73, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Annoni e Leonardo Frattesi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Calugi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

di: LEF S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Vinti e Rosamaria Lo Grasso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento della Rete Ferroviaria Italiana – R.F.I. – S.p.A. prot. RFI-RS/A0011/P/2024/0001033 in data 2 luglio 2024 con il quale: (-) è stata annullata in autotutela l'aggiudicazione precedentemente disposta in data 29.04.2024 in favore della Sparta S.r.l. della procedura di gara sottosoglia bandita dalla stessa R.F.I. S.p.A. per l'affidamento della “Fornitura di un banco prova a onde convogliate applicato agli impianti LFM per il miglioramento della sicurezza nelle gallerie ferroviarie - CIG: Y433CF8F73”; (-) è stata disposta l'esclusione della Sparta S.r.l. dalla predetta procedura di gara in ragione della ritenuta anomalia dell'offerta presentata da tale concorrente, nonché il conseguente scorrimento della graduatoria finale a beneficio dell'operatore economico secondo graduato LEF S.r.l.; (-) è stato disposto “l'avvio delle verifiche di legge” in capo alla suddetta LEF S.r.l. “ai fini dell'eventuale aggiudicazione”;

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura di gara in favore della LEF S.r.l. laddove *medio tempore* intervenuto;

- di ogni ulteriore atto a questi connesso, presupposto e/o consequenziale ivi compresa la nota di R.F.I. S.p.A. in data 10 giugno 2024 con la quale è stato comunicato alla Sparta S.r.l. l'avvio del procedimento finalizzato all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione della gara disposta in data 29.04.2024 in favore della medesima Sparta S.r.l.

nonché per il risarcimento del danno in forma specifica mediante riammissione della Sparta S.r.l. alla gara e ripristino dell'aggiudicazione, con conseguimento del contratto d'appalto previa declaratoria di inefficacia ex artt. 121 e 122 c.p.a. del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato fra la stazione appaltante e la controinteressata LEF S.r.l., ovvero, in subordine, per equivalente monetario;

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da LEF S.r.l. l'8 ottobre 2024:

- del provvedimento della Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. prot. RFIRS/A0011/P/2024/0001033 in data 2 luglio 2024 con il quale è stata annullata in autotutela l'aggiudicazione precedentemente disposta in data 29 aprile 2024 in favore della Sparta S.r.l. della procedura di gara sottosoglia bandita dalla stessa R.F.I. S.p.A. per l'affidamento della “Fornitura di un banco prova a onde convogliate applicato agli impianti LFM per il miglioramento della sicurezza nelle

gallerie ferroviarie - CIG: Y433CF8F73 ed è stata disposta l'esclusione della medesima Sparta S.r.l. dalla predetta procedura di gara in ragione della anomalia dell'offerta, nonché di tutti gli atti sottesi e connessi a tale provvedimento e alla nuova istruttoria condotta dalla Stazione appaltante, nella sola parte in cui non hanno rilevato le ulteriori ragioni di illegittimità dell'offerta della Sparta e di anomalia dell'offerta, anch'esse tali da condurre all'esclusione della Sparta S.r.l., dedotte nel ricorso incidentale;

nonché ove occorrer possa

- del provvedimento/nota del 29/4/2024 con cui R.F.I. S.p.A. aveva aggiudicato la gara per la *"Fornitura di un banco prova a onde convogliate applicato agli impianti LFM per il miglioramento della sicurezza nelle gallerie ferroviarie - CIG: Y433CF8F73"* alla società Sparta S.r.l. e della nota del 29 aprile 2024 con cui RFI ha comunicato a LEF *"che non è risultata aggiudicataria della procedura di gara in oggetto"*;

- di tutti i verbali di gara inclusi i relativi allegati, sia delle sedute pubbliche che delle sedute riservate, nessuno escluso, tra cui la comunicazione dell'8/2/2024, il verbale della seduta del 16/2/2024 (protocollato il 21/2/2024 RFI-RSA0011P2024000226) e il verbale integrativo del 24/4/2024, nella parte in cui l'offerta presentata da Sparta S.r.l. è stata ammessa, valutata e inserita utilmente in graduatoria;

- della graduatoria finale di gara e del verbale e del provvedimento con cui R.F.I. S.p.A. aveva approvato gli atti di gara, nelle parti in cui l'offerta dell'impresa Sparta S.r.l. era stata inserita utilmente in graduatoria ed era risultata aggiudicataria;

- di tutti i documenti, atti e verbali di gara, inclusi i relativi allegati, afferenti, nessuno escluso, alla verifica di anomalia dell'offerta della Sparta S.r.l., tra cui la richiesta di avvio della Verifica Congruità Offerta del 14/3/2024, la relazione del tecnico incaricato della Struttura interessata alla fornitura di cui alla procedura in oggetto del 16/4/2024, nella parte in cui lo stesso aveva ritenuto congrua l'offerta di Sparta S.r.l., il verbale del 24/4/2024 con cui il RUP ha preso atto della relazione che ha rilevato la congruità dell'offerta di Sparta S.r.l., ritenendo sussistenti le condizioni per procedere all'aggiudicazione in favore di quest'ultima e del verbale del 29/4/2024, laddove non è stata rilevata l'incongruità dell'offerta dell'impresa Sparta S.r.l. e non ne è stata disposta l'esclusione;

