

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 perseguimento di interessi pubblici ulteriori (*cfr.* [Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2010, n. 1713](#)), motivo per cui l'amministrazione deve accertare 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.