

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 28/01/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28849-il-rifiuto-al-subappalto-deve-essere-deciso-dal-giudice-civile>

Autore: Lazzini Sonia

Il rifiuto al subappalto deve essere deciso dal giudice civile

IL RIFIUTO AL SUBAPPALTO DEVE ESSERE DECISO DAL GIUDICE CIVILE

la maggiore flessibilità in sede di acquisizione degli appalti pubblici (si pensi all'istituto dell'avvalimento), indotta dalla normativa comunitaria in vista dell'obiettivo della eliminazione di ingiustificati vincoli anticoncorrenziali, non trova analoga estensione nella fase esecutiva, stante l'esigenza di preservare tale momento da "vicende anomale sintomatiche di una gestione non trasparente delle commesse pubbliche, se non di vere e proprie infiltrazioni criminali, ovvero che potrebbero indurre la creazione di un mercato parallelo degli appalti".

Rigetto di autorizzazione al subappalto: venendo al caso di specie, nel quale si discute della legittimità del diniego di autorizzazione al subappalto opposto alla ricorrente dalla stazione appaltante, non pare dubbio che la questione attenga alla fase esecutiva del rapporto contrattuale.

Ritiene il Collegio che la controversia esuli dalla giurisdizione del giudice amministrativo: sotto un primo aspetto, la decisione di ricorrere al subappalto non sembra in alcun modo riconducibile alle procedure di scelta dell'affidatario (il contraente risulta già individuato), traducendosi essenzialmente in una peculiare modalità esecutiva dell'opera rimessa, come tale, alla determinazione delle parti. Ciò consente di escludere l'applicazione del criterio di collegamento individuato dall'art. 244 Cod. contr. pubbl. (radicante la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo).

le inerenti disposizioni del Codice dei contratti pubblici costituiscono, alla stessa stregua delle norme sulla c.d. risoluzione in danno, un costrutto normativo di diritto privato speciale, operando quali limiti all'esercizio di un potere (permissivo) negoziale, e che, per altro verso, l'eventuale illegittimità (recte illiceità) del diniego di autorizzazione va contestata innanzi al giudice ordinario, attraverso l'allegazione dell'eventuale violazione di regole pattizie (come potrebbe ritenersi nell'ipotesi in cui la *lex specialis* ammetta il subappalto e l'offerta sia redatta tenendo espressamente conto di tale modalità esecutiva) ovvero dei principi generali che reggono l'attività contrattuale (ad es. buona fede).

nella fase di esecuzione del contratto "l'amministrazione si colloca in una posizione di parità con il privato ed agisce, salvo casi eccezionali nella specie non ricorrenti, nell'esercizio di autonomia negoziale e non di poteri amministrativi. Le posizioni soggettive che vengono in considerazione sono quindi di diritto soggettivo e non di interesse legittimo

Per pacifica opinione giurisprudenziale, le disposizioni recanti devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici riguardano il solo segmento pubblicistico dell'appalto, inclusi i provvedimenti di non ammissione alla gara o di esclusione dei concorrenti, e non anche la fase concernente l'esecuzione del rapporto, ove resta operante la competenza giurisdizionale del giudice ordinario, come giudice dei diritti, al quale spetta verificare la conformità alla normativa positiva delle regole attraverso cui i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi e delle relative condotte attuative (cfr., da ultimo, Cass., sez. un., 4 febbraio 2009, n. 2634, sugli artt. 6 e 7 l. 21 luglio 2000, n. 205, e giurispr. ivi richiamata; ad analoghe conclusioni è pervenuta la giurisprudenza amministrativa, secondo cui spettano al giudice ordinario "tutte le liti afferenti ad una fase successiva alla stipula di un contratto di appalto, in quanto investono diritti soggettivi e comunque vicende nelle quali non assumono alcuna incidenza i poteri discrezionali ed autoritativi della p.a."; così Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2008, n. 4309).

Tale è la situazione determinata dall'art. 244 Cod. contr. pubbl., che appunto devolve "alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, 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”.

Questa disposizione individua, quale criterio di riparto di tipo oggettivo, l'attinenza delle controversie alle “procedure di affidamento”, intendendosi con tale locuzione la serie di atti e attività prodromiche alla stipulazione del contratto e che appunto culminano con il perfezionamento dell'accordo contrattuale, mentre dopo tale momento il soggetto pubblico agisce (almeno di norma) alla stregua di un privato committente.

Ciò vale anche per le contestazioni concernenti l'esercizio delle prerogative di autotutela, occorrendo peraltro distinguere tra: i) provvedimenti di autotutela propriamente detti, i quali, concernendo gli atti amministrativi costituenti il presupposto dell'aggiudicazione (e del contratto), sono devoluti alla cognizione del giudice amministrativo pur se intervengano nella fase esecutiva (non mette qui conto individuare il titolo di ascrizione del potere decisorio, potendosi ritenere che tali provvedimenti attengano in qualche modo alle “procedure di affidamento” ovvero, alternativamente, che operi l'ordinario criterio di riparto basato sulla posizione giuridica azionata); e ii) atti di autotutela c.d. negoziale, connessi all'inadempimento dell'appaltatore, che invece rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario stante la pariteticità delle posizioni delle parti contrattuali (v. artt. 135 e 136 Cod. cit.; per Cons. Stato, sez. VI, n. 4309/08 cit. “anche in caso di esercizio del potere di annullamento in autotutela dei provvedimenti relativi ad un contratto già in fase di esecuzione, sussiste la giurisdizione del g.a., in quanto appartiene a tale giurisdizione la risoluzione di tutte le controversie relative alla fase successiva alla stipula del contratto, ivi comprese quelle relative ad un provvedimento di sostanziale risoluzione del contratto medesimo, tranne nelle ipotesi in cui si faccia questione di inadempienze contrattuali, nel qual solo caso, infatti, vertendosi in materia di posizioni paritetiche, la giurisdizione apparterrebbe al g.o.”).