- della nota del 22 febbraio 2024, con cui il RUP ha richiesto all'operatore economico Sparta S.r.l. le giustificazioni dell'anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97, comma 5, D.Lgs. 50/2016;

- dei giustificativi resi dalla Sparta S.r.l., ove ritenuti integranti la motivazione a corredo dei provvedimenti con cui è stata ritenuta congrua la relativa offerta;

- della nota del 24 aprile 2024 e degli altri atti con cui il RUP ha trasmesso la documentazione di gara e gli atti della verifica di anomalia, in special modo nella parte in cui ha proposto l'aggiudicazione del servizio in oggetto all'operatore economico Sparta S.r.l. anziché disporre l'esclusione;

- della nota del 10 giugno 2024, con cui R.F.I. S.p.A., pur correttamente avviando il procedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione disposta in favore di Sparta S.r.l., ha, nondimeno, ritenuto di assegnare alla stessa un termine per chiarimenti piuttosto che procedere all'esclusione immediata della stessa per violazione di legge e comunque per evidente incongruità dell'offerta;

- di tutti gli atti di gara, ivi compresi la determina a contrarre, la lettera di invito, il disciplinare di gara e i relativi allegati, il capitolato tecnico e i relativi allegati e i chiarimenti forniti dalla Stazione Appaltante, laddove intesi in senso contrario a quanto dedotto con il ricorso incidentale;

- di tutti gli atti presupposti, consequenziali e connessi;

nonché per il riconoscimento del diritto della ricorrente incidentale a ottenere/mantenere l'aggiudicazione ovvero ad essere risarcita in forma specifica mediante aggiudicazione in proprio favore o mediante subentro nel contratto ove *medio tempore* stipulato con la ricorrente principale, previa dichiarazione di inefficacia dello stesso e/o subentro;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Sparta S.r.l. il 21 ottobre 2024:

- della relazione prot. RS/A0011/P/2024/000825 in data 2 luglio 2024 a firma del Responsabile della UO Ricerca e Sviluppo di RFI S.p.A. recante riscontro "*alla richiesta di analisi e valutazioni*" formulata dal RUP con la nota RSA0011P2024000968 del 24 giugno 2024;

- della nota RSA0011P2024000968 del 24 giugno 2024;

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura di gara in favore della LEF S.r.l. laddove *medio tempore* intervenuto;

- di ogni ulteriore atto a questi connesso, presupposto e/o consequenziale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di LEF S.r.l. e di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 8 gennaio 2025 la dott.ssa Katuscia Papi e uditi per la ricorrente incidentale e per la società resistente i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Rete Ferroviaria Italiana – R.F.I. – S.p.A., in data 9 gennaio 2024, trasmetteva alle società Sparta S.r.l. e LEF S.r.l. lettera d'invito a presentare un'offerta nell'ambito della procedura negoziata indetta ai sensi dell'art. 14, comma 2, lett. b), del D. Lgs. 36/2023, avente ad oggetto l'affidamento, secondo il criterio del prezzo più basso, della «fornitura e realizzazione di un banco prova atto a testare le funzionalità di comando, controllo e diagnostica, mediante la comunicazione ad Onde Convogliate, delle apparecchiature periferiche di un impianto LFM per il miglioramento della sicurezza nelle gallerie ferroviarie, per le attività di Ricerca e Sviluppo della microstruttura Ambienti di Prove e Sperimentazioni Elettriche e Materiale Rotabile all'interno della macrostruttura Laboratori di Innovazioni, Prove e Sperimentazioni di R&S». l'importo a base di gara era determinato in €. 35.120,73 oltre IVA.

La lettera d'invito, all'art. 10, rinviava espressamente allo schema di contratto per la disciplina del subappalto. L'art. 12 dello Schema di contratto, intitolato «Divieto di subappalto e verifiche antimafia», prevedeva al primo comma che: «1. Il presente Contratto non può essere ceduto a pena di nullità. Il Fornitore non può ricorrere all'istituto del subappalto».

Il capitolato tecnico di gara precisava inoltre quanto segue: «L'oggetto dell'appalto è costituito dalla fornitura delle apparecchiature e l'allestimento e configurazione di un banco prova che dovrà permettere di testare tutte le funzionalità, quelle con elevata priorità e quelle relative alla lettura stati e diagnostica delle apparecchiature periferiche costituenti gli impianti LFM per il miglioramento della sicurezza nelle gallerie ferroviarie, tramite l'utilizzo del protocollo di comunicazione ad Onde Convogliate (Power Line), secondo lo standard G3-PLC in conformità alla norma CENELEC EN 50065-1, prevedendo la banda B» (art. 2.1); la consegna dovrà essere effettuata a spese dell'appaltatore presso i Laboratori di Innovazione di R.F.I. S.p.A. in Osmannoro (Fi), e potrà avvenire «entro 90 giorni dalla consegna delle prestazioni anche simultaneamente» (art. 2.4); «Nella fornitura in oggetto, è prevista la programmazione di un corso di formazione volto a conoscere la tecnologia consegnata che dovrà tenersi entro 20 giorni dal completamento della fornitura in opera di tutta la strumentazione. Il corso dovrà avere una durata minima di 24 ore lavorative (tre giorni naturali e consecutivi), ed essere erogato in lingua italiana. Si tratta di un corso finalizzato alla conoscenza approfondita della strumentazione, con prove e test da svolgersi in laboratorio. Dovranno essere trattati, in modo completo ed esaustivo, tutti gli argomenti necessari per il corretto utilizzo della strumentazione oggetto di fornitura. Il piano formativo del corso sarà elaborato dall'appaltatore. Il corso sarà erogato presso la sede di RFI Spa, Laboratori di Innovazione, Prove e Sperimentazioni, Via Curzio Malaparte 8, 50145 Firenze Osmannoro. Per l'effettuazione del corso di formazione dovrà essere utilizzata la strumentazione oggetto di fornitura» (art. 2.7).

