

Subappalto: la decisione sull'autorizzazione spetta al giudice amministrativo

28 Gennaio 2022

Deve essere **devoluta al giudice amministrativo la giurisdizione sulla legittimità del provvedimento con cui l'amministrazione ha negato l'autorizzazione al subappalto**, per aver riscontrato l'insussistenza delle condizioni necessarie a rilasciarla.

È quanto deciso dal Consiglio di Stato, in merito ad una **controversia sul prezzo applicato alle prestazioni rese dal subappaltatore**, che, secondo l'amministrazione, superava i limiti di ribasso previsti dall'art. 105 del codice dei contratti, d.lgs. n. 50/2016, nella formulazione a suo tempo vigente (cfr. [Cons. di Stato, sez. V, 10 gennaio 2022, n. 171](#)).

A tale riguardo, **il giudice di primo grado** - aderendo all'orientamento prevalente - **aveva osservato 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**, di regola, **nella giurisdizione del giudice ordinario** (cfr. Corte di Cassazione SS.UU. n. 23468 del 18/11/2016). Pertanto, concludeva il TAR, la decisione sulla legittimità della mancata autorizzazione al subappalto doveva essere decisa in sede civile.

Sotto tale aspetto, il Consiglio di Stato ha riconosciuto che **la fase esecutiva è caratterizzata dalla condizione di parità tra le parti** e, dunque, dalla natura di diritto soggettivo che qualifica la posizione del contraente privato, sottoposto alla giurisdizione del giudice ordinario. Tuttavia, qualora - anche in tale fase - **l'amministrazione committente eserciti poteri autoritativi**, espressione di discrezionalità valutativa, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo, **perché**

in tal caso la posizione soggettiva del privato si atteggia a interesse legittimo.

Nel caso specifico, il Consiglio di Stato ha poi osservato che, dovendosi accertare la sussistenza delle condizioni per il ricorso al subappalto da parte dell'aggiudicatario di una gara pubblica, **il giudizio è volto ad evitare che nella fase esecutiva del contratto si vanifichi l'interesse pubblico**, sotteso alla stessa procedura ad evidenza pubblica, con modifiche sostanziali dell'assetto di interessi scaturito dalla gara.

L'autorizzazione al subappalto è infatti un istituto preordinato anche al perseguitamento di interessi pubblici ulteriori (cfr. [Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2010, n. 1713](#)), motivo per cui l'amministrazione deve accettare che si svolga in coerenza con il pubblico interesse al rispetto dei criteri fissati dalla procedura di gara.

Su tale presupposto, è – secondo il Consiglio di Stato – **indubbia la giurisdizione del giudice amministrativo** in ordine alla controversia sul rifiuto dell'autorizzazione al subappalto, con conseguente rinvio al primo giudice del ricorso di primo grado, ai sensi dell'art. 105, comma 2, del codice del processo amministrativo.