amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudio, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani, Stefania Terracciano.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Provvedimenti di autorizzazione e di diniego al subappalto
Brevi riflessioni sul relativo riparto di giurisdizione

di Nicolina Fontana

(Dottoressa di ricerca)

Sommario

1. Premessa – 2. Riepilogo dell'evoluzione normativa in materia di provvedimenti di autorizzazione e di diniego al subappalto. – 2.1. Il subappalto nella disciplina codicistica e nella L. n. 2248/1985. – 2.2. Il Subappalto e la legislazione antimafia degli anni '80. – 2.3. Le riforme degli anni '90 e l'art. 18 della L. n. 55/1990. – 2.4. La legge Merloni e la sua ipertrofia. – 2.5. Il subappalto nel Codice degli Appalti pubblici del 2016. – 2.6. I contrasti con la normativa europea. – 2.7. La pronuncia della CGUE n. 63/2019. – 2.8. Il D.l. "*Sblocca Cantieri*" e la posizione dell'ANAC. – 2.9. Il subappalto nel decreto cd. "*Semplificazioni-bis*" D.l. n. 77/2021. – 2.10. L'autorizzazione al subappalto nell'art. 105 del D.Lgs. n. 150/2016. – 2.11. Il subappalto nella bozza di riforma 2023: la conferma dell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016. – 3. La natura giuridica dell'autorizzazione al subappalto. – 4. Gli orientamenti della giurisprudenza in materia di provvedimenti di autorizzazione e di diniego al subappalto. – 4.1. L'orientamento tradizionale. – 4.2. Il *revirement* del Consiglio di Stato nella sentenza n. 171/2022. – 4.3. La vicenda sostanziale e processuale che ha originato la sentenza n. 171/2022. – 4.4. La questione giuridica oggetto della sentenza e il *decisum*. – 4.5. Ricostruzione critica delle ragioni del Consiglio di Stato. – 5. Considerazioni

Abstract

The subject of this study is the division of jurisdiction between the ordinary judge and the administrative judge (henceforth G.O. and G.A.) with reference to the subcontracting authorization provisions.
According to the consolidated orientation of the G.A., for everything concerning the execution phase of the contract, the jurisdiction should have been that of the G.O. In line with this orientation, the Lombardy-Brescia Tar, section II, with sentence of 11.19.2021 n. 975, had denied its jurisdiction in relation to an appeal against the refusal of the subcontracting authorization provision, despite the fact that the contract holder had proceeded to subcontract following the outcome of the matured silent assent on the authorization request.
The Council of State, during the appeal, pronounces itself in such a way as to overturn the peaceful and constant orientation by operating an 'extrapolation', from the execution phase of the contract, of the typically administrative activity of exercising the authorization power. In the case of exercise of power, the jurisdiction can only be that of the G.A..

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

1. Premessa

Il presente studio ha ad oggetto il riparto di giurisdizione fra Giudice ordinario e Giudice Amministrativo (d'ora in poi G.O. e G.A.) con riferimento ai provvedimenti di autorizzazione al subappalto.

Secondo il consolidato orientamento del G.A., per tutto quanto riguardasse la fase di esecuzione del contratto la giurisdizione avrebbe dovuto essere del G.O. In coerenza con tale orientamento il Tar Lombardia-Brescia, sez. II, con sentenza del 19.11.2021 n. 975, aveva denegato la propria giurisdizione relativamente ad un ricorso di impugnazione del provvedimento di diniego dell'autorizzazione al subappalto, nonostante il titolare dell'appalto avesse proceduto a subappaltare all'esito del maturato silenzio-assenso sull'istanza di autorizzazione.

Il Consiglio di Stato, in sede di appello, si pronuncia in modo da ribaltare l'orientamento pacifico e costante operando una 'estrapolazione', dalla fase di esecuzione del contratto, dell'attività tipicamente amministrativa di esercizio del potere autorizzatorio. Se trattasi di esercizio del potere, la giurisdizione non può che essere quella del G.A.!

La rilevanza della questione può ben dirsi *in re ipsa*: il tema dell'appalto è da anni oggetto di dibattito in sede di politica del diritto, sembrando finalmente all'orizzonte – almeno è così negli auspici generali – l'esito parlamentare di emanazione del nuovo Codice degli appalti.

L'analisi che segue si propone di indagare le ragioni proprie dell'uno e dell'altro orientamento giurisprudenziale operando attraverso il metodo induttivo-deduttivo, così da poter scrutinare, all'esito di essa, la fondatezza dell'assunto affermato dalla recente sentenza del Consiglio di Stato che vuole sussistente la giurisdizione del G.A. in ragione del fatto che – benché si versi nella fase di esecuzione del contratto – l'attività della Pubblica Amministrazione (d'ora in poi P.A.) di cui si discute si risolve in esercizio del potere amministrativo, non potendo qualificarsi diversamente quella funzionalizzata.

Alla luce di quanto fin qui brevemente riferito, dopo una sintetica descrizione dei termini della questione secondo l'evoluzione normativa, lo studio procederà con la ricognizione dei due orientamenti giurisprudenziali per concludersi con uno scrutinio critico della sentenza del Consiglio di Stato n. 171 del 10 gennaio 2022, volto ad illustrare le ragioni che consentono di aderire al *revirement* di recente inaugurato.

2. *Riepilogo dell'evoluzione normativa in materia di provvedimenti di autorizzazione e di diniego al subappalto*

La disciplina del subappalto, negli anni, ha subito significative modifiche, talvolta frutto di un *iter* tortuoso sul piano sia normativo, sia giurisprudenziale. L'argomento ben si presta, perciò, da un lato, per la disamina del più generale istituto dell'appalto

ISSN 2036-7821

– cui il subappalto resta inscindibilmente connesso – e, dall'altro lato, per lo studio delle riforme in materia di contratti pubblici susseguitesi, specie dagli anni '80 in poi, fino ad oggi. Pertanto, l'attività di studio e ricerca verrà circoscritta al Codice degli Appalti (il D.Lgs. n. 50/2016) ed alle più significative novità introdotte dal Legislatore per rendere la normativa italiana compatibile con quella comunitaria (stante le numerose procedure di infrazione avviate dall'Europa in danno dell'Italia in tema di libera concorrenza ed appalti pubblici).

2.1. *Il subappalto nella disciplina codicistica e nella L. n. 2248/1985*

L'appalto – ed il subappalto che ad esso è strettamente collegato – rappresenta lo strumento a mezzo del quale la P.A. reperisce gli strumenti per l'esecuzione di un'opera ovvero di una concessione1. Esso, *ex* art. 1655 c.c. «è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro»[2]. L'appaltatore, perciò, organizza i mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto, diventando imprenditore a tutti gli effetti[3].

Il subappalto[4], invece, è il contratto col quale l'appaltatore, designato dal committente per l'opera o il servizio, dà a sua volta ad un terzo soggetto, il compito di svolgere i lavori in oggetto. Tuttavia, *ex* art. 1656 c.c. «l'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente».

Elemento caratterizzante l'appalto, e conseguentemente il subappalto è, insomma,

[1] M. P. CHITI, *La pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo europeo*, Padova, Cedam Editore, 1997.

[2] L'appalto è un contratto consensuale ad effetti obbligatori (art. 1376 c.c.) che, se ha ad oggetto beni immobili, deve avere la forma scritta (art. 1350 c.c.) e deve essere trascritto (art. 2643 ss. c.c.). Esso si distingue dalla vendita (art. 1471 c.c.) poiché questa ha ad oggetto un dare, il primo un fare; si differenzia dal contratto di lavoro autonomo (art. 2222 c.c.) in cui l'opera o il servizio possono essere compiuti anche con lavoro proprio o dei propri famigliari, laddove l'appaltatore deve essere un imprenditore dotato di appositi mezzi. L'appaltatore organizza i mezzi necessari: quindi deve trattarsi di un imprenditore. Egli, inoltre, sopporta il rischio: ne deriva che su di lui grava una obbligazione di risultato, in quanto è tenuto non solo a predisporre i mezzi necessari per realizzare l'opera ma anche a raggiungere quel risultato. L'appalto d'opera è, ad esempio, quello che ha ad oggetto la costruzione di un condominio. Si ha appalto di servizi, ad esempio, per il servizio di *catering* prestato ai treni o alle navi.

[3] A. CANCRINI – F. PETRULLÀ, Subappalto di lavori, forniture e servizi, Roma, 2003, 35.

[4] Il subappalto, nella sua veste embrionale, vide la sua 'comparsa' già con l'Unità d'Italia, realizzatasi nel 1861. Periodo in cui il Parlamento pose mano all'opera di unificazione della legislazione amministrativa. Tuttavia, a causa dell'imminenza della terza guerra di indipendenza contro l'Impero austro-ungarico, il dibattito parlamentare non potè essere concluso in Parlamento e, così, fu demandato all'Esecutivo che assunse pieni poteri e approvò infine la legge 20 marzo 1865 n. 2248 di unificazione amministrativa. Questa legge, tra le altre materie, all'allegato F, disciplinava i lavori pubblici. Oltre alla legge appena menzionata vigeva un'ulteriore disposizione: il r.d. del 25 maggio 1985 n. 350 che disciplinava la direzione, la contabilità ed il collaudo dei lavori dello Stato. Così in F.G. SCOCA, Giustizia amministrativa, Torino, 2020, 4. Va anche detto che la L. n. 2248/1985 riportava le disposizioni che unificavano le varie procedure esistenti negli stati prerisorgimentali. Così in AA. VV., Il subappalto, Padova 2012, 4.

ISSN 2036-7821

l'assunzione da parte dell'appaltatore, ovvero del subappaltatore, del rischio di non riuscire a realizzare la prestazione richiesta e, dunque, di non ricevere il corrispettivo pattuito o, anche, di riuscire a realizzare la prestazione 'promessa' ad un costo più elevato di quello preventivato[5].

Il tentativo di inquadrare dogmaticamente l'istituto del subappalto, perciò, porta a concludere per la sua riconducibilità alla più generale categoria del subcontratto. Cionondimeno, neanche la figura da ultimo menzionata trova, nel codice civile, specifica disciplina, pur essendone previste singole forme (ad es., il subappalto, la sublocazione, la subenfiteusi, etc.) alle quali, pertanto ed in via induttiva, è possibile riferirsi per conseguirne che il subcontratto è il contratto a mezzo del quale un soggetto, dopo aver stipulato un contratto con un altro soggetto, ne conclude con un'altra parte un ulteriore, che resta in ogni caso dipendente dal primo[6]. Il subcontratto, infatti, altro non è che una stipulazione ulteriore e derivata dal contratto principale il quale resta il presupposto necessario del contratto derivato[7].