2. Le due ditte invitate presentavano le proprie offerte: quella di Sparta S.r.l. indicava il prezzo più basso, pari a €. 12.520,51, con un ribasso del 66% sulla base d'asta, mentre LEF S.r.l. aveva offerto €. 31.433,05, con un ribasso del 10,5%.

3. R.F.I. S.p.A. procedeva alla verifica di congruità sulle due offerte presentate, con l'ausilio della struttura Ricerca e Sviluppo della società appaltante, che con relazione del 16 aprile 2024 riteneva congrue le offerte di Sparta S.r.l. e di LEF S.r.l. La relazione era in seguito valutata – con esito positivo – dalla Commissione di gara nella seduta del 24 aprile 2024.

Con nota del RUP in data 29 aprile 2024 veniva comunicata a Sparta S.r.l. l'aggiudicazione definitiva, che sarebbe divenuta efficace a seguito del positivo esito della verifica di possesso dei requisiti di legge, ai sensi dell'art. 17, comma 5, D. Lgs. 36/2023.

4. LEF S.r.l., con nota trasmessa a R.F.I. S.p.A. il 5 giugno 2024, evidenziava la sussistenza di alcune ritenute ragioni di non congruità dell'offerta di Sparta S.r.l., con riferimento alla mancata giustificazione di alcuni costi.

Mediante nota prot. 896 in data 10 giugno 2024 R.F.I. S.p.A. comunicava a Sparta l'avvio del procedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva disposta in data 29 aprile 2024, esponendo i rilievi di LEF S.r.l. e chiedendo la trasmissione di memorie e controdeduzioni, puntualmente prodotte dall'aggiudicataria.

4.1. Con provvedimento conclusivo del succitato procedimento emesso in data 2 luglio 2024, R.F.I. S.p.A. annullava in autotutela l'aggiudicazione definitiva precedentemente posta in essere in favore di Sparta S.r.l.; escludeva Sparta S.r.l. dalla gara in ragione della ritenuta anomalia dell'offerta presentata; disponeva lo scorrimento della graduatoria finale in favore di LEF S.r.l. e dava avvio alle «*verifiche di legge*» in capo alla società seconda graduata «*ai fini dell'eventuale aggiudicazione*».

La motivazione veniva resa nei seguenti termini: «*[...] all'esito della analisi delle controdeduzioni prodotte da Sparta S.r.l., anche con l'ausilio della competente struttura tecnica del Committente, si ritiene che le stesse non abbiano chiarito i profili di criticità rilevati e non possano considerarsi soddisfacenti per le ragioni che seguono: (-) relativamente alle ore di lavoro necessarie all'installazione in sito degli apparecchi illuminati a LED, oltre ai pulsanti luminosi d'emergenza del dispositivo MAE e tutto il cablaggio di emergenza: l'installazione del sistema avverrebbe direttamente e completamente sul posto, senza specificare come verrebbero gestiti i cablaggi e i fissaggi delle apparecchiature; il sistema definito da Sparta S.r.l. come "connettorizzato tipo plug and play" renderebbe veloce soltanto l'innesto dei cavi, ma non avrebbe effetti, per esempio, nelle attività di fissaggio degli stessi e dei dispositivi, che dovrà essere realizzato in uno spazio apposito all'interno del laboratorio; (-) in relazione alla quotazione dei costi di trasferta: l'attività di formazione sarebbe successiva alla realizzazione/installazione del sistema e le attività del tecnico incaricato non sarebbero, in alcun modo, contemporanee all'attività di formazione a cui si fa riferimento; inoltre, la formazione avrebbe una durata di 3 giorni lavorativi e non risulta chiaro quali sarebbero i costi di trasferta; (-) relativamente alla fornitura dei pulsanti di emergenza: si fa riferimento ad una tariffa oraria di 10 euro non meglio specificata e non si comprende se per quanto riguarda la docenza e l'installazione si intenderebbe procedere con attività esternalizzata o meno; - relativamente al software da fornire non è stata esplicitata alcuna quotazione per il tecnico programmatore. Considerato: (-) che i suddetti profili di criticità, emersi in occasione dell'istanza di autotutela presentata da LEF S.r.l. e nel corso del procedimento avviato per l'annullamento in autotutela, conducono a rivalutare in senso negativo - anche alla luce delle osservazioni rese dall'aggiudicatario - la congruità dei costi dichiarati nell'offerta; (-) altresì, che nell'ambito della procedura non è stato dichiarato il costo della manodopera per le attività esternalizzate, così come non è stato indicato il CCNL di riferimento, e ciò non ha consentito alla Stazione appaltante di verificarne l'incidenza al fine di inquadrare i relativi contratti*

nell'ambito subappalto - vietato dalla lex di gara - o della (sub)fornitura».

5. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio Sparta S.r.l. impugnava il provvedimento di autotutela indicato al precedente punto 4.1, e gli ulteriori atti emarginati in epigrafe, chiedendone l'annullamento, previa concessione della tutela cautelare, sulla base di plurimi argomenti di censura.

La società ricorrente evidenziava in particolare la contraddittorietà tra le due valutazioni di congruità poste in essere da R.F.I. S.p.A. (*primo motivo*), nelle quali si addiveniva ad esiti contrapposti pur se svolte sulla base della medesima documentazione; denunciava l'assenza di un adeguato contraddittorio procedimentale (*secondo motivo*), essendo state poste a fondamento del provvedimento finale considerazioni non indicate nella comunicazione di avvio e non essendo stato trasmesso l'avviso ex art. 10 *bis* L. 241/1990; sosteneva la capienza dei costi indicati per l'attività di formazione e relativa trasferta del personale, nonché per la fornitura dei pulsanti e del software (*terzo motivo*); deduceva l'irrilevanza dei costi della manodopera negli appalti di fornitura e la natura di subfornitura – e non di subappalto – dei contratti di esternalizzazione dichiarati (*quarto motivo*); sottolineava infine (*quinto motivo*) il possesso di tutti i requisiti di partecipazione richiesti dal bando. Veniva altresì proposta domanda risarcitoria.

5.1. Si costituivano in giudizio R.F.I. S.p.A. e LEF S.r.l. resistendo al ricorso, di cui sostenevano l'infondatezza nel merito, e in ordine al quale veniva eccepita (da LEF S.r.l.) l'inammissibilità, in quanto diretto a sindacare atti espressivi di elevata discrezionalità tecnico-amministrativa.

6. Con ricorso ex art. 42 c.p.a. depositato l'8 ottobre 2024 la controinteressata LEF S.r.l. impugnava in via incidentale l'ammissione alla gara di Sparta S.r.l., e gli ulteriori atti indicati in epigrafe, chiedendone l'annullamento.

LEF S.r.l. sosteneva (*primo motivo incidentale*) che Sparta S.r.l., avendo integralmente esternalizzato le prestazioni oggetto di gara, aveva violato il principio di personalità nell'esecuzione del contratto, posto dall'art. 119, comma 1, D. Lgs. 36/2023, nonché il divieto di subappalto stabilito dall'art. 10 della lettera d'invito e dall'art. 12 dello schema di contratto; l'offerta di Sparta S.r.l. sarebbe inoltre (*secondo motivo incidentale*) difforme dalla *lex specialis*, essendo con essa proposte modalità di esecuzione dell'installazione in contrasto con le specifiche tecniche richiamate dal capitolato e di erogazione del corso formativo in violazione della separazione tra la fase di installazione e quella di formazione; quanto al corso, si evidenziava ulteriormente la sottostima dei relativi costi, unitamente a quelli considerati per la garanzia e per la fornitura di alcuni dispositivi, con conseguente ulteriore profilo di non congruità dell'offerta, stante l'esiguità dell'utile evidenziato dalla ricorrente principale, complessivamente pari a €. 554,29.

6.1. Sparta S.r.l. instava per la reiezione del ricorso incidentale, del quale eccepiva altresì l'inammissibilità, per non avere LEF S.r.l. impugnato il provvedimento di R.F.I. S.p.A. del 2 luglio 2024, emesso a seguito dell'istanza di autotutela della stessa LEF, laddove la società appaltante aveva espressamente dichiarato il possesso, in capo a Sparta, della «*competenza*

necessaria alla realizzazione del progetto».

7. Sparta S.r.l., con ricorso ex art. 43 c.p.a. depositato il 21 ottobre 2024 proponeva motivi aggiunti di gravame e impugnava altresì la relazione tecnica a supporto della declaratoria di non congruità della propria offerta, datata 2 luglio 2024, nonché gli altri atti indicati in epigrafe.

La ricorrente principale evidenziava ulteriormente la contraddittorietà già indicata nel ricorso introduttivo, nonché la carenza motivazionale dell'esclusione con riferimento ai presupposti di adozione dell'autoannullamento ex art. 21 *nonies* L. 241/1990 (*sesto motivo – primo aggiunto*); contestava inoltre (*settimo motivo – secondo aggiunto*) la valutazione della struttura tecnica, laddove la stessa aveva evidenziato l'insufficienza delle ore-uomo considerate e la necessaria presenza di due operatori per l'installazione, la necessità di installare appositi cablaggi, la non sovrapponibilità delle attività di formazione e installazione, l'eccessiva esiguità del costo indicato per la fornitura e programmazione del laptop; Sparta S.r.l. affermava inoltre la piena legittimità delle esternalizzazioni comprensive del costo della manodopera, consistenti in contratti di subfornitura, e non in subappalti, unica forma (quest'ultima) di approvvigionamento presso terzi vietata dalla legge di gara.

7.1. LEF S.r.l. e R.F.I. S.p.A. si opponevano all'accoglimento dei motivi aggiunti, ritenendoli infondati nel merito e LEF sollevava eccezione di inammissibilità degli stessi, in quanto diretti a contestare la legittimità di attività connotate da ampia discrezionalità tecnica della stazione appaltante.