Merita di essere segnalata la sentenza numero 34 del 4 gennaio 2010 ed in particolare il seguente passaggio:

Occorre nondimeno apprezzare la fattispecie alla stregua dell'ordinario criterio di riparto fondato sulla natura della posizione giuridica azionata (c.d. *petitum sostanziale*), al fine di verificare se il diniego per cui è questione sia o non espressione di poteri discrezionali conferiti all'amministrazione per la realizzazione di un interesse pubblico specifico (e dunque se, correlativamente, l'impresa ricorrente vanta o non una posizione di interesse legittimo).

È opinione del Collegio che al quesito debba darsi risposta negativa.

Di fronte alla generalmente ammessa possibilità di concludere contratti c.d. derivati, in ossequio al fondamentale principio di autonomia negoziale sancito dall'art. 1322 cod. civ., alcune disposizioni di diritto comune tipizzano ipotesi (le più rilevanti nella prassi economica) di subcontratti.

In tale novero rientra il subappalto, cui il codice civile dedica l'art. 1656 (oltre che l'art. 1670), a tenore del quale “l'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente”.

La disposizione, chiaramente correlata alla natura fiduciaria dell'appalto (incluso dalla dottrina tra i rapporti *intuitu personae*), si spiega con la natura della prestazione dedotta in contratto, e dell'obbligazione di risultato cui questo è preordinato, e con la stringente necessità di salvaguardare la posizione e gli interessi del committente all'ottenimento di detto risultato.

A cura di Sonia LAzzini

Si legga anche

**MANCATA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO PER
SOPRAVVENIENZE NEGATIVE: NULLA È DOVUTO QUALE
RISARCIMENTO DEL DANNO, VANNO INVECE RESTITUITI
L'EVENTUALE IMPORTO RICHIESTO A TITOLO DI ESCUSSIONE
DELLA CAUZIONE PROVVISORIA, LA SOMMA VERSATA A TITOLO
DI CAUZIONE DEFINITIVA E DI QUELLA VERSATA A TITOLO DI
RIMBORSO SPESE**

Poiché l'impresa, quindi, era stata avvertita (dalla lex specialis di gara) che la conclusione del contratto definitivo era subordinata alla condizione sospensiva del finanziamento regionale, si possono comunque far risalire in capo all'IACP responsabilità, in termini di dolo o colpa, anche se la mancata conclusione del contratto era ascrivibile alla circostanza che, nonostante solleciti e diffide da parte dell'Istituto, il comune non aveva provveduto alla rimozione degli ostacoli all'edificazione esistenti sull'area assegnata. E' corretto legittimo il pensiero secondo il quale perché possa affermarsi che ci si trovi innanzi ad un danno risarcibile, occorre che si pervenga al positivo riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa in capo all'amministrazione, intesa come apparato. vanno restituiti l'eventuale importo richiesto a titolo di escussione della cauzione provvisoria, la somma versata a titolo di cauzione definitiva e di quella versata a titolo di rimborso spese?

Il Consiglio di Stato ritiene la Sezione che esattamente il Tar abbia rilevato che la condotta serbata dall'amministrazione appellata sfugga a qualsivoglia giudizio di riprovevolezza. E ciò sotto tre distinti profili. Il primo di essi, attiene alla clausola, contenuta nella lettera invito, dalla quale si ricava che l'approvazione dell'IACP costituiva condizione per la stipula del contratto e, di converso, che la mancata approvazione impediva l'insorgere di qualsivoglia pretesa risarcitoria: ma anche prescindendo dalla clausola in esame, ed in disparte l'ampiezza della medesima (non limitata, come si sostiene erroneamente nel ricorso in appello all'unico evento relativo al mancato finanziamento delle opere da parte della Regione), ugualmente non sussisterebbe alcuna responsabilità dell'amministrazione appellata, in ossequio ai principi generali in tema di sussumibilità della condotta nel paradigma di cui all'art. 2043 cc. la omessa stipula conseguì causalmente ad una condotta di Enti diversi, e ad essa fu eziologicamente ricollegabile: non è dato individuare un collegamento, sotto il profilo causale "puro" che la renda riconducibile alla sfera giuridica dell'amministrazione appellata. Ciò perché, sotto il profilo causale, la Sezione condivide il consolidato orientamento giurisprudenziale alla stregua del quale "per poter attribuire alla p.a. un addebito di responsabilità da fatto illecito è necessaria la compresenza dell'elemento soggettivo, costituito dalla colpa o dal dolo dell'agente, e degli elementi oggettivi, individuati in una condotta posta in essere in violazione di una norma giuridica ("iniure") e in un danno conseguente qualificabile come ingiusto ("contra ius"), ossia ledendo una situazione giuridica altrui, e non nell'esercizio di un proprio diritto, nonché un nesso eziologico che leghi il fatto come descritto al danno. Per rinvenire il collegamento materiale tra condotta ed evento occorre considerare ed utilizzare gli art. 40 e 41 c.p.: sulla base della teoria della condicio sine qua non, la condotta risulta causativa dell'evento dannoso qualora si accerti che essa ha posto in essere una condizione senza cui l'evento non si sarebbe verificato; il rapporto di causalità si ritiene escluso per il sopravvenire di un fatto che, pur non agendo del tutto indipendentemente dalla condotta del soggetto della cui responsabilità si controverte, giacché altrimenti darebbe luogo ad una serie causale autonoma, si pone come fattore interruttivo della catena causale, in grado, cioè, di deviare lo sviluppo normale di quest'ultima. " _ Sebbene per quanto si è dianzi affermato non sia stata ritenuta ravvisabile alcuna condotta colposa dell'amministrazione è parimenti esatto rilevare che neppure alcun addebito può muoversi all'impresa appellante. _ Ne consegue il diritto di quest'ultima, (erroneamente non riconosciuto dai primi Giudici)

