

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 18/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28951-per-pacifica-opinione-giurisprudenziale-le-disposizioni-recanti-devoluzione-alla-giurisdizione-esclusiva-del-giudice-amministrativo-di-tutte-le-controversie-relative-alle-procedure-di-affidamento>

Autore: Lazzini Sonia

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 publicist

Tar Lazio, Roma, 23.01.2010 n. 776

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

a 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)

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 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).

Ricorso per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, del provvedimento comunicato con nota del 18 maggio 2009 con il quale l'ANAS ha rigettato l'istanza formulata dalla ricorrente con nota del 26 marzo 2009 d'autorizzazione al subappalto di alcune lavorazioni comprese nell'appalto affidato ad essa e concernente la progettazione esecutiva e la esecuzione dei lavori di ammodernamento della S.S. 64 "Porrettana" soggetta a movimenti franosi fra le località Silla (km 38,740) e Marano (Km 45,814), nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, ivi compreso il parere negativo rilasciato dal Direttore dei Lavori in data 12.5.2009, mai comunicato alla ricorrente.

A sostegno del gravame la società istante, lamentato il pesante vincolo alla propria autonomia organizzativa derivante dalla contestata determinazione, ha denunciato l'illegittimità del diniego per:

1) 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 scorparabilità di singole prestazioni dalle lavorazioni oggetto del rapporto);

2) 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) 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.

3) 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

Qual è il parere dell’adito giudice amministrativo?

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

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.”).

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

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 776 del 23 gennaio 2010 emessa dal Tar Lazio, Roma

N. 00776/2010 REG.SEN.

N. 05575/2009 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.5575 del 2009 proposto dalla soc. coop. RICORRENTE, in persona del legale rappresentante pro-tempore., 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, è elettivamente domiciliata;

contro

Anas Spa, rappresentato e difeso dall'Avvocatura, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento comunicato con nota del 18 maggio 2009 con il quale l'ANAS ha rigettato l'istanza formulata dalla ricorrente con nota del 26 marzo 2009 di autorizzazione al subappalto in favore dell'ATI Ricorrente due srl – Ricorrente tre Sergio srl di alcune lavorazioni comprese nell'appalto affidato ad essa Ricorrente e concernente la progettazione esecutiva e la esecuzione dei lavori di ammodernamento della S.S. 64 "Porrettana" soggetta a movimenti franosi fra le località Silla (km 38,740) e Marano (Km 45,814), nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, ivi compreso il parere negativo rilasciato dal Direttore dei Lavori in data 12.5.2009, mai comunicato alla ricorrente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 dicembre 2009 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con il proposto gravame la società Ricorrente, premettendo di essersi aggiudicata la gara in epigrafe e di aver stipulato 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'ATI Ricorrente due srl – Ricorrente tre Sergio srl) 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, lamentato il pesante vincolo alla propria autonomia organizzativa derivante dalla contestata determinazione, ha denunciato l'illegittimità del diniego per:

1) 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 scorparabilità di singole prestazioni dalle lavorazioni oggetto del rapporto);

2) 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) per l'individuazione dei nuovi prezzi secondo le analisi in concreto allegare dalla ricorrente alla propria istanza e che l'Anas avrebbe ben potuto sottoporre a verifica.

3) 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

Si è costituita in giudizio l'intimata Anas spa contestando la fondatezza delle dedotte doglianze e concludendo per il rigetto delle stesse.

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

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 pubblicitario 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.”).

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 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". 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

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). 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).

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

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso n.5575 del 2009, come in epigrafe proposto, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario.

Spese compensate.

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

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

Bruno Amoroso, Presidente

Giuseppe Sapone, Consigliere, Estensore

Mario Alberto di Nezza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/01/2010

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

IL SEGRETARIO