Prima dell'avvento delle politiche europee di integrazione, le principali norme in materia di appalti erano quelle contenute nel Decreto Regio n. 2440 del 18 Novembre 1923, cd. '*Legge di Contabilità di Stato*', e nel suo regolamento attuativo, il Decreto Regio n. 827 del 23 Maggio 1924[8] finalizzate, nel complesso, a soddisfare l'interesse pubblico della scelta del miglior offerente[9]. Non a caso, già l'art. 339 della L. n. 2248/1985 prevedeva il divieto per «l'appaltatore di cedere o subappaltare tutta od in parte l'opera assunta, senza l'approvazione dell'Autorità competente, sotto la comminatoria della immediata rescissione del contratto e di una multa corrispondente al ventesimo del prezzo del deliberamento»[10].

---

[5] A. VALLETTI, Il subappalto, Milano, 2005, 2.

[6] In Subcontratto, in www.brocardi.it.

[7] Occorre ricordare che il subcontratto è un'operazione diversa da quella della cessione. Quest'ultima, infatti, intende realizzare una sostituzione nel primo contratto. Il subcontratto invece, costituisce una situazione nuova, derivata da quella esistente, tra una delle parti ed un terzo: per esempio, il conduttore di un immobile, rimanendo legato al contratto con il locatore, stipula con il terzo una sublocazione, con cui gli cede il godimento dell'immobile dietro pagamento di un canone. Così, P. ZATTI, V. COLUSSI, Lineamenti di diritto privato, Vicenza, 2015, 475 ss.

[8] Per un più approfondito inquadramento del contratto di appalto nell'ambito delle attività della pubblica amministrazione si v. le voci enciclopediche di PITTALIS, Appalto pubblico, in Digesto pubbl., Torino, 1987; e CARULLO, Appalti pubblici, in Enc. Dir., agg., V, Milano, 2001.

[9] S. MEZZACAPO, Procedure ad evidenza pubblica, in Dizionario di diritto amministrativo, a cura di M. CLARICH, G. FONDERICO, pp. 522 - 523.

[10] Già con la norma del 1985 il legislatore cercava di prevedere una serie di cautele circa l'utilizzo di questo istituto, tanto da prevedere sia la necessaria approvazione dell'Autorità competente sia, per il caso di violazioni, l'applicazione di severe sanzioni. Questa prudenza, in realtà, caratterizzerà l'atteggiamento del legislatore nazionale anche nelle successive fasi evolutive della disciplina tant'è che, ancora oggi, l'art. 1656 c.c. stabilisce che l'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente.

ISSN 2036-7821

2.2. *Il Subappalto e la legislazione antimafia degli anni '80*

Il livello di attenzione per gli istituti dell'appalto e del subappalto aumenta nei primi anni '80 quando il Legislatore adotta la L. n. 646/1982, la cd. '*Legge Rognoni-La Torre*'[11], al fine di combattere (nel modo più efficace possibile ed in una materia così delicata quale quella qui in esame) ogni possibile forma di manifestazione della criminalità organizzata che, specie a partire dal secondo dopoguerra, aveva purtroppo 'creato' rapporti contraddistinti da legami di complicità tra mafia e pubblici poteri[12].

Le organizzazioni criminali, infatti, sovente si assicuravano la partecipazione alle commesse pubbliche figurando come subappaltatori[13] restando, in questo modo, a dir così '*liberi*', sia dalla stazione appaltante, sia dagli stringenti controlli a cui essa sottoponeva l'appaltatore[14]. Ecco perché il Legislatore, con la L. n. 646/1982, aveva stabilito che l'appaltatore, qualora avesse dato in subappalto una parte delle

[11] I delitti di mafia verificatisi tra il 1978 e il 1982, culminati con l'uccisione del prefetto di Palermo Carlo Alberto dalla Chiesa, fecero accelerare l'iter di approvazione della legge n. 646 del 13 settembre 1982 che, rubricata «Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazioni alle leggi 27 dicembre 1956, n. 1423, 10 febbraio 1962, n. 57 e 31 maggio 1965, n. 575» istituì, tra l'altro, una commissione parlamentare sul fenomeno mafia.

[12] O. LONGO, Le origini e l'evoluzione storica della legislazione antimafia, in www.filodiritto.com, 4 settembre 2009.

[13] La prima vera e propria svolta, invero, si registra con il varo della fattispecie delittuosa dell'associazione di tipo mafioso ex art. 416-bis c.p. il quale sancisce che la caratterizzazione mafiosa di una struttura associativa promana dall'utilizzo della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento che ne deriva per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione, o comunque il controllo, di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, di appalti e servizi pubblici. Così in F. CARINGELLA, L'assetto delegificato della normativa antimafia e la nuova disciplina del subappalto, in www.lexitalia.it.

[14] La legge Rognoni-La Torre, all'art. 21, co. 1, stabiliva che «chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'Autorità competente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto. Nei confronti del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo. È data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto». Indi, il Legislatore, in caso di mancata autorizzazione dell'Autorità competente, non prevede più una semplice sanzione amministrativa pecuniaria, bensì una ben più afflittiva sanzione penale. Al co.2, invece, l'art. 21 elencava i requisiti necessari per il rilascio dell'autorizzazione facendo quindi riferimento a: 1. l'idoneità tecnica del subappaltatore; 2. L'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori. Al co.3, la medesima norma precisava, altresì, che «l'autorizzazione non può essere rilasciata nei casi previsti dall'art. 10-quinquies della legge 31 maggio 1965, n. 575», provvedimento ora abrogato dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159. Tale norma contemplava il divieto per le persone alle quali fosse stata applicata con provvedimento definitivo una misura di prevenzione, di ottenere: a) licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio; b) concessioni di beni pubblici; c) concessioni di costruzione nonché di gestione di opere pubbliche e concessioni di servizi pubblici; d) iscrizioni negli albi degli appaltatori o dei fornitori di opere e servizi riguardanti la pubblica amministrazione nonché all'albo nazionale dei costruttori, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri dei commissionari astatori presso i mercati annonari all'ingrosso; e) altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio o abilitativo, per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati; f) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo.

ISSN 2036-7821

lavorazioni senza la preventiva autorizzazione della stazione appaltante, sarebbe incorso non più in una semplice sanzione amministrativa, bensì nella ben più afflittiva sanzione penale.
Nonostante le statuizioni della Legge Rognoni-La Torre, però, il subappalto continuava ad essere uno strumento che ben si prestava alle infiltrazioni delle associazioni criminali di stampo mafioso al punto che si resero necessarie ulteriori riforme, perlopiù finalizzate alla introduzione di cc.dd. '*limiti quantitativi*' al subappalto[15].

2.3. *Le riforme degli anni '90 e l'art. 18 della L. n. 55/1990*
Nei primi anni '90, anche per il proliferare delle direttive europee in materia[16], si registrò un'ulteriore maggiore crescita di interesse del Legislatore italiano per il tema qui oggetto di studio. È infatti ascrivibile a questo periodo l'aumento dei casi in cui la P.A. ricorre alle procedure di evidenza pubblica per l'appalto di opere ovvero per l'affidamento di servizi e forniture.
In questi anni pure le disposizioni europee andavano proliferando sempre più tant'è che esse, oramai, andavano fisiologicamente ad 'affiancare' quelle interne. A titolo esemplificativo e non esaustivo, si annoverano la Direttiva 93/37/CEE, sulla regolamentazione delle disposizioni in materia di appalti pubblici; la Direttiva 92/50/CEE, sulla fornitura di servizi da parte di operatori privati alle pubbliche amministrazioni; la Direttiva 93/36/CEE, sulle disposizioni in materia di forniture di beni alle pubbliche amministrazioni; alle Direttive 90/53/CEE e 93/38/CEE, riguardanti i settori 'esclusi' dalle direttive di cui innanzi (es. appalti per in materia di fornitura di energia, quindi luce e gas; in materia di acqua; di telefonia). Direttive che, nel complesso, dimostrano come il Legislatore europeo intendesse distinguere gli appalti pubblici in ragione della '*natura*' ad esso attribuita, e non già del '*valore economico*'. Criterio, quest'ultimo, cui si inizierà a dare rilievo solo più tardi con l'introduzione della distinzione tra la categoria degli appalti cc.dd. '*sotto-soglia*' (aventi cioè un valore economico relativamente basso e che, perciò, avendo uno scarso impatto nell'economia comunitaria, sono perlopiù regolati dal diritto interno) e la categoria degli appalti cc.dd. '*sopra-soglia*' (aventi, cioè, un importante valore economico e che, proprio per questo, restano assoggettati alle Direttive Europee e agli obiettivi da esse prefissati, lasciando agli Stati membri la sola scelta delle

[15] N. CENTOFANTI, M. FAVAGROSSA, P. CENTOFANTI, Il subappalto, Padova, 2012, 11.
[16] Si v. la direttiva n. 93/37/Cee (sugli appalti pubblici di lavori nei settori ordinari); la n. 93/36/Cee (sugli appalti pubblici di fornitura nei settori ordinari); la n. 92/50/Cee (sugli appalti pubblici di servizi nei settori ordinari); la n. 92/50/Cee (sugli appalti pubblici di servizi); la n. 90/531/Cee e la n. 93/38/Cee (sugli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni- cd. settori esclusi).

ISSN 2036-7821

modalità di perseguimento di essi obiettivi[17]).
In ambito nazionale, degna di rilievo, è invece la legge 19 marzo 1990, n. 55, rubricata «*Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di pericolosità sociale*». L'art. 18, co. 12, definiva – espressamente e per la prima vola – il subappalto come «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[18], se singolarmente di importo superiore al 2% dell'importo dei lavori affidati o di importo superiore a 100.000 ECU [ora euro] e qualora l'incidenza del costo della mano d'opera e del personale sia superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare. Il subappaltatore non può subappaltare a sua volta i lavori salvo che per la fornitura con posa in opera di impianti e di strutture speciali da individuare con il regolamento. In tali casi il fornitore o subappaltatore, per la posa in opera o il montaggio, può avvalersi di imprese di propria fiducia per le quali non sussista alcuno dei divieti di cui al comma 3, numero 5». Il co. 3, infatti, statuiva che «per specifici interventi, a ulteriori diverse condizioni, l'affidamento in subappalto di qualsiasi parte delle opere o dei lavori pubblici compresi nell'appalto è autorizzato dall'ente o dall'amministrazione appaltante, qualora sussistano le […] condizioni» ivi precisate.
Ma la disposizione che, più delle altre, pare degna di menzione è quella contenuta nel co. 3.1 in cui veniva inserito un vero e proprio '*limite quantitativo*' al subappalto stabilendo, precisamente, che le opere da subappaltare non potevano superare «complessivamente il 40% dell'importo netto di aggiudicazione dell'appalto, con limite massimo del 15% per le opere della categoria prevalente»[19]. Questo, per consentire alla P.A. una progressiva '*intromissione*' nell'attività del subappaltatore, anche al fine di controllare i suoi effettivi rapporti con l'aggiudicatario dell'appalto[20].
E così fu almeno fino alla sua revisione! Con l'art. 34 del D.Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, invero, nel mentre si confermava l'obbligo per i concorrenti di indicare, in sede di gara, i lavori da subappaltare, al contempo, per garantire la compatibilità dell'ordinamento giuridico italiano ai principi comunitari di libertà di organizzazione dell'attività imprenditoriale, si eliminava il doppio limite quantitativo della categoria prevalente, del 40% e del 15%.