ad ottenere la ripetizione della somma eventualmente incamerata dall'amministrazione a titolo di cauzione e di quella che l'appellata amministrazione avrebbe trattenuto a titolo di rimborso spese di gara e di contratto._ Dette somme, maggiorate degli interessi come per legge, devono essere restituite all'appellante

Merita di essere segnalata la decisione numero 4309 del 10 settembre 2008 emessa dal Consiglio di Stato, inviata per la pubblicazione in data 18 settembre 2008

Quanto alla più ampia questione relativa al *petitum* risarcitorio, ed alla ravvisabilità in capo all'amministrazione appellata di una responsabilità a titolo di colpa, la Sezione dissente dalla ricostruzione prospettata nel ricorso in appello.

Invero il punto dal quale è necessario trarre le mosse è rappresentato dalla considerazione che l'art. 2043 CC (felicitemente definita "grundnorm" del sistema protettivo delle posizioni giuridiche attive individuali) è norma immediatamente precettiva: discende da ciò in via immediata la necessità di affermare che al soggetto ingiustamente leso pertenga la tutela risarcitoria anche a fronte di condotte rese dall'amministrazione in violazione di posizioni soggettive di interesse legittimo.

Nel caso di specie, secondo l'insegnamento della giurisprudenza civilistica (si veda Cassazione civile, sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629 secondo la quale "la posizione dell'imprenditore che abbia fatto legittimo affidamento nella aggiudicazione dell'appalto e nella successiva stipulazione del contratto e che ne ignorasse, senza sua colpa, una causa di invalidità è specificamente presa in considerazione dall'art. 1338 c.c. Con la conseguenza che in caso di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto è configurabile a carico dell'amministrazione appaltante la responsabilità contrattuale prevista dalla norma per avere generato nell'impresa dal momento dell'aggiudicazione, l'incolpevole affidamento di considerare valido ed efficace il contratto di appalto; nonché per non averla tutelata anche attraverso il dovere di informazione, e quello di astenersi dalla stipulazione del negozio che doveva sapere invalido rientrando nei suoi poteri conoscere le cause dell'illegittima aggiudicazione.) potrebbe astrattamente ricorrere una ipotesi di responsabilità rientrante nel paradigma della responsabilità precontrattuale: essa costituisce species di quella regolata ex art. 2043 cc, ed è regolata dagli stessi principi a quest'ultima applicabili.

La Sezione ha sul punto affermato che nel processo amministrativo la tutela risarcitoria, oramai accessibile in via generale dopo la l. n. 205 del 2000, può essere assicurata attraverso la reintegrazione in forma specifica, o attraverso il risarcimento per equivalente, ma questa modalità ha carattere sussidiario rispetto alla prima, che più puntualmente risponde al principio della effettività della tutela del cittadino nei confronti dell'attività provvedimento o materiale della p.a., perciò il risarcimento per equivalente può essere riconosciuto solo in quanto il ricorrente abbia espressamente limitato la propria domanda a detta modalità risarcitoria.(Consiglio Stato, sez. VI, 05 dicembre 2005, n. 6960).

Perché possa affermarsi che ci si trovi innanzi ad un danno risarcibile, tuttavia, occorre che si pervenga al positivo riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa in capo all'amministrazione, intesa come apparato.

Quanto a tale aspetto, la Sezione, in passato, ha avuto modo di evidenziare il ridotto onere dimostrativo che grava in *subiecta materia* sul privato, atteso che "fermo restando l'inquadramento della maggior parte delle fattispecie di responsabilità della p.a., tra cui quella in esame, all'interno della responsabilità extracontrattuale, non è comunque richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare sforzo probatorio sotto il profilo dell'elemento soggettivo. Infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di un'espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto

illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie. Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà, di contro, all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile, ad esempio, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata. (Consiglio Stato, sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981).

Ritiene la Sezione che esattamente il Tar abbia rilevato che la condotta serbata dall'amministrazione appellata sfugga a qualsivoglia giudizio di riprovevolezza.