8. Alla camera di consiglio del 9 ottobre 2024 la parte ricorrente principale rinunciava all'istanza cautelare e veniva fissata, nell'accordo delle parti, la pubblica udienza dell'08/01/2025 per la trattazione della controversia nel merito (v. verbale).

All'udienza pubblica dell'8 gennaio 2025 il Collegio tratteneva la causa in decisione.

9. Il Collegio ritiene di scrutinare per primo il ricorso incidentale, avente portata potenzialmente escludente dell'offerta di Sparta S.r.l.

Al riguardo, va preliminarmente esaminata l'eccezione di rito sollevata da Sparta S.r.l., che risulta destituita di fondamento. Il provvedimento del 2 luglio 2024 era infatti pienamente soddisfacente degli interessi di LEF S.r.l. e, per conseguenza, la società non aveva alcun interesse attuale alla relativa impugnazione. L'interesse ad intraprendere l'azione di annullamento sorgeva con la presentazione del ricorso principale di Sparta S.r.l., a seguito del quale LEF proponeva il proprio ricorso ex art. 42 c.p.a., che è quindi pienamente ammissibile e tempestivo.

Si procede dunque alla disamina del gravame incidentale nel merito.

9.1. Il primo motivo incidentale è fondato, avendo Sparta S.r.l. presentato un'offerta che, in violazione della *lex specialis*, prevedeva un massiccio ricorso all'istituto del subappalto, come di seguito precisato.

9.1.1. Dalla documentazione presente nel fascicolo di causa si evince che, per mezzo di una pluralità di negozi, Sparta S.r.l. ha commissionato a terzi l'esecuzione di singole parti delle plurime prestazioni ad essa affidate, in modo tale che, nell'insieme, risulta provato che nessuna delle prestazioni oggetto dell'appalto sarebbe stata direttamente eseguita dalla società prima aggiudicataria. La circostanza era del resto rivendicata dalla stessa Sparta S.r.l., che a più riprese, e con riferimento a tutte le prestazioni, affermava di non essere tenuta a giustificare i costi della manodopera, in quanto integralmente facenti capo a quelli che la stessa società definiva propri "subfornitori".

In particolare, i documenti 16.a, 16.b, 16.c, 16.d, 16.e e 16.f del fascicolo di parte di LEF S.r.l., costituiti dalle schede riepilogative dell'offerta redatte da Sparta S.r.l., unitamente alle copie dei contratti e/o ai preventivi, stipulati e/o provenienti dalle ditte terze, evidenziano che, per ogni prestazione, viene individuata una fornitura o erogazione da eseguirsi ad opera di imprese diverse da Sparta S.r.l., e la connessa attività di manodopera (installazione, collaudo, ecc.) è indicata come esternalizzata, con un costo ricompreso nel compenso dell'acquisizione dei relativi beni. Le schede sopra elencate riguardano, nello specifico: (-) la fornitura e posa in opera di «*Pulsanti luminosi di emergenza*», interamente indicata come «*esternalizzata*», con il costo della manodopera per l'attività di assemblaggio incluso nel costo di acquisizione; (-) la fornitura della componente «*MAE* », indicata come esternalizzata, il cui costo della manodopera è «*Incluso nella attività esternalizzata a [...] fornitura completa prodotto*»; (-) gli «*Apparecchi illuminati a LED Vie di Esodo-Riferimento*», per il quale si utilizza la stessa dicitura; (-) i «*Cavi di alimentazione [...] per collegamento MAE a dispositivi periferici*», con identica indicazione; (-) l'«*Installazione in sito*», anch'essa definita nella relativa scheda come «*Attività esternalizzata*», e per la quale si indica un costo unitario della manodopera, per il quale si specifica: «*Incluso viaggio*».

Ancora, passando alla fornitura informatica, il preventivo del fornitore Daniele Fabbri (doc. 22 fascicolo Sparta S.r.l.) dimostra che anche tale prestazione era oggetto di integrale esternalizzazione, espressamente comprensiva del costo della manodopera, laddove ivi si fa riferimento a «*Modifica piattaforma Software CR-Manager*».

Nella sostanza, le descritte prestazioni oggetto dell'appalto vengono *in toto* esternalizzate.

9.1.2. Ai fini della decisione della causa, occorre ora stabilire se tali esternalizzazioni siano avvenute mediante contratto di sub-fornitura, come affermato dalla Sparta S.r.l., ovvero attraverso il ricorso al subappalto, tesi sostenuta invece da LEF S.r.l.

I caratteri distintivi del subappalto sono individuati dall'art. 119, comma 2, primo periodo, D. Lgs. 36/2023, che lo definisce come «*il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore*».