2.4. *La legge Merloni e la sua ipertrofia*

[17] M. CLARICH, *Introduzione*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, Torino, Giappichelli Editore, 2011, p. XXVII.
[18] Consiste nell'utilizzo di mezzi con operatore forniti da un'altra impresa e, secondo la giurisprudenza si configura come «un contratto innominato caratterizzato da una prestazione principale avente ad oggetto la locazione o il c.d. noleggio di un macchinario e da una accessoria, rappresentata dall'attività del soggetto» (Cass. pen., Sez III, 13 giugno 1997, n. 6923).
[19] Opere che, in ogni caso, vanno indicate nel progetto o nel bando di gara dalla stazione appaltante.
[20] N. CENTOFANTI, M. FAVAGROSSA, P. CENTOFANTI, Il subappalto, cit.

ISSN 2036-7821

Vari sono stati gli avvenimenti (storici, politici e giudiziari) che, in qualche modo, hanno inciso sulla normativa degli appalti pubblici. *In primis*, il fenomeno tristemente noto come '*Tangentopoli*'[21] il quale, proprio in tema di scelta del contraente, ha fatto sì che si iniziassero a privilegiare soluzioni più meccaniche e formali al fine ultimo di limitare, il più possibile, la discrezionalità delle amministrazioni appaltanti, e dei loro funzionari, attraverso congegni di gara automatici (come ad esempio l'aggiudicazione in base al prezzo più basso)[22].

La disciplina dell'appalto, e nello specifico del subappalto, è stata però ulteriormente modificata con la legge-quadro n. 109/1994, detta anche '*Legge Merloni*'. Questa, dapprima sospesa e poi ripresa solo parzialmente nel 1995 con la legge n. 216 detta anche '*Merloni-bis*', è in seguito confluita, per la gran parte, nella legge n. 415/1998 e, successivamente, nella legge n. 166/2002.

Epperò, l'ipertrofia normativa ed il formalismo procedurale che hanno contraddistinto le procedure di affidamento pubblico ne hanno determinato, dapprima, la loro quasi completa paralisi[23]; in un secondo momento, ed in conseguenza, la necessità di una loro velocizzazione, mitigandone l'eccesiva burocrazia che, nel frattempo, le aveva rese così farraginose[24].

---

[21] Termine utilizzato in Italia dal 1992 per indicare un sistema diffuso di corruzione politica.

[22] S. FANTINI, H. SIMONETTI, Le basi del diritto dei contratti pubblici, Milano, 2019, 23.

[23] Sono di questo periodo il D.L. 3 aprile 1995, n. 101 conv. in L. 2 giugno 1995, n. 216 (Merloni-bis) e la L. 18 novembre 1998, n. 415 (Merloni-ter) finalizzate a contrastare il dilagante fenomeno corruttivo in tema di appalti pubblici.

[24] Risponde a tale riferita esigenza la legge n.443 del 21 Dicembre 2001, rubricata «Realizzazione di Infrastrutture e degli Insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale». La L. n. 443/2001, all'articolo 14, introduceva un regime speciale per le gare di appalto indette per la realizzazione di infrastrutture e insediamenti produttivi strategici di cui alla Legge-Obiettivo n.443/2001, con riferimento ai quali venivano introdotte delle importanti innovazioni: la lett. a) co. 1, stabiliva che l'udienza di merito nei giudizi aventi ad oggetto gare di appalto indette per la realizzazione di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici dovesse essere fissata entro il quarantacinquesimo giorno dalla data di deposito del ricorso; la lett. b) co. 1, attribuiva valenza di valore incomprimibile all'interesse pubblico alla tempestiva realizzazione dell'opera; il co. 2 dell'art. 14, infine, stigmatizzava, attribuendogli forza vincolante, al principio secondo cui l'intervenuta stipulazione del contratto di appalto non poteva essere travolta da una eventuale sospensiva o da una pronuncia di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione. Scopo quindi principale diviene quello di garantire, in caso di ricorsi giudiziali, la celerità dell'affidamento dell'appalto e più in generale garantire la rapida esecuzione dell'opera nonché la certezza dell'operatore economico incaricato. Sotto altro e forse preminente aspetto, viene dato particolare rilievo alla aprioristica valorizzazione dell'interesse pubblico alla sollecita realizzazione dell'opera: portato il concetto alle estreme conseguenze l'interesse primario a che la prassi amministrativa si ispiri alle regole del diritto, viene svuotato di ogni contenuto a rischio di tradurre la legittima aspettativa del privato al rispetto delle norme che disciplinano le gare di appalto di una mera chance ad essere risarcito. In altri termini, il preminente interesse pubblico alla legalità del procedere amministrativo viene sacrificato sull'altare della 'celerità'. Così, D. SCALERA, Attuazione della Legge 21 dicembre n.443 del 21 dicembre 2001 per la Realizzazione di Infrastrutture e degli Insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale. Commento all'art.14 Decreto Legislativo 20 agosto 2002, n.190 (in G.U. n.199 del 26 agosto 2002 – Suppl. Ordinario n.174 – in vigore dal 10.09.2002. Amministrazione in Cammino, Rivista elettronica di Diritto Pubblico, di diritto dell'Economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di Ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet".

2.5. *Il subappalto nel Codice degli Appalti pubblici del 2016*

In un contesto siffatto, oramai caotico e disarticolato, è intervenuto il Codice dei contratti pubblici che, adottato con il D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 163, ha rappresentato un evento assai significativo. Esso, sebbene avesse raccolto la delega contenuta nell'art. 25 della Legge comunitaria 2004 (L. 18 aprile 2005, n. 62) per il recepimento della direttiva comunitaria 2004/18/Ce (sul coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari) e della direttiva comunitaria 2004/17/Ce (sul coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, nonché degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, insomma i cc.dd. '*settori speciali*', definiti '*settori esclusi*' nelle direttive precedenti) ha inteso, anzitutto, incrementare la concorrenza tra gli operatori economici nell'aggiudicazione dei contratti pubblici.

«La tutela della concorrenza come principio ispiratore della contrattualistica pubblica è stata più volte ribadita dalla Corte di giustizia ed è stata riconosciuta come tale nell'ordinamento interno dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 401/2007 ha respinto una serie di censure proposte dalle Regioni che lamentavano la lesione della propria competenza legislativa da parte del Codice. La pronuncia della Corte ha fatto perno proprio sull'art. 117, comma 2, lett. e) Cost., che riserva alla competenza esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza e le libertà comunitarie di circolazione e stabilimento, ritenendo superata la concezione 'contabilistica' della disciplina dei contratti pubblici. La nuova prospettiva di principio ha, dunque, effetti giuridici importanti anche nei rapporti fra legge statale e regionale, visto che il nucleo principale della disciplina pubblicistica sulle gare (qualificazione e selezione dei contraenti, procedure di affidamento, criteri di aggiudicazione, poteri di vigilanza dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, ecc.) è affidato alla competenza esclusiva dello Stato, con esclusione di ogni tentativo di differenziazione di disciplina da parte delle Regioni. Anche il Consiglio di Stato ha chiaramente affermato che il fine di tutela della concorrenza ha determinato il definitivo superamento della concezione che vedeva la procedimentalizzazione dell'attività di scelta del contraente dettata nell'esclusivo interesse dell'amministrazione»[25].

Il Codice degli Appalti pubblici ha dedicato al subappalto l'art. 105, co. 2, definendolo come «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 del contratto di appalto ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera. Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. (Per

[25] G. URBANO, *La disciplina dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e misure anticrisi*, in *Nel Diritto.it*, rivista telematica di Giurisprudenza, www.neldiritto.it.

ISSN 2036-7821

gli appalti di lavori) non costituiscono comunque subappalto le forniture senza prestazione di manodopera, le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale non sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto. È altresì fatto obbligo di acquisire nuova autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato nonché siano variati i requisiti di cui al comma 7».

Il co. 3 della medesima norma, invece, ha elencato le attività che non sono qualificabili come subappalto. E, cioè 1. l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante; 2. la subfornitura a catalogo di prodotti informatici; 3. l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20 mila euro annui a imprenditori agricoli[26].

Il D.Lgs. n. 50/2016 ha altresì previsto che i soggetti affidatari dei contratti di appalto, in esso regolati, potessero affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché:

a) tale facoltà fosse stata prevista nel bando di gara, anche limitatamente a singole prestazioni e, per i lavori, fosse stata indicata la categoria per la quale era ammesso il subappalto;
b) all'atto dell'offerta fossero stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intendevano subappaltare o concedere in cottimo;
c) il concorrente dimostrasse l'assenza, in capo ai subappaltatori, dei motivi di esclusione di cui all'art. 80[27].

[26] Nei comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ovvero ricompresi nella circolare del Ministero delle Finanze del 14 giugno 1993 n. 9, pubblicata nel supplemento ordinario n. 53 della Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 141 del 18 giugno 1993, nonché nei comuni delle isole minori di cui all'allegato A, annesso alla legge 28 dicembre 2001 n. 448.

[27] Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione di una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'art. 105, comma 6, per uno dei seguenti reati: a) delitti, consumati o tentati, di cui agli art. 416., 416 bis del codice penale ovvero delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416 bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'art. 74 del D.P.R. n. 309 del 9 ottobre 1990, dell'art. 291 quarter del

ISSN 2036-7821

2.6 I contrasti con la normativa europea

L'art. 105 D.Lgs. 50/2016, al co. 2, quindi, statuiva che, fatta eccezione per le previsioni di cui al co. 5, «l'eventuale subappalto non po(teva) superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture». Per questo motivo, l'art 105 (precisamente i co. 2 e 5) è stato oggetto della procedura di infrazione n. 2018/2273 avviata dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia, con atto di costituzione in mora del 24 gennaio 2019, in cui si evidenziava il contrasto dei citati comma con le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE[28].

La Commissione europea, in effetti, eccepiva che l'art. 105, co. 2 e co. 5, del D.Lgs. 50/2016 violasse l'art. 63, paragrafo 1, co. 2, l'art. 63, paragrafo 2, e l'art. 71 della direttiva 2014/24/UE e, più esattamente, obiettava che le contestate disposizioni fossero incompatibile con la normativa europea nella parte in cui prevedeva, proprio in materia di subappalto:

a) il divieto di subappaltare più del 30% di un contratto pubblico;
b) il divieto generale per i subappaltatori di fare ricorso a loro volta ad altri subappaltatori (subappalto a cascata);
c) l'obbligo di indicazione di una terna di subappaltatori nei contratti di appalto e concessione[29].

Ulteriori critiche della Commissione riguardavano le disposizioni italiane concernenti:

a) il divieto di sub-avvalimento (il soggetto delle cui capacità l'operatore intende avvalersi non può affidarsi a sua volta alle capacità di un altro soggetto);
b) il divieto per diversi offerenti in una procedura di gara di avvalersi dello stesso soggetto; il divieto per il soggetto di cui un offerente intendesse avvalersi di presentare un'offerta nella stessa procedura di gara ed il divieto

---

D.P.R. n. 43 del 23 gennaio 1973 e dall'art. 260 del D.lgs. n. 152 del 3 aprile 2006, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'art. 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio; b) delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 317, 318, 319, 319 ter, 319 quarter, 320 , 321, 322, 322 bis, 346 bis, 353, 353 bis, 354, 355 3 356 del codice penale nonché all'art. 2635 del codice civile; c) frode ai sensi dell'art. 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; d) delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale, reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche; e) delitti di cui agli artt. 648 bis e 648 ter del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'art. 1 del D.lgs. 22 giugno 2007 n. 109 e successive modifiche; f) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il D.lgs. 4 marzo 2014 n. 24; g) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'art. 67 del D.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli artt. 88, comma 4 bis e 92, commi 2 e 3 del D.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia.

[28] Subappalto – limite quota legittimo per i contratti sottosoglia – non contrasta con la direttiva europea (art. 105 D.lgs. 50/2016,) in www.sentenzeappalti.it.

[29] Procedura di infrazione n. 2018/2273, in www.documenti.camera.it.

ISSN 2036-7821

per l'offerente in una procedura di gara di essere subappaltatore di un altro offerente nella stessa procedura di gara;

c) il divieto di avvalimento qualora il contratto pubblico comprendesse opere super specialistiche, che secondo la Commissione europea sembra non consentire l'avvalimento in relazione all'intero oggetto del contratto e non solo in relazione alle opere super specialistiche in esso comprese;
d) la mancata previsione di escludere un operatore economico (dalla partecipazione a una procedura di appalto o di concessione) che abbia violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione possa essere adeguatamente dimostrata, pur non essendo stata stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo;
e) le offerte anormalmente basse per gli appalti sotto soglia, con particolare riguardo al numero di minimo di offerte ammesse oltre il quale si prevede l'applicazione dell'esclusione automatica.

La Commissione europea, inoltre, evidenziava anche l'esistenza di ulteriori profili di non conformità dell'ordinamento italiano al regime europeo in materia di appalti e concessioni concernenti. In particolare:

a) l'esenzione prevista per tali enti dall'obbligo di indire gare pubbliche per l'aggiudicazione di contratti di gestione dei loro beni immobili, anche nei casi in cui il valore di tali contratti non sia inferiore alla pertinente soglia;
b) le categorie di operatori del settore cui è consentito partecipare alle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici relativi a servizi di architettura e ingegneria. Secondo la Commissione europea la normativa italiana non sembrerebbe consentire a un operatore economico, il quale presti tali servizi e abbia una forma giuridica diversa da una di quelle elencate nella disciplina nazionale, di partecipare alle gare per l'affidamento di contratti pubblici relativi a tali medesimi servizi.

2.7. *La pronuncia della CGUE n. 63/2019*

Nel 2016, la Commissione Speciale del Consiglio di Stato, chiamata a rendere il parere sullo schema del Decreto delegato, aveva ritenuto legittima la scelta del legislatore di porre un limite percentuale generalizzato al subappalto essendo, detta scelta, finalizzata a salvaguardare interessi di rango primario, quali la prevenzione della corruzione, la lotta alle mafie, la trasparenza, i valori ambientali e sociali. A livello eurounitario, la norma giustificativa di tale limite quantitativo del 30% nel subappalto era stata rinvenuta nell'art. 36 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea laddove sono consentite deroghe al principio di libera circolazione delle merci per «motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di

ISSN 2036-7821

pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale».

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, nonostante il parere positivo dei Giudici di Palazzo Spada, nel gennaio del 2018, aveva però ritenuto di porre, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, il quesito interpretativo del se «i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), l'articolo 71 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, il quale non contempla limitazioni quantitative al subappalto, e il principio eurounitario di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'articolo 105, co. 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale il subappalto non può superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture»[30].

Il relativo procedimento dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (C-63/18)[31] si è concluso, in data 26 settembre 2019, con la pubblicazione della sentenza che – sia pur parzialmente – ha accolto le critiche sollevate, alla norma nazionale, dal Tribunale amministrativo lombardo affermando il principio secondo cui «la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2015/2170 della Commissione, del 24 novembre 2015, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi»[32]. I giudici di Lussemburgo, infatti, hanno statuito che «è interesse dell'Unione che l'apertura di un bando di gara sia la più ampia possibile. Il ricorso al subappalto, che può favorire l'accesso alle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo». La Corte di Giustizia ha inoltre osservato che, dalla volontà del legislatore di disciplinare, in maniera più specifica le situazioni in cui l'offerente possa fare ricorso al subappalto, non può inferirsi che gli Stati membri dispongano della facoltà di limitare tale ricorso ad una parte dell'appalto, fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso[33]. Ed infatti, in risposta alle eccezioni sollevate dallo Stato italiano, secondo cui «limitando la parte dell'appalto che può essere

[30] Tar Lombardia, ord. n. 148 del 19 gennaio 2018.

[31] Procedura di infrazione n. 2018/2273, in www.documenti.camera.it.

[32] Il subappalto – limite quota legittimo per i contratti sottosoglia – non contrasta con la direttiva europea (art. 105 D.lgs. 50/2016), in www.sentenzeappalti.it.

[33] Il subappalto dopo la sentenza della Corte di Giustizia 26 settembre 2019 C – 63 ed in attesa delle modificazioni al codice, in www.appaltiecontratti.it.

ISSN 2036-7821

subappaltata, la normativa nazionale renderebbe il coinvolgimento nelle commesse pubbliche meno appetibile per le associazioni criminali, il che consentirebbe di prevenire il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa», i Giudici europei argomentavano che «il diritto italiano già prevede numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese. Pertanto, una restrizione al ricorso del subappalto (…) non può essere ritenuta compatibile con la direttiva 2014/24».

2.8. *Il D.l. "Sblocca Cantieri" e la posizione dell'ANAC*

Sebbene il Codice dei contratti pubblici abbia subito una generale e radicale riforma con il D.l. n. 32/2019 recante «*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*», meglio noto come decreto cd. '*Sblocca Cantieri*'[34], tuttavia, in sede di conversione, in L. n. 55/2019, molteplici sono stati i tentativi di mitigarne la rigidità. In particolare, in tema di subappalto:

- è stato eliminato l'obbligo della terna dei subappaltatori;
- è stato innalzato il limite delle prestazioni subappaltabili (dal 30% al 40%)[35];
- è stato eliminato l'obbligo di indicare, nel momento di presentazione dell'offerta, la terna di nominativi di subappaltatori[36]. Tale obbligo (*ex* art. 105, co. 6 del D.lgs. 50/2016), ciò nondimeno, per parte della giurisprudenza, risulta ancora vigente considerato che il Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, nella sentenza n. 9/2015, aveva comunque statuito che non era obbligatoria l'indicazione del nominativo del subappaltatore, già in sede di presentazione dell'offerta, neanche quando il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste dall'art 107, co. 2 del D.P.R. 207/2010[37].

[34] Decreto "sblocca cantieri": pubblicata in Gazzetta la Legge 55/2019 di conversione del D.L. 32/2019, in www.promopa.it.

[35] Se nella versione originaria del Decreto legge 32/2019 il Codice appalti veniva modificato in via definitiva, la legge di conversione 55/2019 ha trasformato le modifiche in 'sospensioni' di carattere provvisorio, per un anno e mezzo, di alcune norme sul subappalto (che se non confermate sarebbero rimaste in vigore solo fino al 31 dicembre 2020). Per quanto concerne le modifiche permanenti del Codice, sempre in materia di subappalto, è stata prevista tra le cause di esclusione anche il grave inadempimento dei confronti del subappaltatore, se riconosciuto con sentenza passata in giudicato. Cfr. Il subappalto nel Codice Appalti dopo Sblocca – Cantieri, in www.giurdanella.it.

[36] In precedenza era previsto per le gare sopra soglia o per quelle particolarmente esposte alle infiltrazioni della criminalità organizzata.

[37] CdS, Ad. Pl., sent. 2 novembre 2015, n.9. Conforme, Tar-Piemonte, sez. II, sent. 17 gennaio 2018, n. 94. In realtà, in sede di conversione del decreto "Sblocca-Cantieri", le Camere, a tutela dei subappaltatori, hanno introdotto una nuova causa di esclusione. La nuova lettera c) quarter all'art. 80, co. 5, prevede l'esclusione

ISSN 2036-7821

Vero è che, all'indomani della pubblicazione del Decreto Sblocca Cantieri, anche l'Autorità anticorruzione (che aveva pure istituito un gruppo di lavoro col precipuo scopo di rilevare ed eventualmente superare le criticità ascrivibili al decreto medesimo) individuava numerose questioni problematiche connesse, principalmente, alla caoticità del sistema normativo riguardante gli appalti. Ed infatti – così argomentava l'Autorità – tutte le modifiche intervenute nel Codice avevano reso il quadro normativo poco chiaro ed in continuo divenire e, soprattutto, difficile l'applicazione delle norme in esso contenute[38].

Con riguardo specifico al subappalto, l'ANAC osservava infatti che l'innalzamento della quota subappaltabile (dal 30% al 50%), e l'eliminazione completa della verifica dei requisiti del subappaltatore in gara, non rispondevano alle osservazioni avanzate in sede di procedura di infrazione. L'assenza di limite al subappalto a livello europeo era strettamente collegata alla necessità che i documenti dell'appalto imponessero ai concorrenti della gara di indicare, già nelle offerte, l'intenzione di subappaltare, ed i subappaltatori proposti, in modo che la P.A. fosse messa nelle condizioni di verificare le loro capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario.