E ciò sotto tre distinti profili.

Il primo di essi, attiene alla clausola, contenuta nella lettera invito, dalla quale si ricava che l'approvazione dell'IACP costituiva condizione per la stipula del contratto e, di converso, che la mancata approvazione impediva l'insorgere di qualsivoglia pretesa risarcitoria (si veda, sia pur con riferimento a differente fattispecie, Consiglio Stato, sez. V, 24 marzo 2001, n. 1702, in tema di legittimità delle clausole condizionanti apposte all'atto amministrativo).

Ma anche prescindendo dalla clausola in esame, ed in disparte l'ampiezza della medesima (non limitata, come si sostiene erroneamente nel ricorso in appello all'unico evento relativo al mancato finanziamento delle opere da parte della Regione), ugualmente non sussisterebbe alcuna responsabilità dell'amministrazione appellata, in ossequio ai principi generali in tema di sussumibilità della condotta nel paradigma di cui all'art. 2043 cc.

Ciò perché, sotto il profilo causale, la Sezione condivide il consolidato orientamento giurisprudenziale alla stregua del quale

“per poter attribuire alla p.a. un addebito di responsabilità da fatto illecito è necessaria la compresenza dell'elemento soggettivo, costituito dalla colpa o dal dolo dell'agente, e degli elementi oggettivi, individuati in una condotta posta in essere in violazione di una norma giuridica ("iniure") e in un danno conseguente qualificabile come ingiusto ("contra ius"), ossia ledendo una situazione giuridica altrui, e non nell'esercizio di un proprio diritto, nonché un nesso eziologico che legghi il fatto come descritto al danno. Per rinvenire il collegamento materiale tra condotta ed evento occorre considerare ed utilizzare gli art. 40 e 41 c.p.: sulla base della teoria della condicio sine qua non, la condotta risulta causativa dell'evento dannoso qualora si accerti che essa ha posto in essere una condizione senza cui l'evento non si sarebbe verificato; il rapporto di causalità si ritiene escluso per il sopravvenire di un fatto che, pur non agendo del tutto indipendentemente dalla condotta del soggetto della cui responsabilità si controverte, giacché altrimenti darebbe luogo ad una serie causale autonoma, si pone come fattore interruttivo della catena causale, in grado, cioè, di deviare lo sviluppo normale di quest'ultima. “ (Consiglio Stato, sez. V, 08 marzo 2006, n. 1228).

Nel caso in questione la omessa stipula conseguì causalmente ad una condotta di Enti diversi, e ad essa fu eziologicamente ricollegabile: non è dato individuare un collegamento, sotto il profilo causale “puro” che la renda riconducibile alla sfera giuridica dell'amministrazione appellata.

Il collegamento, per il vero, è in astratto ipotizzato dall'appellante avuto riguardo al “mancato sollecito” da parte dello IACP, e/o comunque alla condotta acquiescente di quest'ultima resa con riferimento alle condotte delle amministrazioni comunali.

Il mezzo non è persuasivo.

La Sezione non ignora che dottrina e giurisprudenza hanno in passato elaborato il principio per cui il potere dell'amministrazione di non dare corso all'aggiudicazione con la stipula del contratto incontra un limite insuperabile nei principi di buona fede e correttezza alla cui puntuale osservanza è tenuta anche la p.a. e nella tutela dell'affidamento ingenerato. Da quanto precede deve ritenersi sussistente la colpa dell'amministrazione che addiviene alla conclusione di una procedura di affidamento lavori senza mai stipulare il relativo contratto a causa dell'omessa verifica e vigilanza sulla sussistenza della relativa copertura finanziaria, in quanto tale comportamento, ingenerando nelle parti un falso affidamento in ordine alla positiva conclusione della vicenda, deve considerarsi divergente rispetto alle regole cui tenuta anche la p.a. nella fase precontrattuale.

Tale ipotesi, tuttavia, non ricorre nel caso de quo, laddove (in disparte, lo si ripete, l'ampia formulazione della clausola della lettera-invito, ricomprensiva dell'evento in questione) le amministrazioni comunali che non emisero il nulla-osta richiesto non rientravano nella sfera di controllo/vigilanza dell'ente interessato: impregiudicate le ragioni (il tema non rientra tra quelli devoluti alla cognizione della Sezione) per cui ciò avvenne, non si vede quale sia la "rimproverabilità" ascrivibile alla condotta dello Iacp.

Il petitum risarcitorio deve pertanto essere disatteso.

Su un punto (connesso a quello sinora esaminato, ma distinto, atteso che piuttosto che di "risarcimento" deve discorrersi di "ripetizione") però, il gravame merita accoglimento.

Quanto all'appalto per lavori da effettuarsi nel comune di Campagna, l'amministrazione appellata ha sollecitato (infondatamente, per quanto ci si appresta a rilevare di seguito) la emissione di una pronuncia di improcedibilità del gravame, a cagione della circostanza che alla ditta appellante è stata offerto da parte dello Iacp di addivenire alla stipulazione del contratto di appalto (si veda pag.3 della memoria depositata in atti).

Senonchè, la stessa appellata Iacp ha lealmente evidenziato che (soltanto) "successivamente alla sentenza di primo grado si sono verificate le condizioni per addivenire alla esecuzione dei lavori ed alla stipula del contratto".