La giurisprudenza, più volte pronunciata sulla differenza da individuare tra subfornitura e subappalto, ha costantemente rinvenuto l'elemento caratterizzante del subappalto nell'autonomia con cui il soggetto terzo esegue le prestazioni ad esso commissionate, al contrario di ciò che avviene nella subfornitura, laddove l'impresa terza viene ad essere

sostanzialmente inserita nel ciclo produttivo dell'appaltatore, con conseguente dipendenza tecnica, e anche economica, da quest'ultimo: *«È l'inserimento del subfornitore nel ciclo produttivo del fornitore a richiedere che la lavorazione da parte del primo avvenga secondo la progettualità e le direttive tecniche impartite dal secondo (rispondenti alle esigenze di mercato da quest'ultimo intercettate), per cui la cosiddetta dipendenza tecnica — da valutarsi caso per caso e in rapporto alla natura della lavorazione in concreto affidata in subfornitura — si pone come il risvolto operativo attraverso il quale normalmente si denota la dipendenza economica, di cui è elemento qualificante e sintomatico. Sul piano concettuale, questo elemento diversifica il rapporto di subfornitura commerciale (susceptibile di essere realizzato attraverso altri schemi negoziali) dal subappalto d'opera o di servizi, nel quale il subappaltatore è chiamato, nel raggiungimento del risultato, ad una prestazione rispondente ad autonomia non solo organizzativa e imprenditoriale, ma anche tecnico esecutiva»* (T.A.R. Lazio, Roma, I, 20 febbraio 2018 n. 1956; T.A.R. Lombardia, Brescia, I, 7 febbraio 2019).

Orbene, nella fattispecie che costituisce oggetto di causa, tutti i soggetti esterni individuati da Sparta S.r.l. risultano esercitare un'attività pienamente autonoma rispetto a quella della società ricorrente principale, non essendo stati dimostrati legami connotati da un inserimento funzionale di un'impresa nel ciclo produttivo dell'altra né, a ben vedere, alcun legame di particolare intensità, nemmeno di carattere meramente commerciale, ovvero fonte di qualsivoglia dipendenza tecnica o economica delle imprese terze da Sparta S.r.l. Peraltro, la ricorrente principale non ha dimostrato, *ab imis*, l'esistenza stessa di una propria struttura e di un proprio ciclo produttivo (dipendenti, impianti).

In conclusione, le esternalizzazioni poste in essere da Sparta S.r.l. sono configurabili come subappalto.

A maggior ragione, la qualificazione in termini di subappalto vale per l'attività di installazione dei cavi commissionata da Sparta S.r.l. a La Scintilla S.c.r.l. (Allegato 21 – 1bis del fascicolo di parte LEF S.r.l.), per la quale è previsto un importo complessivo di €. 424,00, di cui €. 200,00 per il materiale e i residui €. 224,00 (deve desumersi) per 8 ore di manodopera necessaria all'installazione: in questo caso ci si trova infatti nell'ulteriore ed aggiuntiva ipotesi di subappalto espressamente individuata dal secondo periodo dell'art. 119, comma 2, D. Lgs. 36/2023, in virtù del quale: *«2. [...] Costituisce, comunque, subappalto di lavori qualsiasi contratto stipulato dall'appaltatore con terzi avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera [...], se singolarmente di importo superiore al 2% dell'importo delle prestazioni affidate [...] e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare»*. Quella richiesta a La Scintilla S.c.r.l. è invero una fornitura con posa in opera, nella quale è necessario l'impiego di personale, ove l'incidenza della manodopera oltrepassa la metà dell'importo complessivo (€. 224,00 su €. 424,00), e il cui ammontare è superiore al 2% del contratto da affidare. Infatti, il preventivo presenta un importo complessivo di €. 424,00, superiore al 2% del prezzo offerto da Sparta S.r.l., da quantificarsi in €. 250,40 (a tanto ammonta, per l'appunto, il 2% di €. 12.520,41, offerto dalla ricorrente principale).

Per mero scrupolo, si evidenzia che, in ogni caso, le caratteristiche quantitative indicate al secondo periodo dell'art. 119, comma 2, D. Lgs. 36/2023 qualificano casi ulteriori di

subappalto rispetto all'ipotesi generale descritta al primo periodo, che richiede la sola dimostrazione dell'affidamento a terzi dell'esecuzione di parte delle prestazioni affidate, con organizzazione di mezzi e rischi a carico dell'impresa esecutrice. In tal senso, sia pure con riferimento alla formulazione del previgente art. 105 D. Lgs. 50/2016 – sostanzialmente sovrapponibile, nella parte che qui interessa, a quella del citato art. 119 D. Lgs. 36/2023 – : «è sufficiente dimostrare, ai sensi del primo inciso dello stesso art. 105, che, come nella specie, è stata affidata a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni oggetto del contratto di appalto. Più precisamente dalla piana lettura del citato art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016 risulta, come già sottolineato, che "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". I requisiti indicati dall'appellante – importo superiore al 2% delle prestazioni affidate o superiore a 100.000 € e incidenza del costo della manodopera e del personale superiore al 50% – non sono richiesti per aversi subappalto ma costituiscono ulteriori ipotesi in cui v'è subappalto, come emerge chiaramente dall'utilizzo della locuzione "costituisce, comunque, subappalto"» (Consiglio di Stato, IV, 11 dicembre 2023 n. 10675).

In definitiva, l'offerta della società prima graduata contemplava il ricorso al subappalto per la sostanziale totalità delle prestazioni ad essa appaltate.

9.1.3. L'offerta di Sparta S.r.l., per quanto sopra, violava il divieto di subappalto contenuto negli artt. 10 della lettera d'invito e 12 dello schema di contratto, e come tale avrebbe dovuto essere esclusa *ex ante* dalla gara.

Del resto, la suddetta clausola non veniva impugnata dalla ricorrente principale, ed era dunque vincolante per i partecipanti e per la stazione appaltante, che alla stessa si era auto-vincolata mediante l'adozione della *lex specialis*.

Risulta perciò illegittimo il provvedimento di ammissione della società ricorrente principale e tutti gli atti successivi e consequenziali all'ammissione stessa, tra cui l'aggiudicazione inizialmente disposta in favore della società.

9.2. Si assorbono, per ragioni di sinteticità ed economia processuale (ai sensi degli artt. 74 e 120 c.p.a.), le ulteriori censure proposte da LEF S.r.l. nel ricorso ex art. 42 c.p.a., e non specificamente esaminate.

10. Risultano per conseguenza improcedibili, per sopravvenuto difetto di interesse alla relativa decisione, il ricorso introduttivo e quello per motivi aggiunti proposti da Sparta S.r.l. La società ricorrente principale non potrebbe invero trarre alcun beneficio dall'eventuale accoglimento dei gravami proposti, posto che un'ipotetica pronuncia favorevole a Sparta rimuoverebbe l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, che risulta però già annullata per effetto della presente pronuncia (si veda il precedente punto 9.1.3); nel contempo, non avendo impugnato a sua volta l'ammissione di LEF S.r.l., la ricorrente principale nemmeno potrebbe far valere la sussistenza di un interesse strumentale alla ripetizione della gara.

11. Si dà infine atto che le istanze di esibizione documentale presenti nel ricorso introduttivo venivano evase dalla stazione appaltante in corso di causa, come dichiarato anche da Sparta

S.r.l. nel ricorso per motivi aggiunti (v. pag. 6).

12. In definitiva il ricorso incidentale, siccome fondato, deve essere accolto, con conseguente annullamento dell'ammissione di Sparta S.r.l. alla gara, e di tutti gli atti consequenziali; vanno dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso introduttivo e quello per motivi aggiunti.

13. Le spese del giudizio vengono compensate, attesa la peculiarità delle vicende che hanno formato oggetto di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso principale, sul ricorso per motivi aggiunti e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti, così provvede:

- a) accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto, annulla l'ammissione alla gara di Sparta S.r.l. e tutti gli atti consequenziali;
- b) dichiara improcedibili il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti;
- c) compensa le spese di lite tra tutte le parti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Vitucci, Presidente FF

Katiuscia Papi, Primo Referendario, Estensore

Marcello Faviere, Primo Referendario

Guida alla lettura

La sentenza in epigrafe svolge importanti considerazioni sulla **dicotomia subappalto – subfornitura**, ricostruendone i diversi campi applicativi.

Al fine di meglio inquadrare la *quaestio iuris*, occorre preliminarmente rappresentare che, nella causa in esame, il Tribunale Amministrativo per il Lazio ha deciso in merito al ricorso presentato da parte attrice, la quale lamentava l'illegittimità dell'aggiudicazione di un contratto d'appalto in capo alla controinteressata, avvenuta in conseguenza dell'annullamento in autotutela operata dalla Stazione Appaltante del primo provvedimento di aggiudicazione

disposto in favore della ricorrente stessa, successivamente esclusa.

In particolare, detto provvedimento di autotutela avrebbe trovato il proprio fondamento nella nuova valutazione - stimolata dalla società concorrente - in termini di subappalto (escluso dalla lettera d'invito) intervenuta relativamente alla configurazione del costituendo rapporto giuridico che avrebbe permesso all'originaria aggiudicatrice di esternalizzare parte delle attività oggetto della commessa.

Il giudice amministrativo ha respinto il ricorso e, muovendo dalle doglianze presentate con ricorso incidentale dalla controinteressata, ha delineato, in sede di motivazione del dispositivo, presupposti e condizioni applicativi dei due istituti di cui in premessa.

Occorre procedere con ordine.

A mente dell'**articolo 119, d.lgs. n. 36/2023**, ***“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, con organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore”***.

In pratica, il rapporto giuridico originante dalla stipula di un contratto di subappalto, in considerazione della *ratio* dell'istituto, è del tutto assimilabile a quello derivante dalla stipula del contratto d'appalto, la cui esecuzione ne costituisce la ragion d'essere. In tal senso, è stato brillantemente evidenziato dai giudici di Palazzo Spada che sul piano sostanziale deriva che: ***“L'appaltatore trasferisce a terzi l'esecuzione direttamente a favore della stazione appaltante di una parte delle prestazioni negoziali, configurando così un vero e proprio contratto – derivato di carattere trilaterale”*** (Cons. Stato, Sez. III, 30 novembre 2018, n. 6822).

Quanto alla subfornitura, questa è disciplinata dalla **L. 18 giugno 1998, n. 192**, il cui **articolo 1, comma 1**, stabilisce quanto segue: ***“Con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente”***.

Attraverso tale tipologia di contratto, pertanto, il subfornitore si “impegna” a mettere a disposizione dell'appaltatore le proprie conoscenze e competenze tecnico-operative, ma concorrendo al buon esito del contratto d'appalto solo in relazione all'apporto concretamente offerto all'aggiudicatario, sulla base delle sue stesse indicazioni, il quale, potrebbe dirsi, continua a configurarsi come unico esecutore della commessa.

Come hanno affermato i giudici di legittimità, il contratto di subfornitura può allora essere definito come una ***“estrinsecazione contrattuale di una forma non paritetica di cooperazione imprenditoriale; nella quale la dipendenza economica del subfornitore si***

palesa, oltre che sul piano del rapporto commerciale e di mercato (reso particolarmente eclatante in tutte le ipotesi nelle quali il committente funga sostanzialmente da monoclente del subfornitore), **anche su quello delle direttive tecniche di esecuzione, assunte nel loro più ampio e variegato spettro**” (Cass. Civ. Sez. III, 25 agosto 2014 n. 18186).

Da tali premesse consegue che il Tribunale amministrativo per la regione Toscana, nel ripercorrere un consolidato orientamento giurisprudenziale, ha correttamente individuato il **discrimen** tra contratto di subappalto e contratto di subfornitura nel **grado di autonomia con cui il terzo individuato per l’esecuzione di parte delle prestazioni vi adempie**.

Così, **nel primo caso**, come già anticipato, detta autonomia è tanto forte che al subappaltatore è richiesto di **approntare, in favore dell’aggiudicatario, un’organizzazione di mezzi e rischi al fine dell’esecuzione delle prestazioni**.

Nel secondo caso, di converso, **si assiste all’inserimento del subfornitore in un determinato livello del processo produttivo, sotto le direttive del fornitore che determinano la dipendenza tecnica del subfornitore quanto a progetto, specifiche e know how di realizzazione della subfornitura**.

Ne deriva che, mentre il subappaltatore è chiamato, nell’assolvimento del proprio compito, ad una prestazione rispondente ad autonomia non solo organizzativa ed imprenditoriale, ma anche tecnico-esecutiva, il subfornitore svolge un’attività connotata da una totalizzante dipendenza tecnica e, conseguentemente, economica.

In proposito, è stato condivisibilmente affermato che: *“È l’inserimento del subfornitore nel ciclo produttivo del fornitore a richiedere che la lavorazione da parte del primo avvenga secondo la progettualità e le direttive tecniche impartite dal secondo (rispondenti alle esigenze di mercato da quest’ultimo intercettate), per cui la cosiddetta dipendenza tecnica - da valutarsi caso per caso e in rapporto alla natura della lavorazione in concreto affidata in subfornitura - si pone come il risvolto operativo attraverso il quale normalmente si denota la dipendenza economica, di cui è elemento qualificante e sintomatico. Sul piano concettuale, questo elemento diversifica il rapporto di subfornitura commerciale (susceptibile di essere realizzato attraverso altri schemi negoziali) dal subappalto d’opera o di servizi, nel quale il subappaltatore è chiamato, nel raggiungimento del risultato, ad una prestazione rispondente ad autonomia non solo organizzativa e imprenditoriale, ma anche tecnico esecutiva”* (TAR Lazio, Roma, Sez. I, 20 febbraio 2018 n. 1956; conf. TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 7 febbraio 2019).

Fermo restando tutto quanto sopra, occorre rappresentare che la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto la **facoltà per gli appaltatori di esternalizzare parte delle prestazioni aggiudicate tramite un contratto di subfornitura, anche ove non sia possibile fare ricorso al diverso istituto del subappalto, poiché precluso dalla stazione appaltante**.

Alla stregua di un tale contesto normativo e giurisprudenziale, il Collegio decidente la causa in esame, non rinvenendo nel ricorrente una struttura organizzativa tale da permettere, all’interno del suo ciclo produttivo, l’inserimento di una terza impresa in qualità di

subfornitrice, ha piuttosto ritenuto di qualificare il rapporto giuridico *costituendo* al fine dell'esecuzione della commessa come subappalto, in quanto l'originario aggiudicatario non avrebbe dato adeguatamente dimostrazione della sussistenza di un legame di "dipendenza" funzionale al venire in essere di un contratto di subfornitura.

Quest'ultimo rilievo lascia spazio, conclusivamente, ad una riflessione o, per meglio dire, all'interrogativo **se sia efficace e compatibile con le esigenze di ordine pubblico (e non solo), poste alla base delle peculiari regole dettate per l'istituto del subappalto, mantenere del tutto integra la possibilità di ricorrere alla subfornitura, a prescindere dalla possibilità o meno di subappaltare parte delle prestazioni.**

In altri termini, occorre forse che ci si premuri di **verificare se possa essere necessario creare un raccordo tra la disciplina di quest'ultima *species* contrattuale e la disciplina del subappalto**, in considerazione della **labilità dei confini applicativi dei due istituti che astrattamente potrebbero talune volte consentire il ricorso all'uno per non incappare nelle limitazioni poste per l'altro**. Il riferimento va tanto ai limiti negativi, in tema di divieto - imponibile dalle stazioni appaltanti - di ricorso al subappalto, quanto a quelli "positivi", in tema di affidamento delle prestazioni alle piccole e medie imprese, al fine di agevolarne l'accesso al mercato.

D'altra parte, non ci si può esimere dall'osservare che la distinzione tracciata dalla sentenza esaminata con riferimento al caso di specie, pur se convincente sul piano teorico, non risulta inattaccabile se si vuol considerare che la qualificazione in termini di subfornitura operata dai giudici toscani si fonda sulla constatata difficoltà nel rinvenire, sul piano dei rapporti tra le imprese, "*legami di particolare intensità*", spie dell'impossibilità di creare il rapporto di dipendenza identificativo del contratto di cui sopra. Invero ciò, ferme le elaborazioni teoriche in merito, testimonia la **difficoltà nell'individuazione, in taluni casi, dell'individuazione di quale fattispecie ricorra.**