Per contro, le modifiche introdotte dal D.l. n. 32/2019, tendevano parallelamente sia a ridurre i limiti per il subappalto, sia a posticipare ad una fase successiva all'aggiudicazione, e direttamente afferente all'esecuzione, ogni verifica che potesse riguardare i subappaltatori ed anche l'individuazione degli stessi. Ciò, ovviamente, aveva ulteriormente aggravato talune delle criticità (come ad esempio infiltrazioni criminali, violazione delle norme a tutela del lavoro, scarso controllo sull'effettivo esecutore dell'affidamento) che le disposizioni modificate dal D.l. n. 32/2019 miravano a contenere.

2.9 Il subappalto nel decreto cd. "semplificazioni-bis" D.l. n. 77/2021

Ulteriori modifiche alla disciplina del subappalto (art. 105 D.Lgs. 50/2016), si sono registrate, non da ultimo, con il D.l. 77/2021 (cd. '*decreto semplificazioni-bis*', convertito in L. 29 luglio 2021, n. 108)[39]. L'art. 49 di questo, infatti, ha previsto che, a far data dal 1 novembre 2021, sarebbero stati eliminati i limiti quantitativi al subappalto, subordinatamente all'introduzione di un nuovo meccanismo in ragione del quale il

dell'operatore economico che «*abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato*». *Principio, questo, fatto proprio sia dal Consiglio di Stato allorquando ha precisato che ciascuna gara deve essere preceduta dalla verifica dell'osservanza delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro da parte delle imprese concorrenti (CdS, sez. V, sent. 28 marzo 2018, n. 1935); sia dal TAR della Calabria nel momento in cui ha precisato che, in materia di appalti pubblici, la sentenza di applicazione della pena su richiesta (ex art. 444 c.p.p.) rileva quale debito accertamento delle condotte ivi sanzionate ai sensi di quanto previsto dall'art. 80, co. 5 del D.lgs. 50/2016 (TAR Calabria-Catanzaro, Sez. II, sent. 17 maggio 2018, n.1063).*

[38] Decreto Sblocca Cantieri, tutte le critiche dell'ANAC, in www.giurdanella.it.

[39] S. SACCONE, La disciplina del subappalto dopo le modifiche introdotte dal decreto Semplificazioni "bis", in www.ildirittoamministrativo.it, 11 gennaio 2022.

ISSN 2036-7821

subappalto sarebbe stato possibile solo per le prestazioni individuate dalla stazione appaltante, con riguardo alla loro specificità. Di talché, *ex* art. 105, co. 2, D.Lgs. n.50/2016, nel caso in cui l'Ente appaltante non indichi nulla nei documenti di gara in merito alle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario, il subappalto dovrà intendersi libero[40].
Con il decreto semplificazioni-*bis*, insomma, alle Stazioni Appaltanti è rimessa la discrezionalità di indicare, nei documenti di gara, le prestazioni e le lavorazioni che non possono essere subappaltate e che, pertanto, devono obbligatoriamente essere eseguite dall'aggiudicatario, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare[41]. Alle Stazioni Appaltanti, altresì, è rimessa la facoltà, previa 'adeguata motivazione' da esplicitare nella determina a contrarre, di estendere l'ambito delle prestazioni da eseguirsi direttamente ed esclusivamente da parte dell'affidatario[42].

2.10 L'autorizzazione al subappalto nell'art. 105 del D.Lgs. n. 150/2016
L'art. 105 del D.lgs. n. 50/2016 – così come risultante dalle diverse modifiche subite negli anni – prevede quindi che, previo rispetto delle condizioni in esso elencate, l'appaltatore può essere autorizzato dalla Stazione Appaltante a cedere in subappalto, ad operatori qualificati, parte delle prestazioni/lavori previsti dal contratto[43]. In particolare, il co. 4 lett. b), nella versione in oggi vigente, così recita: «i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in

[40] Tuttavia, devono essere rispettate comunque alcune condizioni: 1. il contratto, così come disposto dall'art. 105, comma 1 del Codice, non può essere ceduto, non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera; 2. il subappaltatore, come disposto al comma 14 dell'art 105, 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; 3. l'affidatario, come disposto al comma 14 dell'art. 105 del Codice, corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso.
Infine, il contratto di subappalto, corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, come disposto dall'art. 105, comma 8, indica puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici. Così in L. SPATARO, Le nuove regole del subappalto come modificato dal D.L. 77/2021 (c.d. "Semplificazioni bis"), in www.diritto.it, dell'1 dicembre 2021.

[41] Così come chiarito dal Consiglio ANAC nel parere del 6 ottobre 2021.

[42] L. SPATARO, Le nuove regole del subappalto come modificato dal D.L. 77/2021 (c.d. "Semplificazioni bis"), cit. Le categorie superspecialistiche (SIOS) sono quelle che, se superano il 15% dell'importo totale dei lavori, non possono essere subappaltate, ma debbono essere eseguite direttamente dal soggetto affidatario. Ciò comporta che chi partecipa ad una gara con categorie scorporabili superspecialistiche che superano il 15% dell'importo totale dei lavori, e non è in possesso di tali categorie, deve necessariamente costituire un ATI con imprese che abbiano la qualificazione.

[43] A. VETRANO, Subappalto e attività che non configurano subappalto, in www.diritto.it, 13 febbraio 2019

ISSN 2036-7821

subappalto le opere o i lavori, i servizi e le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché: il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria e sia in possesso dei requisiti di cui all'art. 80».
La richiesta, al fine di essere considerata idonea ad avviare la procedura autorizzatoria al subappalto, deve essere necessariamente accompagnata da: a) certificato di iscrizione alla Camera di Commercio, Industria, Agricoltura e Artigianato con apposita dicitura antimafia (salva eventuale esenzione per limiti di valore *ex* D.P.R. n. 252/1998); b) copia autentica del contratto di subappalto condizionato al rilascio della futura autorizzazione; c) documentazione comprovante l'effettiva qualificazione *ex* D.P.R. n. 34/2000 (attestazione SOA o requisiti *ex* art. 28); d) documentazione comprovante il possesso dei requisiti generali *ex* art. 75 D.P.R. n. 554/1999; e) dichiarazione riguardante l'esistenza o meno di un'eventuale situazione di controllo o collegamento fra appaltatore e subappaltatore *ex* art. 2359 c.c.; f) modello G.A.P.[44] debitamente compilato[45].
Il termine per il rilascio dell'autorizzazione è di 30 giorni, prorogabile solo una volta ed in caso di giustificati motivi. Nel caso di subappalti di importo inferiore al 2% dell'importo delle prestazioni affidate, o di importo inferiore a 100 mila euro, il termine è ridotto a 15 giorni[46].
Qualora la documentazione sia incompleta o errata, i termini per il rilascio dell'autorizzazione sono interrotti a far data dalla richiesta formale di integrazione da parte della stazione appaltante fino alla presentazione da parte dell'impresa dell'integrazione richiesta. Decorso infruttuosamente il termine di cui innanzi (che in ogni caso può essere prorogato per una sola volta e per motivate esigenze istruttorie[47]), il silenzio della P.A. è qualificabile come assenso.
Pertanto, ed in ragione di quanto fin qui esposto, ben può definirsi l'autorizzazione al subappalto come il provvedimento attraverso il quale la P.A. rimuove, in via preventiva, un limite legale all'esercizio di un'attività inerente ad un diritto soggettivo, o ad una potestà pubblica, preesistente in capo al destinatario[48]. Può perciò fondatamente inferirsi che l'autorizzazione al subappalto è un provvedimento amministrativo che si caratterizza per:

- l'apprezzamento discrezionale della P.A. in funzione preventiva;
- l'esistenza di un limite legale da rimuovere all'esercizio di un diritto/interesse legittimo preesistente in capo al destinatario;

[44] Deve ritenersi che tale documento adempia ad un'essenziale funzione di tutela dell'ordine pubblico, quale indefettibile strumento conoscitivo ai fini della lotta contro le infiltrazioni della delinquenza mafiosa, ora abrogato implicitamente dal decreto legge 29 ottobre 1991 n. 345, art. 2 co. 2-quarter.
[45] A. VALLETTI, Il subappalto, Milano, 2005, 120.
[46] INAIL, Istruzioni per la presentazione delle istanze di autorizzazione al subappalto, in www.inail.it.
[47] Lavori pubblici-istruzioni operative per la redazione dell'istanza di autorizzazione al subappalto, in www.comune.sanlazzaro.bo.it.
[48] E. CASETTA, Manuale di diritto amministrativo, Milano, 2004, 291.

ISSN 2036-7821

- la rimozione del limite legale[49].

In realtà, già la legge n. 55/1990 aveva qualificato il provvedimento *de quo* come '*autorizzazione*', contrariamente a quanto aveva stabilito l'art. 339 della legge n. 2248/1865, allegato F, che, invece, lo qualificava come mera '*approvazione*' di subappalto[50].

2.11 Il subappalto nella bozza di riforma 2023: la conferma dell'art. 105 D.Lgs. n. 50/2016

La recentissima riforma del Codice degli appalti pubblici del 2016, che oramai è in sede di conclusione, non propone alcuna novità di rilievo sul profilo qui di interesse. Ed infatti, l'art. 119 della bozza di riforma 2023, nel riprendere la definizione di subappalto come di «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 ed a suo rischi a carico del subappaltatore», ripropone le previsioni del D.Lgs. n.50/2016 in punto di subappalto, reiterandone condizioni di ammissibilità oltrechè modalità autorizzatorie. Non a caso, il co. 16 – analogamente a quanto aveva già previsto il co. 18 dell'art. 105 D.Lgs. n. 50/2016 – per un verso, dispone che «l'affidatario che si avvale del subappalto o del cottimo deve allegare alla copia autentica del contratto dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 del codice civile con il titolare del subappalto o del cottimo. Analoga dichiarazione deve essere effettuata da ciascuno dei soggetti partecipanti nel caso di raggruppamento temporaneo, società o consorzio»; per altro verso, statuisce che «la stazione appaltante rilascia l'autorizzazione di cui al comma quattro entro 30 giorni dalla relativa richiesta; tale termine può essere prorogato una sola volta, quando ricorrano giustificati motivi»; per altro verso ancora stabilisce che «trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa».

3. La natura giuridica dell'autorizzazione al subappalto

Non ha mancato di sollevare contrasti, specie in dottrina, la questione della natura giuridica del provvedimento autorizzatorio al subappalto. Ed infatti, ci si è domandato: 1. se l'autorizzazione fosse un atto negoziale ovvero amministrativo; 2. se detta autorizzazione fosse un atto vincolato ovvero discrezionale.

Relativamente al primo dei due quesiti formulati, è certamente minoritario l'orientamento dottrinale che qualifica l'autorizzazione al subappalto come atto negoziale[51]. E questo in ragione della possibilità riservata alla stazione appaltante di

[49] L. DELFINO, F. DEL GIUDICE, Diritto amministrativo, Napoli, 2003, 366.

[50] L'approvazione, tecnicamente, differisce dall'autorizzazione in quanto interviene in un momento successivo all'emanazione dell'atto: opera sugli effetti e non in chiave preventiva.

[51] G. SALA, L'appalto di opere pubbliche, Padova, 2001, 608.

ISSN 2036-7821

consentire o meno l'utilizzo del subappalto in virtù di sue valutazioni insindacabili[52]. Largamente dominante è, infatti, l'orientamento che, partendo dalla lettera dell'art. 18 L. n. 55/1990 (sull'autorizzazione al subappalto) e avendo riguardo allo specifico all'istituto del silenzio-assenso (che si forma in caso di reticenza della stazione appaltante protratta per trenta giorni dalla data di presentazione della richiesta al subappalto), conclude per la natura amministrativa dell'atto di autorizzazione di che trattasi. Del resto, a corroborare tale conclusione sovviene altresì il potere di autotutela che compete alla stazione appaltante nei riguardi del silenzio-assenso dopo il decorso infruttuoso dei trenta giorni[53].

Più problematica è, di contro, la risposta al quesito del se l'autorizzazione al subappalto sia da considerare un atto vincolato ovvero discrezionale. Questo perché, se il procedimento autorizzatorio si connota per la discrezionalità della PA, allora, a fronte dell'esercizio del potere pubblico da parte della stazione appaltante, sussisterà una situazione di interesse legittimo del potenziale subappaltatore. Se, al contrario, il procedimento autorizzatorio si caratterizza per la sua vincolatività, la situazione giuridica soggettiva facente capo al potenziale subappaltatore non potrà che essere di diritto soggettivo[54].

Il dato normativo pare faccia propendere per la natura di atto vincolato, anche perché, prima di autorizzare, la stazione appaltante deve preventivamente verificare se:

1. la richiesta abbia ad oggetto l'esecuzione delle opere indicate nell'atto dell'offerta;
2. che il subappaltatore sia in possesso dei requisiti;
3. che i prezzi praticati dal subappaltatore non concretizzino un ribasso ulteriore rispetto a quello di aggiudicazione (superiore al 20%).

Acclarata la esistenza di detti presupposti, la stazione appaltante non può che autorizzare il subappalto[55]. Se così è, allora, e a giudizio della dottrina maggioritaria, alcuna discrezionalità amministrativa può rinvenirsi nell'autorizzazione al subappalto[56].

4. *Gli orientamenti della giurisprudenza in materia di provvedimenti di autorizzazione e di diniego al subappalto*

La giurisprudenza, tanto civile quanto amministrativa, perlopiù ha dibattuto su quale fosse il Giudice fornito di giurisdizione (G.A. o G.O.) nel caso in cui la stazione appaltante negasse l'autorizzazione al subappalto.

Pertanto, l'oggetto di indagine verrà circoscritto alla ricognizione del consolidato

[52] A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, L'appalto di opere pubbliche, Milano, 1999, 325.
[53] CdS, sez. IV, sent. 27 ottobre 1998, n. 1394.
[54] A. VALLETTI Il subappalto, Milano, 2005, 123.
[55] A. CANCRINI, F. PETRULLÀ, Subappalto di lavori, forniture e servizi, Roma, 2003, 43.
[56] G. SALA, L'appalto di opere pubbliche, Padova, 2001, 611.

ISSN 2036-7821

orientamento giurisprudenziale (pacifico in sede tanto civile quanto amministrativa) al fine ultimo di dimostrare – eccezion fatta per qualche marginale pronuncia –, la tendenziale convergenza, oltre che stabilità, degli orientamenti fino a poco fa professati, dal G.A. e dal G.O., sulla identificazione del Giudice avente giurisdizione quando debba delibarsi sul diniego di autorizzazione al subappalto.
Scrutinata la sentenza n. 171/2022 del Consiglio di Stato, verrà dunque ad inferirsi che la originalità del *revirement* è rinvenibile nel rilievo dato, non più solo alla 'fase contrattuale' in cui ci si trova (pubblicistica ovvero privatistica), quanto piuttosto alla 'attività' (di diritto pubblico ovvero di diritto privato) esercitata dalla P.A. nel momento del diniego di autorizzazione al subappalto e, conseguentemente, alla natura della situazione giuridica soggettiva (di diritto soggettivo o di interesse legittimo) del frontista dell'azione amministrativa. Con la sentenza n. 171 del 10 gennaio 2022, infatti, i Giudici di Palazzo Spada, discostandosi dagli orientamenti fino ad allora professati, per il diniego di autorizzazione al subappalto, declinano la giurisdizione in favore del giudice amministrativo, escludendo quella del giudice ordinario!

4.1 *L'orientamento tradizionale*
Per lungo periodo la Cassazione a Sezioni Unite, dando rilievo al principio secondo cui rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto tutti gli atti della serie negoziale successivi alla stipulazione del contratto[57], concludeva nel senso che «rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo ogni controversia relativa all'impugnazione dell'aggiudicazione di gara e degli atti del relativo procedimento antecedenti alla stipula del contratto di appalto; mentre, nella giurisdizione del giudice ordinario i giudizi relativi alla successiva 'fase contrattuale', concernente l'esecuzione del rapporto»[58]. Questo perché – in conformità all'in allora consolidato orientamento giurisprudenziale – deve essere valorizzato il momento in cui interviene l'atto censurato: il diniego di autorizzazione al subappalto, del resto, non attiene alle procedure di affidamento di cui all'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. trattandosi, piuttosto, di una 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.
Da tali precedenti, il Giudice civile inferiva quindi che, non assumendo rilevanza alcun potere discrezionale o comunque pubblicistico, il relativo contenzioso – conseguente al diniego di subappalto – non poteva che essere conosciuto dal G.O.!
Nello stesso senso si muoveva la prevalente giurisprudenza amministrativa. In più pronunce, infatti, il G.A. aveva argomentato che «rientrano nella giurisdizione del

[57] Cass. civ., SS. UU., ord. 10 aprile 2017, n. 9149; Cass. civ. SS. UU., sent. 31 maggio 2016, n. 11366.
[58] Ex multis Cass. Civ, SS.UU., sent. 03 maggio 2017, n. 10705; conforme Cass. civ., sent. 21 maggio 2019 n. 13660.

ISSN 2036-7821

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»[59]. Orientamento, questo, decisamente maggioritario nella giurisprudenza amministrativa nonostante la presenza di qualche sparuta pronuncia con la quale, al contrario, si sosteneva che, essendo l'autorizzazione, ovvero il diniego di autorizzazione, atti amministrativi rispetto ai quali i privati vantano posizioni d'interesse legittimo, la cognizione sull'autorizzazione al subappalto, ovvero sul suo diniego, spettava al giudice amministrativo.

Ed invero, anche nel novembre 2021 il G.A., chiamato nuovamente a pronunciarsi sulla fattispecie in cui «la stazione appaltante aveva opposto un diniego parziale al subappalto (o meglio una revoca parziale del subappalto già autorizzato dopo trenta giorni dalla relativa richiesta), escludendo dall'autorizzazione una voce di prezzo, in quanto il ribasso operato dal subappaltatore per la posa in opera era risultato essere superiore al 20%», aveva statuito che «considerando 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, [bisognava] aderire all'orientamento maggioritario che conduce ad escludere la giurisdizione del giudice amministrativo»[60], declinando, in conseguenza, la giurisdizione in favore del giudice ordinario.

Il Tar Lombardia-Brescia, difatti, nella sentenza n. 975/2021, a prescindere dal fatto che il limite del ribasso non superasse il 20 % delle opere appaltate (giusta divieto di cui al co. 14 dell'art. 105, in oggi eliminato dal decreto semplificazioni, il D.L. n. 77/2021, convertito in legge 29 luglio 2021, n. 108), ha ritenuto di attribuire rilievo determinante al fatto che il diniego fosse 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.

4.2 *Il revirement del Consiglio di Stato nella sentenza n. 171/2022*

Il Consiglio di Stato, nella fattispecie sottoposta alla sua attenzione, risolve invece il dubbio di giurisdizione sul provvedimento di autorizzazione o di diniego al

[59] Ex plurimis, Tar Lazio-Roma, sez. III, sent. 6 aprile 2016, n. 4181.
[60] Tar Lombardia-Brescia, sez. II, sent. 19 novembre 2021 n. 975

ISSN 2036-7821

subappalto sostenendo che «nel diniego di autorizzazione al subappalto, gli interessi di carattere generale, pur connessi alla concreta esecuzione del contratto, connotano il momento pubblicistico, il quale si rappresenta nel scelta del subappaltatore nei termini di verifica del rispetto dei criteri fissati dalla procedura di gara». Ciononostante «la non riconducibilità dei prescritti poteri a quelli propri di un rapporto paritetico non si traduce in una diminuzione di tutela della società appaltata essendovi, al contrario, un rafforzamento della sua posizione secondo lo statuto tipico del procedimento amministrativo, in primis per la necessità che l'attività autorizzativa al subappalto sia esercitata in coerenza con il pubblico interesse sotteso al contratto di appalto».
I Giudici di Palazzo Spada, infatti, argomentano che, sebbene ci si trovasse già nella fase successiva alla stipula del contratto di appalto, al diniego parziale di subappalto aveva fatto «riscontro la soggezione della società appaltata, alla quale e(ra) riconosciuto l'interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri autoritativi spettanti alla prima, sicché la controversia relativa al legittimo esercizio di tale potere rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo»[61].

4.3 *La vicenda sostanziale e processuale che ha originato la sentenza n. 171/2022*
La vicenda delibata con la sentenza n.171/2022 del Consiglio di Stato[62] origina dall'appello presentato avverso la sentenza n. 975/2021 del Tar Lombardia-Brescia[63].
L'Appaltatore SALC SpA, nel corso dell'esecuzione dell'appalto per la realizzazione del raccordo autostradale (tra l'autostrada A/4 e la Val Trompia-Tronco Ospedaletto, tratto Concesio/Sarezzo), aveva chiesto al Committente, l'autorizzazione a procedere, con urgenza, al subappalto di taluni lavori '*specialistci*', essendo gli stessi propedeutici alla realizzazione di una parte dell'opera principale. Ad autorizzazione già concessa, stante il decorso del termine di trenta giorni dalla ricezione della richiesta di autorizzazione, la Committente frapponeva un parziale diniego al subappalto, o meglio, «*una revoca parziale al subappalto già autorizzato dopo trenta giorni dalla relativa richiesta*», in quanto il ribasso operato dal subappaltatore era risultato superiore al 20%. Poiché l'impossibilità di subappaltare le lavorazioni '*speciali*' aveva comportato la irrealizzabilità dell'intera opera, l'Appaltatore ricorreva al Giudice amministrativo affinchè, disposta l'applicazione delle misure cautelari (stante l'urgenza delle lavorazioni da far svolgere al subappaltatore), accogliesse la formulata richiesta di annullamento del provvedimento di diniego parziale al subappalto, reso dalla Committente.
Il Tar Lombardia, sezione distaccata di Brescia, chiamata a decidere sulla vicenda,

[61] CdS, sent. 10 gennaio 2022, n. 171.
[62] CdS, sez. V, sent. 10.01.2022 n. 171
[63] TAR Lombardia-Brescia, sez. II, sent. 19.11.2021 n. 975.

ISSN 2036-7821

con la sentenza n. 975/2021, preliminarmente, affrontava la sottesa questione giuridica della giurisdizione sul provvedimento di autorizzazione, o di diniego, al subappalto, risolvendosi per la remissione al Giudice ordinario.
La decisione veniva quindi impugnata dall'Appaltatore innanzi al Consiglio di Stato il quale, considerata ammissibile la questione, in antitesi alle conclusioni del Giudice di prime cure, dichiarava, per i provvedimenti di autorizzazione o di diniego al subappalto, la giurisdizione del G.A.

4.4 *La questione giuridica oggetto della sentenza e il decisum*
Con la sentenza n. 171/2022 i Giudici della V sezione del Consiglio di Stato, pur tenendo conto dell'orientamento giurisprudenziale fino ad allora pressoché pacifico – cui tra l'altro, si era conformato anche il Tar Lombardia-Brescia con la decisione n. 975/2021 –, formula le sue osservazioni in punto di diritto partendo dal dato normativo di riferimento e, cioè, dall'art. 133, co.1, lett. e) del c.p.a. ai sensi del quale «sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge, le controversie: 1) relative a procedure di affidamento di lavori pubblici, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative».
Ciò premesso, il G. A., rammentando che la stipula del contratto in esito allo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica rappresenta, tradizionalmente, il momento distintivo tra la fase pubblicistica e la fase privatistica, conclude per la sua – fisiologica – giurisdizione sulle controversie a dir così '*pubblicistiche*' del contratto (attinenti, cioè, al momento anteriore alla stipula del contratto), e per la giurisdizione del G.O. sulle controversie cc.dd. '*privatistiche*' (riguardanti, cioè, la fase di esecuzione del rapporto contrattuale).
Il Consiglio di Stato, infatti, dapprima, precisa che «nella tradizionale prospettiva bifasica che caratterizza la formazione dei contratti ad evidenza pubblica, le 'procedure di affidamento' strutturano (nella fase propriamente pubblicistica) peculiari procedimenti amministrativi, che esitano nella determinazione conclusiva con cui viene disposta l'aggiudicazione a favore dell'offerta selezionata, cui segue – con la 'stipula del contratto' e la formale assunzione degli impegni negoziali – la fase esecutiva, che prefigura situazioni essenzialmente paritetiche, rimesse alla cognizione del giudice ordinario. La distinzione emerge, con particolare evidenza, dall'art. 30, co. 8, del D.Lgs. n. 50/2016 dove si contrappongono: a) le 'procedure di affidamento' che, in quanto ricomprese, come specie nel genere, nelle 'attività

ISSN 2036-7821

amministrative' sono assoggettate alle disposizioni di ordine generale e paradigmatico di cui alla l. n. 241/1990; b) la 'fase di esecuzione' che, in quanto attivata dalla 'stipula del contratto', evoca le regole del codice civile, in quanto non segnatamente derogate da disposizioni di specie». Dipoi, facendo proprio l'orientamento dominante seguito dalla giurisprudenza civile, conclude che per «pacifico orientamento elle SS.UU. della Corte di Cassazione, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo ogni controversia relativa all'impugnazione dell'aggiudicazione della gara e degli atti del relativo procedimento antecedenti alla stipula del contratto di appalto, mentre, nella giurisdizione del giudice ordinario, i giudizi relativi alla successiva 'fase contrattuale', concernente l'esecuzione del rapporto (ex multis Cass. SS.UU. 3/5/2017, n. 10705; Cass. 21/5/2019 n. 13660)».

Epperò il Supremo Giudice amministrativo, pur aderendo alla tesi che individua nella stipula del contratto la '*linea di confine*' ai fini della individuazione della giurisdizione del G.A. piuttosto che del G.O., prende atto che, tuttavia, «vi sono fattispecie connotate da peculiarità tali da costituire delle deroghe a tale principio, in cui il criterio di riparto si fonda sulla situazione giuridica fatta valere». In ipotesi siffatte, perciò, al fine di individuare il giudice avente giurisdizione, bisogna prioritariamente indagare la natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte e, soprattutto, l'agire della P.A. al fine ultimo di accertare se esso agire della «stazione appaltante atten(ga) ad un segmento procedimentale pubblicistico, ed (sia) collegato all'esercizio di un potere [poiché in tali evenienze], sussisterà la giurisdizione del giudice amministrativo. Tale *discrimen* è determinante, tenuto conto che la valutazione dell'interesse pubblico esclude ogni rapporto paritetico, anche se sussiste un vincolo contrattuale tra le parti».

Il G. A. giunge alla conclusione da ultimo riportata perché – fondatamente – rileva che, pure nella fase privatistica del contratto (successiva alla sua stipula), la P.A. si trova sempre, rispetto alla controparte, in una posizione di parità solo '*tendenziale*' giacché, anche in tale fase, ben può verificarsi la necessità di suo un intervento autorizzativo, che esiti ad una valutazione operata al fine di tutelare il primario interesse pubblico. Ed è proprio questo il caso verificatosi nella fattispecie portata alla sua attenzione: la P.A. appaltante aveva espresso un diniego parziale di autorizzazione al subappalto, sul rilievo di elementi preesistenti e riconducibili alla procedura di gara esercitando, di fatto, un potere pubblicistico contrapposto ad un interesse legittimo del privato.

Essendo tali i fatti nella decisione qui in commento, acclarato che alla posizione di supremazia espressa dalla stazione appaltante aveva fatto da *pendat* la posizione di soggezione della società appaltata (cui, pertanto, non poteva che ascriversi una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri autoritativi spettanti alla stazione appaltante), si è concluso per la giurisdizione del

ISSN 2036-7821

G.A. sul provvedimento di diniego di autorizzazione al subappalto.
La tenuta del ragionamento fatto dai Giudici di Palazzo Spada va quindi verificata, anche e soprattutto tenendo conto delle decisioni amministrative che fino alla sentenza n. 171/2022, dando rilievo alla '*fase*' – pubblicistica ovvero privatistica – della procedura di evidenza pubblica in cui sorgeva la controversia, ne facevano discendere dirette conseguenze in punto di giurisdizione del G.O. piuttosto che del G.A. E ciò, a prescindere dalla natura della situazione giuridica soggettiva che si assumeva lesa.

4.5 *Ricostruzione critica delle ragioni del Consiglio di Stato*
Il Consiglio di Stato, nella sentenza testé richiamata tiene anzitutto in debita considerazione le difese articolate dall'appellante il quale aveva rammentato che «secondo il convergente orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e di questo Consiglio di Stato, la controversia concernente un'ipotesi di diniego di autorizzazione al subappalto, quale quella oggetto del presente giudizio, è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, atteso che trattasi di un giudizio avente ad oggetto la sussistenza delle condizioni per il ricorso al subappalto da parte dell'aggiudicatario di una gara pubblica, le quali rappresentano il presupposto per il perseguimento e la tutela dell'interesse dell'amministrazione committente all'immutabilità dell'affidatario e, quindi, ad evitare che nella fase esecutiva del contratto si pervenga, con modifiche sostanziali dell'assetto di interessi scaturito dalla gara, a vanificare l'interesse pubblico». Del resto – così continua il consesso amministrativo – l'art. 133, co. 1, lett. e) del c.p.a. prevede che «sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge […] le controversie: 1) relative a procedure di affidamento di lavori pubblici, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria, ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative».
Facendo tesoro della previsione di cui all'art. 133, il G.A. viene quindi a focalizzare la sua attenzione sulle procedure finalizzate alla scelta del contraente al fine ultimo di mettere in rilievo che, nella tradizionale struttura 'bifasica' dei contratti ad evidenza pubblica, «le 'procedure di affidamento' strutturano (nella fase propriamente pubblicistica) peculiari procedimenti amministrativi che esitano nella determinazione conclusiva, con cui viene disposta l'aggiudicazione a favore dell'offerta selezionata, cui segue – con la 'stipula del contratto' e la formale assunzione degli impegni negoziali – la fase esecutiva, che prefigura situazioni

ISSN 2036-7821

essenzialmente paritetiche, rimesse alla cognizione del giudice ordinario. La distinzione emerge, con particolare evidenza, dall'art. 30, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 dove si contrappongono: a) le 'procedure di affidamento' che, in quanto ricomprese, come specie nel genere, nelle 'attività amministrative'sono assoggettate alle disposizioni di ordine generale e paradigmatico, di cui alla l. n. 241/1990; b) la 'fase di esecuzione' che, in quanto attivata dalla'stipula del contratto', evoca le regole del codice civile, in quanto non segnatamente derogate da disposizioni di specie».

Precisato che la stipula del contratto segna, tradizionalmente, il 'confine' tra tutto ciò che si verifica prima di essa stipula, e che in ogni caso spetta alla cognizione del G.A. trattandosi di un momento, a dir così, pubblicistico, e ciò che avviene dopo essa stipula, e che in ogni caso spetta alla cognizione del G.O. trattandosi di un momento, a dir così, privatistico, il Consiglio di Stato, conclude, quindi, per il richiamo al criterio di riparto della giurisdizione che, com'è noto, si fonda sulla natura della situazione giuridica soggettiva la quale si assume lesa. Perciò – continuano i Giudici di Palazzo Spada – «ogni volta che l'agire della stazione appaltante attiene ad un segmento procedimentale pubblicistico, ed è collegato all'esercizio di un potere da parte dell'Amministrazione, sussisterà la giurisdizione del giudice amministrativo. Tale *discrimen* è determinante, tenuto conto che la valutazione dell'interesse pubblico esclude ogni rapporto paritetico, anche se sussiste un vincolo contrattuale tra le parti. Ne consegue che, nella fase privatistica, l'Amministrazione si pone con la controparte in una posizione di parità che si può definire [solo] 'tendenziale', in quanto può sempre verificarsi l'ipotesi che l'intervento autorizzativo sia espressione di una valutazione operata al fine primario dell'interesse pubblico. In tal caso, appare all'evidenza l'insussistenza tra le parti (pubblica e privata) di un rapporto giuridico paritetico, che invece si ravviserebbe in situazioni soggettive da qualificare in termini di diritti soggettivi e di obblighi giuridici». Or dunque, nella fattispecie sottoposta alla sua attenzione, la stazione appaltante aveva negato, parzialmente, l'autorizzazione al subappalto sul rilievo di elementi preesistenti e riconducibili alla procedura di gara «esercitando un potere pubblicistico, contrapposto ad un interesse legittimo del privato, in quanto espressamente riferito ai criteri fissati dalla '*lex specialis*'»[64].

Il Consiglio di Stato, nel caso sottoposto alla sua attenzione, conclude insomma che, tra la stazione appaltante e la società appaltata, non era dato rinvenire alcuna posizione paritetica. Sebbene ci si trovasse già nella fase successiva alla stipula del contratto di appalto, al diniego parziale di subappalto faceva «riscontro la soggezione della società appaltata, alla quale e(ra) riconosciuto l'interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri autoritativi spettanti alla prima, sicché la controversia relativa al legittimo esercizio di tale potere rientra nella giurisdizione del giudice

[64] CdS, sent. 19 febbraio 2014, n. 769.

ISSN 2036-7821

amministrativo»[65].

Conclusione, quella poc'anzi riferita, che, a ben vedere, trovava il *placet* anche del Supremo Giudice civile il quale – qualche anno prima e quando l'orientamento era a dir poco minoritario – aveva precisato che se, per un verso, è vero che «successivamente alla stipula del contratto conseguente a un procedimento di evidenza pubblica, tutte le controversie insorte durante la fase di esecuzione del contratto rientrano […] nella giurisdizione del giudice ordinario, tenuto conto della condizione di parità tra le parti e, dunque, della natura di diritto soggettivo che qualifica la posizione del contraente privato», per altro verso è vero anche che, qualora la «amministrazione committente eserciti poteri autoritativi espressione di discrezionalità valutativa, a fronte [di essi poteri] la posizione soggettiva del privato si atteggia a interesse legittimo»[66].

Del resto ad una siffatto risultato – così si legge nella sentenza n. 171/2022 –, non osta il fatto che «nella specie, sia intervenuta la stipula del contratto e che si trovi nella fase della esecuzione del rapporto, in quanto l'utilizzo di strumenti privatistici è, infatti, incompatibile solo in linea generale con il 'perseguimento del pubblico interesse', come sancito dall'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, a proposito degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo (in questo senso: cfr. Corte cost. 6 luglio2004, n. 204). Inoltre, in ogni fattispecie di utilizzo di istituti propri del diritto civile prevale presso la giurisprudenza la tesi secondo cui la pubblica amministrazione mantiene le prerogative di autorità pubblica: tanto nella fase prodromica alla conclusione dei contratti (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 3 giugno2010, n. 11, con riguardo alla costituzione o partecipazione in società), quanto nel corso del rapporto con il privato una volta stipulato il contratto (così: Cons. Stato, Ad. plen. 20 giugno 2014, n.14, che ha riconosciuto perdurante il potere di autotutela amministrativa nel corso dell'esecuzione di un contratto di appalto pubblico)». Pertanto, «dai rilievi espressi, deve ritenersi che nel diniego di autorizzazione al subappalto, gli interessi di carattere generale, pur connessi alla corretta esecuzione del contratto, connotano il momento pubblicistico, il quale si rappresenta nella scelta del subappaltatore nei termini di verifica del rispetto dei criteri fissati dalla procedura di gara».

Il Consiglio di Stato, in definitiva, pur partendo dall'assunto fondamentale che, in linea generale, la stipula del contratto segna il punto di 'confine' ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, considera che, nello specifico, possono esservi delle fattispecie le quali, pur sorgendo nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto e, quindi, a contratto ormai stipulato e avviato, costituiscono, tuttavia, una deroga al principio di carattere generale, giustificata

[65] CdS, sent. 10 gennaio 2022, n. 171.

[66] Cass. civ., SS. UU., sent. 18 novembre 2016, n. 23468.

ISSN 2036-7821

dall'*agere* dell'Amministrazione. Ed infatti, quando l'agire della P.A. attiene ad un segmento procedimentale pubblicistico viene in rilievo l'esercizio di un potere rispetto al quale l'unico Giudice chiamato a dirimere la controversia non può che essere quello Amministrativo. Anche perché, con riguardo specifico al diniego di autorizzazione al subappalto, la stazione appaltante esercita di fatto un potere pubblicistico che è direttamente connesso ad elementi preesistenti, riconducibili alla fase della gara. E perciò, l'interesse del privato frontista dell'azione amministrativa, non può che essere declinato nella forma dell'interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri autoritativi, divenendo totalmente irrilevante la circostanza che la fase nella quale ci si trovi attenga o meno a quella strettamente contrattuale.
Più esattamente: «deve ritenersi che nel diniego di autorizzazione al subappalto, gli interessi di carattere generale, pur connessi alla corretta esecuzione del contratto, connotano il momento pubblicistico, il quale si rappresenta nella scelta del subappaltatore nei termini di verifica del rispetto dei criteri fissati dalla procedura di gara». Cionondimeno, «la non riconducibilità dei prescritti poteri a quelli propri di un rapporto paritetico non si traduce in una diminuzione di tutela della società appaltata, essendovi, al contrario, un rafforzamento della sua posizione secondo lo statuto tipico del procedimento amministrativo, in primis per la necessità che l'attività autorizzativa al subappalto sia esercitata in coerenza con il pubblico interesse sotteso al contratto di appalto».

5. *Considerazioni conclusive*

Alla luce del ragionamento sin qui svolto, sembra potersi fondatamente propendere per l'accoglimento della tesi che riconosce la giurisdizione del G.A. sui provvedimenti di autorizzazione, o di diniego, al subappalto. In favore di tale assunto militano sia le ragioni a sostegno dell'orientamento espresso dal Consiglio di Stato nella decisione del gennaio 2022, sia le ragioni ostative all'accoglimento della posizione che, all'opposto e fino al recente *revirement*, riconosceva la giurisdizione del G.O.
Con riguardo alle prime, si deve ribadire che, il CdS, nella sentenza n. 171/2022, richiamato il criterio di riparto della giurisdizione fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva che si assume lesa, sostiene, in conseguenza, che «ogni volta che l'agire della stazione appaltante attiene ad un segmento procedimentale pubblicistico, ed è collegato all'esercizio di un potere da parte dell'Amministrazione, sussisterà la giurisdizione del giudice amministrativo. Tale *discrimen* è determinante, tenuto conto che la valutazione dell'interesse pubblico esclude ogni rapporto paritetico, anche se sussiste un vincolo contrattuale tra le parti. Ne consegue che, nella fase privatistica, l'Amministrazione si pone con la controparte in una posizione di parità che si può definire [solo] 'tendenziale', in quanto può

ISSN 2036-7821

sempre verificarsi l'ipotesi che l'intervento autorizzativo sia espressione di una valutazione operata al fine primario dell'interesse pubblico. In tal caso, appare all'evidenza l'insussistenza tra le parti (pubblica e privata) di un rapporto giuridico paritetico, che invece si ravviserebbe in situazioni soggettive da qualificare in termini di diritti soggettivi e di obblighi giuridici».

Pertanto, il G.A., relativamente alla controversia sottoposta al suo esame, statuisce che, poiché la stazione appaltante aveva negato, parzialmente, l'autorizzazione al subappalto sul rilievo di elementi preesistenti e riconducibili alla procedura di gara, era più che palese l'esercizio, da parte della medesima Appaltante, di «un potere pubblicistico, contrapposto ad un interesse legittimo del privato, in quanto espressamente riferito ai criteri fissati dalla '*lex specialis*'». Ragion per cui, la controversia generata dal diniego autorizzatorio al subappalto non poteva che essere conosciuta dal Giudice amministrativo – e non già da quello ordinario –, nonostante ci si trovasse già nella fase successiva alla stipula del contratto di appalto. E questo poiché, al diniego parziale di subappalto, faceva comunque riscontro una situazione di 'soggezione' della società appaltata la quale rimaneva in ogni caso titolare dell'interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri autoritativi da parte della stazione appaltante!

D'altra parte, gli stessi argomenti utilizzati a sostegno della tesi che aveva riconosciuto la giurisdizione del G.O. sembrano non resistere alle motivate considerazioni contenute nella decisione n. 171/2022: continuare a sostenere che la cognizione delle controversie, in cui si discuta di provvedimenti di autorizzazione o di diniego al subappalto, spetti al G.O. piuttosto che al G. A. per il solo fatto di 'sorgere' nella fase cd. '*privatistica*' del contratto di appalto, evidentemente, rischia di apparire pleonastico oltrechè obsoleto! Ed infatti, se, per un verso, è vero che «successivamente alla stipula del contratto conseguente a un procedimento di evidenza pubblica, tutte le controversie insorte durante la fase di esecuzione del contratto rientrano […] nella giurisdizione del giudice ordinario, tenuto conto della condizione di parità tra le parti e, dunque, della natura di diritto soggettivo che qualifica la posizione del contraente privato»[67], per altro verso è altrettanto vero che, qualora la «amministrazione committente eserciti poteri autoritativi espressione di discrezionalità valutativa», a fronte di essi poteri la posizione soggettiva del privato non può che essere di interesse legittimo, con tutte le conseguenze in punto di giurisdizione del Giudice amministrativo!

Né osta a siffatta conclusione la circostanza che sia già intervenuta la stipula del contratto, e, dunque, che ci si trovi nella fase di esecuzione del rapporto giacché, l'utilizzo di strumenti privatistici, solo in linea generale, è incompatibile con il '*perseguimento del pubblico interesse*', così come sancito dall'art. 11 L. n. 241/1990 a

[67] Cass. civ.; sent. n. 23468/2016.

ISSN 2036-7821

proposito degli accordi integrativi o sostitutivi. È piuttosto pacificamente dominante in giurisprudenza l'idea che in ogni fattispecie di utilizzo di istituti propri del diritto civile, la P.A. mantiene pur sempre le prerogative di autorità pubblica, tanto nella fase prodromica alla conclusione dei contratti, quanto in quella di esecuzione del rapporto.

Pertanto, «deve ritenersi che nel diniego di autorizzazione al subappalto, gli interessi di carattere generale, pur connessi alla corretta esecuzione del contratto, connotano il momento pubblicistico, il quale si rappresenta nella scelta del subappaltatore nei termini di verifica del rispetto dei criteri fissati dalla procedura di gara»[68]. La controversia che dovesse eventualmente sorgere in ordine al provvedimento autorizzatorio o di diniego di subappalto, quindi, non potrebbe che essere attratta alla cognizione del Giudice amministrativo!

[68] CdS, sez. V, sent. 10 gennaio 2022 n. 171.

ISSN 2036-7821