E che in data 12.2.2003 è stata dall'appellata inviata una nota all'impresa appellante con la quale la si invitava alla stipula del contratto (nota riscontrata negativamente dall'impresa Figo).

Orbene, tale evento, assai tardivo, ed addirittura temporalmente successivo alla sentenza di primo grado, non rientra nel paradigma normativo del Decreto del Presidente della Repubblica 16 luglio 1962, n. 106, (art. 4: "la stipulazione del contratto di appalto deve avere luogo entro 30 giorni dalla data del deliberamento nel caso di gara o della comunicazione all'impresa dell'accettazione dell'offerta nel caso di trattativa privata o di appalto concorso. L'emanazione del decreto di approvazione deve avvenire entro 60 giorni dalla data di stipulazione del contratto.") e non consente l'emissione di alcuna declaratoria di improcedibilità, in parte qua, del gravame.

La costante giurisprudenza di legittimità, peraltro, ha sul punto ritenuto che "in tema di appalto di opere pubbliche, qualora, dopo la aggiudicazione definitiva, la stipulazione del contratto non segua nel termine di trenta giorni, per fatto imputabile alla amministrazione appaltante, trova applicazione analogica il comma 4 dell'art. 4 del capitolato generale approvato con d.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063, che disciplina espressamente l'ipotesi in cui, avutasi la stipulazione del contratto nel termine di trenta giorni, ne tarda però l'approvazione per oltre sessanta giorni." (Cassazione civile, sez. I, 01 marzo 1989, n. 1101, ma si veda anche, Cassazione civile, sez. I, 03 ottobre 1983, n. 5751, laddove si è affermato che

“l'art. 4, comma 4, del capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici, approvato con d.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063, ove prevede il diritto dell'aggiudicatario di svincolarsi da ogni impegno per il caso di mancata approvazione del contratto nel termine di sessanta giorni, comporta che tale diritto dell'aggiudicatario debba essere, a maggior ragione, riconosciuto nel caso di mancata stipulazione del contratto medesimo entro quel termine. “).

L'odierna appellante, nel 2003, aveva già convenuto innanzi al Tar l'amministrazione ed era già stata resa sentenza di primo grado: la nota in oggetto non può determinare alcuna improcedibilità del gravame.

Di più.

Sebbene per quanto si è dianzi affermato non sia stata ritenuta ravvisabile alcuna condotta colposa dell'amministrazione è parimenti esatto rilevare che neppure alcun addebito può muoversi all'impresa appellante.

Ne consegue il diritto di quest'ultima, (erroneamente non riconosciuto dai primi Giudici) ad ottenere la ripetizione della somma eventualmente incamerata dall'amministrazione a titolo di cauzione e di quella che l'appellata amministrazione avrebbe trattenuto a titolo di rimborso spese di gara e di contratto.

Dette somme, maggiorate degli interessi come per legge, devono essere restituite all'appellante.

Alla stregua delle superiori considerazioni il ricorso in appello deve essere parzialmente accolto (con esclusivo riferimento al doveroso obbligo di restituzione delle somme incamerate con riguardo all'appalto da eseguirsi nel territorio del comune di Campagna) con parziale riforma della appellata sentenza (che deve essere per il resto integralmente confermata), laddove tale obbligo di restituzione non è stato previsto.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese processuali sostenute dalle parti in relazione alla particolarità della situazione di fatto sottesa alla controversia.>

Riportiamo qui seguito la sentenza numero 34 del 4 gennaio 2010 emessa dal Tar Lazio, Roma

N. 00034/2010 REG.SEN.

N. 06628/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 6628/2009 R.g. proposto da RICORRENTE soc. coop., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Carbone, Guido Mancini e Paolo Segalerba, presso lo studio dei quali in Roma, Viale Regina Margherita n. 290, ha eletto domicilio

contro

l'A.n.a.s. s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliata

per l'annullamento

del provvedimento comunicato con nota del 4 giugno 2009, con cui l'Anas ha rigettato l'istanza della ricorrente in data 23 aprile 2009 di autorizzazione al subappalto, in favore dell'Impresa Mario SUB APPALTATRICE s.r.l., di alcune lavorazioni comprese nell'appalto affidato ad essa RICORRENTE e concernente la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di ammodernamento della s.s. 64 "Porrettana" soggetta a movimenti franosi fra le località Silla e Marano, in Comune di Gaggio Montano – 2° stralcio fra le località Ca' de Ladri e Marano, e di tutti gli atti presupposti, consequenziali e connessi, ivi incluso, per quanto occorrer possa, il "parere negativo rilasciato dal Direttore dei lavori in data 17.05.2009" citato nel provvedimento di rigetto dell'istanza.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'intimata;

visti gli atti tutti di causa;

sentiti alla pubblica udienza del 9 dicembre 2009, relatore il cons. Mario Alberto di Nezza, gli avvocati delle parti come da verbale;
ritenuto e considerato quanto segue in

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 29 luglio 2009, ritualmente depositato, la società RICORRENTE, premettendo di essersi aggiudicata la gara in epigrafe e di aver stipulato in data 8 novembre 2006 il relativo contratto, recante la previsione della facoltà dell'appaltatore di subappaltare, previa autorizzazione dell'Anas, i lavori indicati in sede di offerta “nella misura, alle condizioni e con i limiti e le modalità previste dal Capitolato speciale di appalto” (a sua volta rinviante alle disposizioni di legge in materia), ha chiesto l'annullamento del diniego opposto dall'Anas sull'istanza concernente il subappalto (in favore dell'Impresa Mario SUB APPALTATRICE) di una serie di lavorazioni per un importo complessivo di euro 1.000.000 (categoria prevalente OG 3).

A sostegno del gravame la società istante, richiamato il contegno mantenuto dalla stazione appaltante in occasione di due precedenti dinieghi relativi alla stessa commessa, parimenti impugnati, e lamentato il pesante vincolo alla propria autonomia organizzativa derivante dalla contestata determinazione, ha denunciato l'illegittimità del diniego per:

a) violazione e falsa applicazione dell'art. 118, commi 2 e 4, d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici), eccesso di potere e sviamento: il rilievo posto a base dell'atto reiettivo - ossia che il contratto derivato non dimostrerebbe “un'esatta e totale corrispondenza tra le lavorazioni e le voci di prezzo unitari dedotti dal contratto principale”, ciò comportando la scissione (“disaggregazione”) tra acquisto di materiali e strutture da parte dell'appaltatore e posa in opera degli stessi – esulerebbe anzitutto dai casi di divieto di subappalto contemplati dall'art.

118, comma 2, Cod. contr. pubbl., disposizione che, ispirata al principio di matrice comunitaria della generale subappaltabilità della prestazione, sarebbe idonea a elidere qualsiasi profilo di discrezionalità nel rilascio dell'assenso (qualificabile alla stregua di atto dovuto); né ricorrerebbero, nella specie, le altre ipotesi tassative di divieto di subappalto (art. 118, comma 9, Cod. contr. pubbl. sul subappalto a cascata; art. 10 l. n. 575 del 1965, sulla prevenzione del pericolo di infiltrazioni mafiose; art. 118, co. 2, Cod. cit. e art. 141, co. 1, d.P.R. n. 554/99, sulla soglia del 30% delle lavorazioni della categoria prevalente; art. 37, co. 9, Cod. cit., sulla soglia del 15% per i lavori di rilevante contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica), occorrendo peraltro interpretare il compendio normativo di riferimento in termini rigorosi, stante la limitazione dell'autonomia negoziale da esso indotta; sotto altro profilo, la stazione appaltante avrebbe violato l'affidamento ingenerato nella ricorrente per effetto dell'“accettazione” di un'offerta già contemplante tale evenienza, mentre la legittimità della scelta preannunciata dalla stessa ricorrente sarebbe confermata dalle regole in materia di avvalimento (ammissive della scorporabilità di singole prestazioni dalle lavorazioni costituenti oggetto del rapporto);

b) ulteriore violazione dell'art. 118 cit.; eccesso di potere per travisamento dei fatti, illogicità e difetto di motivazione e per sviamento: la tesi di fondo enunciata dall'Anas della necessaria corrispondenza tra lavorazioni e prezzi unitari dedotti nel contratto principale e analoghi elementi del subcontratto - poggiante sull'obbligo per l'affidatario di praticare, per le prestazioni subappaltate, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione con ribasso non superiore al venti per cento (art. 118, co. 4. cit.; la “disaggregazione” delle lavorazioni sarebbe cioè idonea ad alterare la corrispondenza di tali fattori, posto che il singolo prezzo unitario sarebbe individuato sulla base della singola voce di lavorazione) – oltre a non trovare alcun riscontro nel diritto positivo (venendo così a peccare di apoditticità), non terrebbe

conto della possibilità, contemplata dalla normativa di riferimento, di determinare i prezzi delle prestazioni disaggregate attraverso la metodologia prevista (anche dal capitolato speciale; cfr. art. 3) per l'individuazione dei "nuovi prezzi", secondo le analisi in concreto allegate dalla ricorrente alla propria istanza e che l'Anas avrebbe ben potuto sottoporre a verifica;

c) eccesso di potere in tutte le sue forme: la menzionata metodologia di determinazione dei "nuovi prezzi" (esemplificativamente illustrata con riferimento ai magisteri NP 8 e NP.23.b) dimostrerebbe inoltre, in relazione al merito tecnico della questione, l'irragionevolezza del contestato divieto.

Costituitasi in resistenza l'Anas (con comparsa di mero stile), all'udienza di discussione del 9 dicembre 2009, nel corso della quale il Collegio ha d'ufficio provocato il contraddittorio sulla pregiudiziale di giurisdizione, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Ritiene il Collegio che la controversia esuli dalla giurisdizione del giudice amministrativo.

2.1. Per pacifica opinione giurisprudenziale, le disposizioni recanti devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici riguardano il solo segmento pubblicistico dell'appalto, inclusi i provvedimenti di non ammissione alla gara o di esclusione dei concorrenti, e non anche la fase concernente l'esecuzione del rapporto, ove resta operante la competenza giurisdizionale del giudice ordinario, come giudice dei diritti, al quale spetta verificare la conformità alla normativa positiva delle regole attraverso cui i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi e delle relative condotte attuative (cfr., da ultimo, Cass., sez. un., 4 febbraio 2009, n. 2634, sugli artt. 6 e 7 l. 21 luglio 2000, n. 205, e giurispr. ivi richiamata; ad analoghe conclusioni è pervenuta la giurisprudenza amministrativa, secondo cui spettano al giudice ordinario "tutte le liti afferenti ad una fase

successiva alla stipula di un contratto di appalto, in quanto investono diritti soggettivi e comunque vicende nelle quali non assumono alcuna incidenza i poteri discrezionali ed autoritativi della p.a.”; così Cons. Stato , sez. VI, 10 settembre 2008, n. 4309).

Tale è la situazione determinata dall'art. 244 Cod. contr. pubbl., che appunto devolve “alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, 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”.

Questa disposizione individua, quale criterio di riparto di tipo oggettivo, l'attinenza delle controversie alle “procedure di affidamento”, intendendosi con tale locuzione la serie di atti e attività prodromiche alla stipulazione del contratto e che appunto culminano con il perfezionamento dell'accordo contrattuale, mentre dopo tale momento il soggetto pubblico agisce (almeno di norma) alla stregua di un privato committente.

Ciò vale anche per le contestazioni concernenti l'esercizio delle prerogative di autotutela, occorrendo peraltro distinguere tra: *i*) provvedimenti di autotutela propriamente detti, i quali, concernendo gli atti amministrativi costituenti il presupposto dell'aggiudicazione (e del contratto), sono devoluti alla cognizione del giudice amministrativo pur se intervengano nella fase esecutiva (non mette qui conto individuare il titolo di ascrizione del potere decisorio, potendosi ritenere che tali provvedimenti attengano in qualche modo alle “procedure di affidamento” ovvero, alternativamente, che operi l'ordinario criterio di riparto basato sulla posizione giuridica azionata); e *ii*) atti di autotutela c.d. negoziale, connessi all'inadempimento dell'appaltatore, che invece rientrano nella giurisdizione del

giudice ordinario stante la pariteticità delle posizioni delle parti contrattuali (v. artt. 135 e 136 Cod. cit.; per Cons. Stato, sez. VI, n. 4309/08 cit. “anche in caso di esercizio del potere di annullamento in autotutela dei provvedimenti relativi ad un contratto già in fase di esecuzione, sussiste la giurisdizione del g.a., in quanto appartiene a tale giurisdizione la risoluzione di tutte le controversie relative alla fase successiva alla stipula del contratto, ivi comprese quelle relative ad un provvedimento di sostanziale risoluzione del contratto medesimo, tranne nelle ipotesi in cui si faccia questione di inadempienze contrattuali, nel qual solo caso, infatti, vertendosi in materia di posizioni paritetiche, la giurisdizione apparterrebbe al g.o.”).

2.2. Venendo al caso di specie, nel quale si discute della legittimità del diniego di autorizzazione al subappalto opposto alla ricorrente dalla stazione appaltante, non pare dubbio che la questione attenga alla fase esecutiva del rapporto contrattuale.

Sotto un primo aspetto, la decisione di ricorrere al subappalto non sembra in alcun modo riconducibile alle procedure di scelta dell'affidatario (il contraente risulta già individuato), traducendosi essenzialmente in una peculiare modalità esecutiva dell'opera rimessa, come tale, alla determinazione delle parti. Ciò consente di escludere l'applicazione del criterio di collegamento individuato dall'art. 244 Cod. contr. pubbl. (radicante, come si è detto, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo).

Occorre nondimeno apprezzare la fattispecie alla stregua dell'ordinario criterio di riparto fondato sulla natura della posizione giuridica azionata (c.d. *petitum* sostanziale), al fine di verificare se il diniego per cui è questione sia o non espressione di poteri discrezionali conferiti all'amministrazione per la realizzazione di un interesse pubblico specifico (e dunque se, correlativamente, l'impresa ricorrente vanta o non una posizione di interesse legittimo).

È opinione del Collegio che al quesito debba darsi risposta negativa.

Di fronte alla generalmente ammessa possibilità di concludere contratti c.d. derivati, in ossequio al fondamentale principio di autonomia negoziale sancito dall'art. 1322 cod. civ., alcune disposizioni di diritto comune tipizzano ipotesi (le più rilevanti nella prassi economica) di subcontratti.

In tale novero rientra il subappalto, cui il codice civile dedica l'art. 1656 (oltre che l'art. 1670), a tenore del quale “l'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente”.

La disposizione, chiaramente correlata alla natura fiduciaria dell'appalto (incluso dalla dottrina tra i rapporti *intuitu personae*), si spiega con la natura della prestazione dedotta in contratto, e dell'obbligazione di risultato cui questo è preordinato, e con la stringente necessità di salvaguardare la posizione e gli interessi del committente all'ottenimento di detto risultato.

Nel settore degli appalti pubblici il principio di personalità dell'esecuzione appare maggiormente pregnante, alla luce tanto della regola generale sancita dall'art. 118 Cod. contr. pubbl. (i “soggetti affidatari [...] sono tenuti ad eseguire in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. Il contratto non può essere ceduto a pena di nullità”) quanto della disciplina restrittiva in materia di subappalto. E invero, come osservato da attenta dottrina, la maggiore flessibilità in sede di acquisizione degli appalti pubblici (si pensi all'istituto dell'avvalimento), indotta dalla normativa comunitaria in vista dell'obiettivo della eliminazione di ingiustificati vincoli anticoncorrenziali, non trova analogia estensione nella fase esecutiva, stante l'esigenza di preservare tale momento da “vicende anomale sintomatiche di una gestione non trasparente delle commesse pubbliche, se non di vere e proprie infiltrazioni criminali, ovvero che potrebbero indurre la creazione di un mercato parallelo degli appalti”.

Si spiega allora perché la legge, ammettendo il subappalto soltanto al ricorrere di determinate condizioni (ivi inclusa l'assenza di divieti *ex art.* 10 l. n. 575 del 1965 in

materia di misure di prevenzione antimafia), lasci tuttavia intatto il potere autorizzatorio del committente, preoccupandosi unicamente di stabilire le conseguenze dell'inerzia dell'amministrazione (cfr. art. 118, comma 8: "la stazione appaltante provvede al rilascio dell'autorizzazione entro trenta giorni dalla relativa richiesta; tale termine può essere prorogato una sola volta, ove ricorrano giustificati motivi. Trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa").

In questa ottica, è opinione del Collegio che la disciplina del Codice dei contratti pubblici (che ricalca con differenze più o meno significative l'art. 18 l. 19 marzo 1990, n. 55) non permetta di cogliere una diversità ontologica del potere permissivo, ove esercitato dal committente pubblico, rispetto a quello conferito dall'art. 1656 cod. civ., non risultando delineato dalla normativa di settore alcun ambito di discrezionalità amministrativa entro il quale procedere alla consueta ponderazione degli interessi in gioco; di guisa che, a fronte della richiesta dell'appaltatore di poter affidare in subappalto parte dell'opera, esso committente è chiamato anzitutto a verificare l'insussistenza dei ricordati divieti di legge e, in caso positivo, a decidere se (e soltanto se) l'esecuzione potrebbe trarre giovamento dal coinvolgimento di un'altra impresa (ad es., perché specializzata in talune lavorazioni).

La tesi opposta, oltre a ingenerare dubbi di tipo teorico – non potendosi ritenere che un potere negoziale istituito a presidio degli interessi di una parte contrattuale sia comunque espressivo, laddove intestato a un soggetto pubblico, di attività funzionalizzata; ciò che significherebbe tra l'altro delineare la tutela nei più rigorosi termini tipicamente connessi alla portata conformativa del giudicato amministrativo – non tiene conto della circostanza che rispetto alle disposizioni del codice civile le norme pubblicistiche sul subappalto intendono perseguire finalità, quali la prevenzione di infiltrazioni criminali e la tendenziale stabilità dell'esecutore

(dove il divieto di subappalto a cascata e la fissazione di soglie di “subappaltabilità”), bensì inerenti al settore delle commesse pubbliche, ma non incompatibili con le esigenze avute di mira dal diritto comune, ivi inclusa quella, comune a ogni tipo di appalto, che l’opera venga realizzata a regola d’arte.

Ne segue per un verso che le inerenti disposizioni del Codice dei contratti pubblici costituiscono, alla stessa stregua delle norme sulla c.d. risoluzione in danno, un costruito normativo di diritto privato speciale, operando quali limiti all’esercizio di un potere (permissivo) negoziale, e che, per altro verso, l’eventuale illegittimità (*recte* illiceità) del diniego di autorizzazione va contestata innanzi al giudice ordinario, attraverso l’allegazione dell’eventuale violazione di regole pattizie (come potrebbe ritenersi nell’ipotesi in cui la *lex specialis* ammetta il subappalto e l’offerta sia redatta tenendo espressamente conto di tale modalità esecutiva) ovvero dei principi generali che reggono l’attività contrattuale (ad es. buona fede).

Quanto detto trova conferma in una recente pronuncia resa in un giudizio avente appunto ad oggetto il diniego di autorizzazione al subappalto, in merito al quale la giurisdizione del giudice amministrativo – declinata in primo grado sul rilievo che la tesi della “presunta estraneità del subappalto alla sottostante sequenza procedimentale amministrativa e della sua riconducibilità alla fase privatistica” avrebbe isolato “la vicenda del subappalto dalla sua matrice pubblicistica a cui è invece indissolubilmente legata” e trascurato “la stringente inerenza del subappalto all’area autoritativa della scelta dell’aggiudicatario”, non essendo contestabile “che il subappalto, come filiazione del rapporto originario (cd. rapporto padre) ripete da questo la sua connotazione prettamente pubblicistica” (T.a.r. Campania, Napoli, 13 settembre 2007, n. 7577) - è stata (in appello) affermata sulla considerazione che nella fase di esecuzione del contratto “l’amministrazione si colloca in una posizione di parità con il privato ed agisce, salvo casi eccezionali nella specie non ricorrenti, nell’esercizio di autonomia negoziale e non di poteri amministrativi. Le

posizioni soggettive che vengono in considerazione sono quindi di diritto soggettivo e non di interesse legittimo” (Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3502).

3. In conclusione, va dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, per essere la controversia devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

La peculiarità della questione consente di ravvisare i presupposti per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione terza, definitivamente pronunciando, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario.

Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 9 dicembre 2009, con l'intervento dei signori:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Mario Alberto di Nezza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/01/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO