

IL SUBAPPALTATORE ALLA RICERCA DEL SUO “GIUDICE NATURALE” DOPO L’INTERVENTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

*di Andrea Valletti
avvocato in Roma*

SOMMARIO

1. Cenni introduttivi sul contratto di subappalto - 2. Il procedimento autorizzatorio al subappalto: la posizione del subappaltatore - 3. La verifica del possesso dei requisiti generali come discrimen tra attività discrezionale e vincolata da parte della stazione appaltante - 4. Autorizzazione al subappalto: atto discrezionale o atto dovuto? - 5. La sentenza del 6 luglio 2004 n. 204 della Corte Costituzionale: quale giudice per il subappaltatore?

1. CENNI INTRODUTTIVI SUL CONTRATTO DI SUBAPPALTO

Al fine di delimitare l’alveo della presente disamina, preliminarmente occorre osservare come il subappalto si atteggi ad istituto di stampo prettamente privatistico che ha tuttavia trovato nel mondo degli appalti di opere pubbliche il proprio *habitat* naturale, alla luce dell’innata poliedricità e utilizzabilità da parte di organizzazioni malavitose per ottenere un illecito profitto che le contraddistingue.

Nell’ambito degli appalti pubblici, dove la scelta del contraente avviene a seguito di una procedura di affidamento - cd. disciplina dell’evidenza pubblica - di stampo pubblicistico (bando di gara, invito, offerta, aggiudicazione ecc.), il subappalto non regolamentato potrebbe divenirne un aggiramento ammettendo, di fatto, l’ingresso nell’esecuzione dei lavori da parte di un soggetto diverso da quello risultato aggiudicatario in sede di gara¹.

¹ Cfr. CARINGELLA, *La nuova disciplina sui Lavori pubblici*, Milano, 2003, p. 1403 che sottolinea: “...Ancor più forte si staglia la possibilità che il subappalto divenga il comodo crivello per l’elusione dei divieti previsti dalla legislazione antimafia mercé la reductio dell’aggiudicatario pulito alla stregua di mera testa di paglia dietro la quale tira le fila il soggetto subappaltante formalmente impossibilitato ad instaurare un rapporto diretto con la P.A. in quanto incappato nei rigori dei divieti di cui alla normativa antimafia. Ancora, a sostegno del disfavore militano il rischio di speculazione che consegue all’inserimento di soggetti di pura intermeditazione, la rottura dell’elemento fiduciario tra committente ed esecutore dei lavori, la mortificazione del-

Il subappalto infatti altro non è che il contratto in forza del quale una parte – l'appaltatore (o subcommittente) – affida ad un terzo (subappaltatore) l'esecuzione dei lavori relativi ad un'opera che egli, in virtù dell'aggiudicazione della procedura di affidamento e successiva stipula del contratto, si è impegnato a realizzare con organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio, nei confronti del committente (stazione appaltante) ².

Nell'ambito delle opere pubbliche, invece, la definizione di subappalto appare contenuta nel comma 12, dell'art. 18 della L. 19 marzo 1990, n. 55 - rubricata "Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale" - che statuisce espressamente: "...*Ai fini del presente articolo è **considerato subappalto** 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 caldo³, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento 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 per cento dell'importo del contratto da affidare*".

Alla luce della predetta disposizione, ai fini della ricorrenza della nozione di subappalto, appare necessaria quindi la compresenza dei seguenti requisiti:

1) che si tratti di prestazioni che richiedano l'uso di manodopera nel cantiere⁴ cui si riferisce l'appalto principale⁵;

l'interesse alla convenienza del contratto per la P.A. e la frustrazione della regola della par condicio tra gli aspiranti, oltre che la perdita di trasparenza circa la destinazione soggettiva della spesa pubblica circa i requisiti tecnici e morali dell'esecutore dei lavori".

² Il Codice Civile a ben guardare si limita ad offrire la sola nozione di appalto: "...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 il corrispettivo in denaro" (art. 1655).

³ Il "nolo a caldo" consiste nell'utilizzo di mezzi con operatore forniti da altra impresa (cfr. AA.VV., *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di VILLATA, Padova, 2001, p. 598) e configura, secondo la giurisprudenza "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, in *Rep. Giur. It.*, 1009, n. 280. Il "nolo a freddo" invece consiste nell'utilizzo di mezzi senza operatore forniti da altra impresa.

⁴ Si tratta di una specificazione introdotta dall'art. 141, comma 5, del Regolamento attuativo della Merloni (D.P.R. n. 554/99).

⁵ Sottolinea TUCCINI, *Fornitura e posa in opera di opere pubbliche: tra subappalto e subcontratto*, in *L'Ufficio tecnico*, n. 5/2003, Rimini, p. 63 che: "...L'Autorità per la vigilanza sui Lavori Pubblici (determinazione n. 12/2001) ha peraltro ritenuto che la specificazione contenuta nell'art. 141, comma 5, D.P.R. n. 554/99 si riferisca esclusivamente alle prestazioni che rientrano nella categoria prevalente dell'appalto principale: con la conseguenza che, secondo tale interpretazione, i subaffidamenti aventi ad oggetto prestazioni relative alle categorie scorporabili sarebbero soggetti alla disciplina propria del subappalto, ricorrendo le altre condizioni, anche se l'esecuzione di esse abbia luogo al di fuori del cantiere relativo all'appalto principale".

- 2) che l'incidenza della medesima sia superiore al 50% dell'importo del subcontratto da affidare;
- 3) che l'importo del subcontratto sia superiore al 2% dell'importo dei lavori affidati ovvero superi 100.000 euro a prescindere dall'incidenza percentuale sulla manodopera.

Al verificarsi congiunto di tali requisiti, ci troveremo di fronte ad un contratto di subappalto mentre in assenza verosimilmente si tratterà di un contratto cd. “similare” al subappalto, cioè un subaffidamento relativo a prestazioni che non costituiscono propriamente lavori ma che prevedono comunque l'impiego di mano d'opera (come nel caso della fornitura con posa in opera e dei noli a caldo), in relazione ai quali vengono stabilite le soglie economiche per considerarli equiparabili ai subappalti di lavori ed assoggettarli – conseguentemente – alla medesima disciplina⁶.

Nel caso del subappalto non può disconoscersi che trattasi di un contratto di natura “derivata”, a differenza di altri contratti quali ad es. la subfornitura (disciplinato dalla legge n. 192/1998), che si pone invece come contratto autonomo rispetto a quello principale dal quale risulta collegato su di un piano squisitamente funzionale ed economico⁷.

La subfornitura infatti si pone in un contesto di ottimizzazione gestionale mediante un autentico decentramento produttivo – una “...*scomposizione delle singole fasi del processo produttivo, ciascuna affidata al soggetto che risulta in grado di fornire il prodotto nel migliore rapporto qualità-costi*”⁸ che conserva la propria autonomia a prescindere dall'appalto aggiudicato che invece risulta il *prius* logico-giuridico per la stipulazione di qualsivoglia contratto di subappalto.

⁶ Cfr. Determinazione 27 febbraio 2003, n. 6 “Oggetto: Sub-affidamenti non qualificabili come subappalti, ai sensi dell'art. 18, comma 12, della legge 19 marzo 1990, n. 55 – Facoltà di controllo esercitabili dalla stazione appaltante”; determinazione 18 dicembre 2002, n. 31: “Chiarimenti in ordine al sistema di qualificazione, al divieto di subappalto e all'appalto integrato di cui alla determinazione n. 27/2002”, in www.autoritalavoripubblici.it.

⁷ Cfr. CANCRINI – PETULLÀ, *Subappalto di lavori, servizi e forniture*, Roma, 2003, p. 159 che osservano: “...mentre nel subappalto le prestazioni dell'appaltatore e del subappaltatore sono pressoché identiche, nel contratto di subfornitura le suddette prestazioni sono di contenuto di verso, la differenza va ricercata in una caratteristica qualitativa e strutturale e non meramente quantitativa (omissis)...la subfornitura non è destinata ad una prestazione specifica ad altro committente bensì ad essere assorbita in una generale attività di impresa o nella produzione di un bene complesso, dimodochè la subfornitura sia destinata a perdere la propria autonomia e specificità che viceversa, in questo senso, permane nella prestazione in subappalto”.

⁸ Cfr. CAPUTI, *Subfornitura: le esperienze comunitarie e le prospettive segnate dall'evoluzione legislativa nazionale*, in *Rivista Giuridica Quadrimestrale dei servizi pubblici*, 1/1999, p. 61 e ss.

Il subappalto, a differenza della subfornitura, sarebbe quindi un autentico subcontratto che autorevole dottrina ha definito “...*il contratto mediante il quale una parte reimpiega nei confronti di un terzo la posizione che gli deriva da un contratto in corso, detto contratto base*”⁹ (nel caso di specie il contratto base sarebbe l'appalto iniziale).

Caratteristica precipua di ogni subcontratto (e quindi anche del subappalto¹⁰) è la **dipendenza**¹¹ del medesimo dal contratto principale, dipendenza però che deve essere correttamente intesa onde fugare possibili equivoci.

In tal senso occorre precisare a chiare lettere, che il contratto di subappalto crea di fatto (e di diritto) un nuovo rapporto giuridico bilaterale tra subappaltante e subappaltatore, lasciando tuttavia inalterato quello tra committente e appaltatore, al quale si applica in genere la stessa disciplina del contratto base, escluse quelle disposizioni che facciano eccezione alla regola e che quindi concedano benefici particolari¹².

Discussa in dottrina e in giurisprudenza è stata proprio la delimitazione del concetto “dipendenza”.

Secondo alcuni¹³ il concetto di dipendenza andrebbe ricondotto nell'alveo del contratto a favore di terzi¹⁴ mentre secondo altri¹⁵ il subcontratto dovrebbe essere considerato come un'autonoma figura di dipendenza di un contratto rispetto ad un altro, caratterizzato dal reimpiego della posizione contrattuale derivante da un rapporto in corso di esecuzione.

⁹ Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 2000, III, p. 691.

¹⁰ Cfr. TUCCINI, *Fornitura e posa in opera di opere pubbliche: tra subappalto e subcontratto*, in *L'Ufficio tecnico*, n. 5/2003, Rimini, p. 62, che sottolinea come il subappalto sia un subcontratto “... *al pari di altre figure previste dalla legislazione vigente, quali la sublocazione o il submandato, e ciascuna di questa species riproduce rispettivamente lo schema negoziale caratterizzante il rapporto tra tali soggetti ed il committente, locatore, mandante*”.

¹¹ Cfr. CARINGELLA, *Il subappalto*, in *La nuova disciplina dei Lavori Pubblici*, Milano, 2003, p. 1401: “...*La dipendenza da un contratto base presupposto esclude che si tratti di un contratto primario e lo relega al rango di negozio secondario, da altri definito derivato o dipendente, nel senso che sorge sul fondamento di altro negozio similare con il quale è destinato a coesistere e con cui ha in comune lo stesso tipo di causa*”.

¹² Cfr. AA.VV., *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di VILLATA, Padova, 2001, p. 589.

¹³ Cfr. GRASSO, *Il subcontratto*, Napoli, 1987.

¹⁴ Art. 1411. Contratto a favore di terzi. - “È valida la **stipulazione a favore di un terzo**, qualora lo stipulante vi abbia interesse. Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione. Questa però può essere **revocata** o modificata dallo stipulante, finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente di volerne profittare. In caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto”.

¹⁵ Cfr. BIANCA, *op. cit.*, p. 695.

Senza entrare nel merito delle disquisizioni teoriche che si contendono il campo, appare utile precisare che tra il contratto di appalto e il contratto di subappalto esiste un collegamento tale che venendo meno il primo cessa di produrre i propri effetti pure il secondo.

Anche in questo tratto possiamo evidenziare una peculiarità del contratto di subappalto nei riguardi di quello di subfornitura, che invece non necessita di un contratto principale, potendosi esaurire nel rapporto con il committente senza che quest'ultimo sia a sua volta parte di un altro contratto¹⁶.

2. IL PROCEDIMENTO AUTORIZZATORIO AL SUBAPPALTO: LA POSIZIONE DEL SUBAPPALTATORE

Dopo aver accennato brevemente al contratto di subappalto appare opportuno entrare nel merito della presente disamina avente ad oggetto la posizione giuridica vantabile dal subappaltatore e la relativa tutela (individuazione del "giudice naturale").

Per comprendere la situazione giuridica vantabile predetta occorre analizzare, almeno nei tratti salienti, il procedimento autorizzatorio al subappalto e nello specifico delimitare i confini dell'attività di verifica da espletarsi da parte della stazione appaltante.

A tal riguardo si precisa che il procedimento autorizzatorio al subappalto altro non è che una tipologia del procedimento amministrativo così come delineato dalla L. 7 agosto 1990 n. 241, di recente modificata (Legge 11 febbraio 2005, n. 15)¹⁷.

In linea di prima approssimazione, il procedimento amministrativo¹⁸, può essere definito come la sequenza di atti, fatti ed attività tra loro connessi, preordinati all'emanazione di un atto finale¹⁹.

¹⁶ Cfr. CANCRINI – PETULLÀ, *op. cit.*, p. 39.

¹⁷ Si veda il D.D.L. n. 3890-B approvato dopo lunghe vicissitudini in data 26 gennaio 2005. Si ricordi come la prima approvazione del Senato della Repubblica recava la data 10 aprile 2003 e il disegno di legge sia stato poi modificato una prima volta dalla Camera dei deputati il 14 gennaio 2004 e una seconda volta dalla I Commissione permanente (Affari Costituzionali, Affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, Ordinamento Generale dello Stato e della Pubblica Amministrazione) del Senato della Repubblica in data 21 luglio 2004, trasmesso dal Presidente del Senato della Repubblica il 27 luglio 2004, definitivamente approvato dalla Camera dei deputati, come detto, nella seduta del 26 gennaio 2005 e divenuto legge l'11 febbraio 2005 n. 15, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 42 del 21 febbraio 2005 – in vigore dall'8 marzo 2005.

¹⁸ Cfr. SATTA, voce: *Atto amministrativo*, in *Enc. Treccani*;

¹⁹ Cfr. VIRGA, *Diritto amministrativo*, - Atti e Ricorsi -, Milano, 1999, p. 57.

Come tutti i procedimenti amministrativi, affinché possa essere iniziato, occorre che se ne verifichino preliminarmente i presupposti.

I presupposti affinché possa essere autorizzato il subappalto (e quindi considerata la richiesta idonea ad avviare un procedimento amministrativo) vengono individuati dall'art. 18, L. n. 55/90 e consistono:

- 1) nell'indicazione da parte dei concorrenti o dell'affidatario, nel caso di varianti di opera, all'atto dell'affidamento, dei lavori o le parti di opere che intendono subappaltare o concedere in cottimo;
- 2) nel deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative lavorazioni;
- 3) nella trasmissione, al momento del deposito presso la stazione appaltante del contratto di subappalto, della certificazione attestante il possesso in capo al subappaltatore dei requisiti di cui al successivo numero 4) da parte dell'appaltatore (subcommittente);
- 4) nel possesso in capo al subappaltatore dei requisiti previsti dalla vigente normativa in materia di qualificazione delle imprese, salvo i casi in cui, secondo la legislazione vigente, è sufficiente eseguire i lavori pubblici con la semplice iscrizione alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura;
- 5) nell'insussistenza, nei confronti dell'affidatario del subappalto o del cottimo, di alcuno dei divieti previsti dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 e successive modificazioni;
- 6) nell'allegazione alla copia autentica del contratto, da parte dell'impresa che intende avvalersi del subappalto, della dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 del codice civile con l'impresa affidataria del subappalto o del cottimo. Analoga dichiarazione deve essere effettuata da ciascuna delle imprese partecipanti nel caso di associazione temporanea, società o consorzio (cfr. comma 9, art. 18, L. n. 55/90).

Tutti i predetti presupposti e/o condizioni sono stati oggetto degli interventi interpretativi sia della giurisprudenza che dell'Authority per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, interventi che hanno reso il procedimento autorizzatorio attuale tutt'altro che snello e il tutto corroborato, ad avviso di chi scrive, da un mancato coordinamento normativo con il testo unico D.P.R. n. 445/2000 che pone l'operatore pratico dinanzi a difficoltà non sempre superabili senza sacrificare l'interesse pubblico alla snellezza procedimentale.

I presupposti che, ad avviso di chi scrive, maggiormente interessano in questa sede risultano essere quelli contraddistinti dai precedenti nn. 4, 5 e 6.

Occorre a tal riguardo osservare che, stando al tenore del presupposto di cui al punto 4, l'impresa potenziale subappaltatrice dovrebbe dimostrare soltanto il possesso dell'attestazione SOA per categorie e classifiche corrispondenti all'importo dei lavori che in concreto andranno poi ad essere dalla medesima eseguiti.

Dall'attestazione SOA la stazione appaltante dovrebbe evincere l'affidabilità "morale e professionale" dell'appaltatore.

L'Organismo di Attestazione infatti, preliminarmente al rilascio dell'attestazione SOA, dovrà verificare il possesso dei requisiti generali (tra i quali quelli inerenti l'affidabilità dell'esecutore dei lavori pubblici) in capo al soggetto richiedente e soltanto in caso di esito positivo della verifica rilasciare la cd. SOA.

A tal riguardo si pone tuttavia un primo interrogativo: la stazione appaltante, al fine di avere contezza dell'affidabilità "morale e professionale" del subappaltatore (requisiti la cui richiesta di verifica appare difficilmente disconoscibile) potrà considerare sufficiente la produzione della sola attestazione SOA?

Affermarne la sufficienza, ad avviso di chi scrive, significa eludere la finalità precipua della disciplina del subappalto che è quella di garantire alla stazione appaltante l'esecuzione dell'appalto da parte di un soggetto moralmente e professionalmente ineccepibile.

3. LA VERIFICA DEL POSSESSO DEI REQUISITI GENERALI COME *DISCRIMEN* TRA ATTIVITÀ DISCREZIONALE E VINCOLATA DA PARTE DELLA STAZIONE APPALTANTE

In tale contesto ben si giustifica quindi, ad avviso di chi scrive, una richiesta di comprova, da parte della stazione appaltante nei confronti del subappaltatore, del possesso dei requisiti generali ex art. 75 D.P.R. n. 554/99 che costituirebbe la "cartina al tornasole" per "conoscere" il subappaltatore.

Non va infatti dimenticato come il possesso di tali requisiti venga richiesto a tutti i partecipanti ad ogni procedura di affidamento²⁰ a pena di esclusione dalla gara stessa.

La mancata verifica quindi del possesso dei requisiti ex art. 75, D.P.R. n. 554/99 nei riguardi del subappaltatore comporterebbe per la stazione appaltante la non conoscenza di eventuali cause di esclusione (ad esempio nell'esecuzione di un altro appalto) in cui sia incorso il subappaltatore, che potrebbero risultare, alla luce delle suesposte considerazioni, dalla consultazione del Casellario

²⁰ Nel caso si tratti di appalti di forniture i requisiti saranno quelli di cui all'art. 11, D.Lgs. n. 358/92 e nel caso di appalti di servizi quelli di cui all'art. 12, D.Lgs. n. 157/95.

Informatico ex art. 27, D.P.R. n. 34/2000 in sede di incombenze da espletare da parte della stazione appaltante nei riguardi dell’Autorità dei Lavori Pubblici, durante la fase gestionale (un controllo quindi successivo).

Neanche sembra decisivo eccepire che la verifica del possesso dei requisiti generali è stata effettuata dalla Società²¹ Organismo di Attestazione²² in sede di rilascio dell’attestazione SOA che il subappaltatore presenta alla stazione appaltante, in quanto potrebbe essere trascorso un “discreto” lasso di tempo dal rilascio e potrebbero essere mutati i presupposti (tornando all’esempio se il subappaltatore fosse stato condannato la sentenza potrebbe essere passata in giudicato successivamente al rilascio dell’attestazione SOA).

Ad avviso di chi scrive quindi, è onere/obbligo (oltre che per ragioni di cautela) della stazione appaltante, richiedere al subappaltatore anche il pos-

²¹ Occorre precisare, alla luce del D.P.R. n. 34/2000, che deve trattarsi necessariamente di società per azioni, con denominazione sociale che esplicitamente comprenda l’espressione “organismi di attestazione”, con sede legale in Italia, e con oggetto esclusivo “...lo svolgimento dell’attività di attestazione ... e di effettuazione dei connessi controlli tecnici sull’organizzazione aziendale e sulla produzione di imprese di costruzione, nonché sulla loro capacità operativa ed economico-finanziaria”, e con capitale sociale, interamente versato, pari almeno ad un miliardo di lire (articolo 7, commi 1, 2 e 3). Inoltre dal D.P.R. n. 34/2000 viene precisato che l’attività di attestazione deve essere esercitata nel “rispetto del principio di indipendenza e di giudizio” e garantendo “l’assenza di qualunque interesse commerciale, finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori” (articolo 4, comma 4).

²² In realtà il controllo da parte della SOA sul possesso dei requisiti generali avviene ex art. 17, D.P.R. n. 34/2000 che soltanto parzialmente coincidono con quelli previsti dall’art. 75, D.P.R. n. 554/99. L’art. 17 del D.P.R. n. 34/2000 infatti prevede: “1. I requisiti d’ordine generale occorrenti per la qualificazione sono: a) cittadinanza italiana o di altro Stato appartenente all’Unione Europea, ovvero residenza in Italia per gli stranieri imprenditori ed amministratori di società commerciali legalmente costituite, se appartengono a Stati che concedono trattamento di reciprocità nei riguardi di cittadini italiani; b) assenza di procedimento in corso per l’applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all’articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, o di una delle cause ostative previste dall’articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; c) inesistenza di sentenze definitive di condanna passate in giudicato ovvero di sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell’articolo 444 del codice di procedura penale a carico del titolare, del legale rappresentante, dell’amministratore o del direttore tecnico per reati che incidono sulla moralità professionale; d) inesistenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contribuzione sociale secondo la legislazione italiana o del paese di residenza; e) inesistenza di irregolarità, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse secondo la legislazione italiana o del paese di provenienza; f) iscrizione al registro delle imprese presso le competenti camere di commercio, industria, agricoltura e artigianato, ovvero presso i registri professionali dello Stato di provenienza, con indicazione della specifica attività di impresa; g) insussistenza dello stato di fallimento, di liquidazione o di cessazione dell’attività; h) inesistenza di procedure di fallimento, di concordato preventivo, di amministrazione controllata e di amministrazione straordinaria; i) inesistenza di errore grave nell’esecuzione di lavori pubblici; l) inesistenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, attinenti l’osservanza delle norme poste a tutela della prevenzione e della sicurezza sui luoghi di lavoro; m) inesistenza di false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per

nesso (o se si preferisce la “persistenza”) dei requisiti generali che tuttavia andranno poi “controllati” dalla medesima stazione appaltante.

Per comprendere la difficoltà di una simile valutazione si ponga mente all’art. 75, D.P.R. n. 554/99, lettera c) che considera causa di esclusione la sussistenza di “...una sentenza penale di condanna passata in giudicato che incida sull’affidabilità morale e professionale”²³.

Quale reato può considerarsi effettivamente incidente sull’affidabilità morale e professionale? Si tratta di una valutazione delicatissima da operare sulla base di parametri che in teoria avrebbero dovuto essere certi e predefiniti e che invece nel concreto rimangono lasciati all’ “arbitrio” della stazione appaltante²⁴.

Proprio tale disposizione potrebbe far ritenere che margini di discrezionalità permangano ancora nel procedimento autorizzatorio delineato dall’art.

l’ammissione agli appalti e per il conseguimento dell’attestazione di qualificazione” mentre l’art. 75, D.P.R. n. 554/99 prevede come cause di esclusione: “1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: a) che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di amministrazione controllata o di concordato preventivo o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni; b) nei cui confronti è pendente procedimento per l’applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all’articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423; il divieto opera se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo o in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società; c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, oppure di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell’articolo 444 del codice di procedura penale, per reati che incidono sull’affidabilità morale e professionale; il divieto opera se la sentenza è stata emessa nei confronti del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo o in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso il divieto opera anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l’impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata. Resta salva in ogni caso l’applicazione dell’articolo 178 del codice penale e dell’articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale; d) che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all’articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55; e) che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell’Osservatorio dei lavori pubblici; f) che hanno commesso grave negligenza o malafede nell’esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante che bandisce la gara; g) che abbiano commesso irregolarità, definitivamente accertate, rispetto gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti; h) che nell’anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, risultanti dai dati in possesso dell’Osservatorio dei lavori pubblici”.

²³ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2003, n. 3380, in www.giustizia-amministrativa.it : “L’accertamento del requisito della capacità morale dell’impresa, non solo nel sistema dell’albo nazionale dei costruttori, ma anche secondo la vigente disciplina dei lavori pubblici

18, L. n. 55/90 in quanto alcuni reati potrebbero essere diversamente considerati dalla stazione appaltante e dal dichiarante (subappaltatore) sotto il profilo dell'affidabilità morale e professionale²⁵.

Procedendo per gradi tuttavia occorre precisare che dovrà essere quindi “premura” della stazione appaltante, successivamente alla produzione da parte del subappaltatore (a mezzo contraente che intende avvalersi del subappalto) di idonea dichiarazione ex art. 46, D.P.R. n. 445/2000 attestante il possesso dei requisiti ex art. 75, D.P.R. n. 554/99 (in particolare lettera c), acquisire il certificato del Casellario giudiziale²⁶ dei rappresentanti legali del subappaltatore.

In realtà si tratterebbe di una facoltà espressamente prevista dall'art. 43, del D.P.R. n. 445/2000 ma, soprattutto in tema di subappalto, resa necessaria attesa l'impossibilità per il privato di ottenere un certificato *integrale* del Casellario giudiziale (art. 24, D.P.R. n. 313/2002)²⁷, concesso soltanto alle stazioni appaltanti (art. 28, D.P.R. n. 313/2000 - cfr. Circolare 17 giugno 2003, n. 3194, del Ministero della Giustizia – Dipartimento per gli Affari di Giustizia – Direzione Generale della Giustizia penale – Ufficio III).

Soltanto attraverso l'esercizio di tale facoltà/obbligo la stazione appaltante potrà avere un quadro completo sull'affidabilità morale e professionale del subappaltatore.

Sul punto corre l'obbligo di precisare che il Ministero della Giustizia - Dipartimento per gli Affari di Giustizia - è intervenuto di recente con circo-

introdotta dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, ed in particolare ai sensi dell'articolo 75, comma 1, del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, va eseguito – nel caso di persone giuridiche – nei confronti degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio; secondo l'art. 75 cit., in particolare, “il divieto opera anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata”; tale disciplina si fonda sulla convinzione che vi sia la presunzione che la condotta penalmente riprovevole delle persone fisiche che svolgono od abbiano svolto di recente un ruolo rilevante all'interno dell'organizzazione di impresa, mentre è relativa (consentendo così all'impresa di fornire la prova contraria), nel caso in cui il soggetto stesso sia cessato dalla carica e non sia ancora trascorso quel lasso di tempo che ragionevolmente consente di ritenere il venir meno dell'influenza negativa recata dal soggetto medesimo”.

²⁴ Cfr. Determinazione n. 13/2003 dell'Autorità per i Lavori Pubblici su alcune indicazioni per la valutazione di tale incidenza.

²⁵ Al fine proprio di comprendere la “delicatezza” di tale aspetto si veda Cons. Stato, Sez. V, 1 marzo 2003, n. 1145, in *Rivista Amministrativa degli Appalti*, n. 1/2003, pag. 75: “...Il concetto di **moralità professionale**, rilevante in materia di gare per l'affidamento di appalti pubblici, nella sua ampiezza ed elasticità, presuppone la realizzazione di un reato pienamente idoneo a manifestare una radicale e sicura contraddizione coi principi deontologici della professione; la valutazione che deve in proposito compiere l'Amministrazione appaltante non deve cristallizzarsi in criteri astratti ed automatici, doven-

lare del 7 luglio 2004²⁸ e ha avuto modo di sottolineare, sulla scia di recenti sentenze dei giudici di Palazzo Spada²⁹, che anche le SOA devono poter procedere alla valutazione dei requisiti generali con i medesimi strumenti forniti alle stazioni appaltanti e pertanto: “...per l’adempimento di tale funzione le S.O.A. devono essere messe in condizione di richiedere ed ottenere (secondo quanto previsto nel decreto dirigenziale a firma congiunta dei Direttori Generali della Giustizia Penale e della Direzione Generale per i sistemi informativi automatizzati dell’11.2.2004) i certificati generali del casellario giudiziale relativi al titolare, ai legali rappresentanti, agli amministratori ed ai direttori tecnici della impresa per verificare la veridicità delle dichiarazioni rese da questi soggetti, non potendo residuare dubbi, alla stregua delle considerazioni che precedono, in ordine al fatto che le **SOA** possano essere correttamente inquadrabili nell’ambito dei **gestori di pubblici servizi**, e cioè di quei soggetti cui viene espressamente riconosciuto il legittimo potere di richiedere ed ottenere il certificato del casellario giudiziale ai sensi dell’art. 39 del T.U. del 14.11.2002 n. 313”.

dosi invece adattare alle peculiarità del caso concreto, riferite tanto alle caratteristiche dell’appalto, quanto al tipo di condanna ed alle concrete modalità di commissione del reato. I margini di insindacabilità attribuiti all’esercizio del potere discrezionale dell’Amministrazione appaltante di valutare una condanna penale ai fini dell’esclusione da una gara d’appalto, evidentemente ampliati dal mancato rinvenimento nella normativa vigente di parametri fissi e predeterminati ai quali attenersi ai fini di detta valutazione, non consentono comunque all’Amministrazione stessa di prescindere dal rendere conoscibili gli elementi posti alla base della eventuale definitiva determinazione espulsiva. Diversamente opinando, i soggetti interessati vedrebbero (in automatico) definitivamente precluso (a causa magari di una pregressa infrazione formale non particolarmente grave), l’esercizio dell’attività contrattuale con la P.A., con grave lesione del loro diritto di libera iniziativa economica. È illegittimo un provvedimento di esclusione di una gara d’appalto per asserita mancanza del requisito della moralità professionale dell’impresa, motivato facendo riferimento ad una sentenza di condanna nei confronti del legale rappresentante dell’impresa stessa e alla sua attinenza alla materia dell’appalto, senza dare adeguata contezza di aver proceduto ad un prudente apprezzamento delle ragioni che, nel concreto, precludevano l’eventuale affidamento dell’appalto in ragione del precedente penale stesso”.

²⁶ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 2 luglio 2001, n. 3602, in *Guida al diritto*, n. 35/2001, pag. 85: “...L’ambito di applicabilità delle dichiarazioni sostitutive può estendersi anche ai certificati generali del casellario giudiziale solo nelle ipotesi in cui il relativo contenuto abbia carattere negativo, ossia con riferimento alla mancanza di precedenti penali, mentre permane la necessità di presentazione del certificato generale del casellario giudiziale in presenza di precedenti penali”.

²⁷ Art. 24 (L) (Certificato generale del casellario giudiziale richiesto dall’interessato) “1. Nel certificato generale sono riportate le iscrizioni esistenti nel casellario giudiziale ad eccezione di quelle relative:

- a) alle condanne delle quali è stato ordinato che non si faccia menzione nel certificato a norma dell’articolo 175 del codice penale, purché il beneficio non sia stato revocato;
- b) alle condanne per contravvenzioni punibili con la sola ammenda e alle condanne per reati estinti a norma dell’articolo 167, primo comma, del codice penale;

Una delle condizioni/presupposti più problematiche è inoltre la “non mafiosità” del subappaltatore soprattutto in caso di importi esigui (presupposto *sub* 5 del precedente paragrafo).

Al riguardo infatti si sottolinea come si ponga un problema di coordinamento tra la previsione di cui all’art. 18, L. n. 55/90 (sempre e comunque va accertata la “non mafiosità” del subappaltatore) e l’art. 1 del Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia.

Il predetto art. 1 infatti esclude in genere la necessità della documentazione c.d. antimafia per i contratti il cui valore complessivo non supera i “vecchi” 300 milioni di lire e l’art. 10 impone alla stazione appaltante di acquisire un’informazione relativa ai tentativi di infiltrazioni mafiose in caso di subcontratti, cessioni o cottimi concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici di valore superiore ai 300 milioni delle “vecchie” lire.

Alla luce delle predette disposizioni, che da una parte escludono la necessità di acquisire l’informativa antimafia e dall’altra la richiedono, appare corretto, in linea con la dottrina maggioritaria³⁰, ritenere che l’accertamento dell’insussistenza dei divieti posti dall’art. 10, L. n. 575/1965 debba

c) alle condanne per i reati per i quali si è verificata la causa speciale di estinzione prevista dall’articolo 556 del codice penale;

d) alle condanne in relazione alle quali è stata definitivamente applicata l’amnistia e a quelle per le quali è stata dichiarata la riabilitazione, senza che questa sia stata in seguito revocata;

e) ai provvedimenti previsti dall’articolo 445 del codice di procedura penale e ai decreti penali;

f) alle condanne per fatti che la legge ha cessato di considerare come reati, quando la relativa iscrizione non è stata eliminata;

g) ai provvedimenti riguardanti misure di sicurezza conseguenti a sentenze di proscioglimento o di non luogo a procedere, quando le misure sono state revocate;

h) ai provvedimenti che riguardano l’applicazione delle misure di prevenzione della sorveglianza speciale semplice o con divieto o obbligo di soggiorno;

i) ai provvedimenti giudiziari emessi dal giudice di pace;

l) ai provvedimenti giudiziari relativi ai reati di competenza del giudice di pace emessi da un giudice diverso, limitatamente alle iscrizioni concernenti questi reati;

m) ai provvedimenti di interdizione e di inabilitazione, quando è stata revocata;

n) ai provvedimenti concernenti il fallimento, quando il fallito è stato riabilitato con sentenza definitiva”.

²⁸ Consultabile nella rivista telematica www.appaltiecontratti.it

²⁹ Cfr. Cons. Stato, nn. 991, 993 e 2124 del 2004, sez. VI, in www.giustizia-amministrativa.it

³⁰ CANCRINI – PETULLÀ, *op. cit.*, p. 67 che sottolineano un’ulteriore criticità sotto il profilo temporale. L’art. 18 L. n. 55/90 prevede trenta giorni come termine per il rilascio dell’autorizzazione e l’art. 11 D.P.R. 252/98, quarantacinque giorni per il rilascio delle informazioni prefettizie. La soluzione, a detta degli Autori, deve essere individuata nel rilievo che l’art. 18 L. 55/90 si atteggia a norma speciale e come tale prevalente, fermo restando l’ammissibilità del rilascio di un’autorizzazione condizionata risolutivamente all’acquisizione dell’informativa prefettizia.

essere operato per ciascun subappalto anche quando l'importo non sia superiore a 300 milioni, al limite in questi ultimi casi anche attraverso forme semplificate di certificazione o di autocertificazione.

Corre inoltre l'obbligo di spendere qualche parola anche in merito all'eventualità che ci siano forme di controllo/collegamento tra appaltatore (subappaltante) e subappaltatore (presupposto **sub 6**). A tal riguardo, come statuito espressamente dal comma 9, dell'art. 18, L. n. 55/90, deve essere rilasciata apposita dichiarazione (ex art. 2359 c.c.) da parte dell'Impresa che intende avvalersi del subappalto con riferimento al subappaltatore potenziale. Trattasi di una dichiarazione che, come è stata osservato, non determina *sic et simpliciter*, nel caso sussistano forme di collegamento "lievi", il diniego dell'autorizzazione³¹ perché sarà soggetta alla discrezionalità della stazione appaltante valutare se effettivamente si possa parlare o meno di collegamento "forte" dalle imprese³².

4. AUTORIZZAZIONE AL SUBAPPALTO: ATTO DISCREZIONALE O ATTO DOVUTO?

Fermi i mentovati presupposti, l'individuazione della posizione giuridica vantabile dal subappaltatore, passa per un ulteriore *step*: se l'autorizzazione sia un atto discrezionale o vincolato.

Se infatti il procedimento autorizzatorio si connoterà per la propria discrezionalità, a fronte dell'esercizio del potere pubblico da parte della stazione appaltante dovrebbe sussistere una situazione di mero interesse legittimo³³, se invece il procedimento *de quo* si caratterizzerà per la sua vincolatività avremo verosimilmente un'autentica posizione di diritto soggettivo vantabile dal potenziale subappaltatore.

Le implicazioni su di un piano di tutela amministrativa/giurisdizionale

³¹ Cfr. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 1413 che evidenzia come trattasi di situazione da dichiararsi ma non vietata.

³² Cfr. in tal senso ZGAGLIARDICH, *Operativo il divieto di subaffidare le opere di tipo specializzato*, in *Edilizia e territorio*, n. 18/2000, p. 175.

³³ Cfr. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2001, p. 276: "...La pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa è l'interesse legittimo. L'interesse legittimo può essere definito come la situazione soggettiva di vantaggio, costituita dalla protezione giuridica di interessi finali che si attua non direttamente ed autonomamente, ma attraverso la protezione indissolubile ed immediata di un altro interesse del soggetto meramente strumentale alla legittimità dell'atto amministrativo e soltanto nei limiti della realizzazione di tale interesse strumentale".

non sono certo di poco momento, soprattutto alla luce del recente orientamento della Consulta (sentenza n. 204 del 6 luglio 2004).

Preliminarmente appare opportuno precisare che l'autorizzazione, amministrativamente parlando, può essere definita come il provvedimento attraverso il quale la Pubblica Amministrazione, nell'esercizio di un'attività discrezionale in funzione preventiva (nella normalità dei casi su istanza del diretto interessato), provvede alla rimozione di un limite legale posto all'esercizio di un'attività inerente ad un diritto soggettivo o ad una potestà pubblica che devono preesistere necessariamente in capo al destinatario³⁴.

Il provvedimento autorizzatorio ha una finalità che potremmo definire di "prevenzione", in quanto teso ad evitare il pregiudizio che potrebbe derivare alla collettività dall'esercizio indiscriminato di diritti e potestà comunque riconosciuti al diretto interessato qualora mancasse l'atto autorizzatorio (si pensi al pregiudizio che verrebbe arrecato all'ordine pubblico qualora ad esempio l'acquisto di armi non incontrasse limiti)³⁵.

In linea di prima approssimazione potremmo quindi definire l'autorizzazione come il provvedimento caratterizzato da:

- 1) *esistenza di un limite legale da rimuovere all'esercizio di un diritto/interesse legittimo preesistente in capo al destinatario;*
- 2) *apprezzamento discrezionale della P.A. in funzione preventiva;*
- 3) *rimozione del limite legale*³⁶.

Occorre inoltre precisare che è la stessa L. n. 55/90, all'articolo 18 a qualificare espressamente il provvedimento *de quo* "autorizzazione", mentre il precedente art. 339, della legge n. 2248/1865 all. F, lo configurava come "approvazione".

A ben guardare, tecnicamente, l'approvazione differisce dall'autorizzazione in quanto interviene in un momento successivo all'emanazione dell'atto, operando sugli effetti, a differenza dell'autorizzazione che opera sempre in chiave preventiva.

L'approvazione quindi si atteggia ad atto di controllo successivo.

Ad avviso di chi scrive, nel caso del subappalto, è corretto ragionare nei termini di autorizzazione, atteso il rilievo che opera sempre in chiave preventiva.

³⁴ Cfr. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2001, p. 1214 e CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 291.

³⁵ Cfr. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Atti e Ricorsi, Milano, 1999, p. 15.

³⁶ Cfr. CARINGELLA – DELPINO – DEL GIUDICE, *Diritto amministrativo*, Napoli, 2003, p. 366.

³⁷ Vedi STECCANELLA – RIBALDO, *La legge quadro in materia di appalti pubblici*, Milano, 1995, p. 134, nota 4.

Il vero *punctum dolens* è quindi l'individuazione della natura giuridica dell'autorizzazione. A tal riguardo, secondo il parere dello scrivente, non appare discutibile che profili di discrezionalità sembrano sussistere; il problema è tuttavia individuarne gli esatti confini; atteso che, allo stato attuale, il momento discrezionale risulta quanto meno attenuato.

L'operato della stazione appaltante infatti potrebbe ben essere ricondotto ad un mero accertamento antimafia con conseguente configurazione di una posizione di diritto soggettivo del privato al subaffidamento³⁷.

Parte della dottrina, invece, pone l'accento sulla presenza comunque del momento discrezionale e sull'imprescindibilità, alla luce dell'articolo 18, della L. n. 55/90, dello svolgimento, da parte della stazione appaltante, di valutazioni in merito alla compatibilità del subappalto specifico con l'appalto complessivamente inteso, facendo perno sull'art. 1655 c.c., norma cardine in materia di subappalto pubblico e privato³⁸.

Per comprendere esattamente la natura discrezionale o meno del procedimento occorre prendere le mosse dall'oggetto della verifica da operarsi dalla stazione appaltante al fine di autorizzare il subappalto.

Compete alla stazione appaltante verificare che:

- 1) la richiesta di subappalto abbia ad oggetto l'esecuzione delle opere indicate nell'atto dell'offerta (se si tratta della categoria prevalente che sia inoltre rispettato il limite del 30% dell'importo);
- 2) il subappaltatore sia in possesso dei requisiti soggettivi;
- 3) i prezzi praticati dal subappaltatore non concretizzino un ribasso ulteriore, rispetto a quello di aggiudicazione, superiore al 20% (articolo 18, comma 4, L. n. 55/90).

Al verificarsi della sussistenza di tali presupposti il rilascio dell'autorizzazione sembrerebbe atteggiarsi ad atto dovuto³⁹ e pertanto, nei riguardi del provvedimento autorizzatorio, si potrebbe ragionare quasi nei termini di "autorizzazione vincolata", una categoria non nuova nel nostro ordinamento⁴⁰.

³⁸ Cfr. COSTANTINI, *Il subappalto di opere pubbliche: riflessioni alla luce di una riforma annunciata*, in *Riv. Trim. app.*, 1994, p. 355.

³⁹ Cfr. CANCRINI-PETULLÀ, *op.cit.*, p. 43.

⁴⁰ GIANNINI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1988, pag. 1065 che afferma come accanto alla figura delle autorizzazioni discrezionali vi sarebbe quella delle autorizzazioni appunto dette vincolate o ricognitive, caratterizzate dall'effetto attributivo di una qualifica giuridica o qualità a seguito di un procedimento accertativo (cfr. in tal senso anche GALLI, *op. cit.*, pag. 582 che ragiona nei termini di "...autorizzazioni che non presentano alcun connotato di discrezionalità, risolvendosi in un accertamento costitutivo dei presupposti e dei requisiti richiesti da leggi e regolamenti in materia urbanistico-edilizia, nonché igienico-sanitaria, per l'esercizio del ius ad aedificandum, in funzione abilitativa dello stesso").

Anche a non voler spingersi in tal senso e, *absit iniuria verbis*, rimane l'amaro rilievo che nell'autorizzazione al subappalto il momento discrezionale è fortemente ridimensionato: in sede di emanazione dell'atto, occorre infatti solo verificare l'assenza di risvolti pregiudizievoli per la P.A. nello svolgimento di una determinata attività.⁴¹

In favore della natura vincolata e dell'assenso al subappalto come atto amministrativo non discrezionale, sembra orientata la dottrina maggioritaria, che sostiene come nessuna autonomia negoziale, ma neanche discrezionalità amministrativa, possa rinvenirsi al momento dell'esecuzione del contratto di subappalto, “...né in capo all'appaltatore, che deve aver già individuato nell'offerta l'oggetto del contratto di subappalto, né per la stazione appaltante che deve accertare con l'autorizzazione il possesso nel subappaltatore dei requisiti soggettivi necessari e il rispetto nel subappalto del programma di organizzazione dei lavori indicato nell'offerta”⁴².

Ad avviso di chi scrive, ferme le condivisibili considerazioni in tema di atto vincolato, l'autorizzazione al subappalto potrebbe essere considerata come un provvedimento discrezionale soltanto al verificarsi di determinate circostanze.

Ad esempio il possesso della certificazione SOA (richiesto come condizione per il rilascio dell'autorizzazione) potrebbe non essere sufficiente a comprovare il possesso dei requisiti generali (non a caso ci si riferisce al controllo operato dalle SOA con la dizione controllo *statico* dei requisiti) e a tal riguardo potrebbe essere utile per la stazione appaltante richiedere il possesso dei requisiti generali ex art. 75, D.P.R. n. 554/99 (controllo *dinamico*).

Tale richiesta potrebbe portare ad una successiva “eventuale” fase di valutazione discrezionale (si pensi al caso di sussistenza di sentenze penali di condanna a carico del subappaltatore che andranno valutate dalla stazione appaltante nei termini di affidabilità professionale e morale o meno)⁴³.

⁴¹ Non a caso in dottrina c'è chi ragiona correttamente nei termini di “*discrezionalità negativa o a bassa complessità*” cfr. in tal senso CARINGELLA-DELFINO-DEL GIUDICE, *Diritto Amministrativo*, Napoli, 2001, pag. 374.

⁴² Cfr. AA.VV., *op. cit.*, 611.

⁴³ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 12 ottobre 2002, n. 5523, in www.giustizia-amministrativa.it: “...L'obbligo di dichiarare le condanne penali riportate dai soggetti individuati dall'articolo 75, D.P.R. n. 554/99, riguarda tutte le condanne che incidono sull'affidabilità morale e professionale del titolare dell'Impresa e degli altri soggetti ivi indicati, attesa l'ampiezza e la genericità della formula adoperata nel citato articolo 75, al fine di consentire all'Amministrazione un'ampia valutazione discrezionale del caso concreto, per stabilire la rilevanza o meno di una data condanna penale ancorché estranea alla qualità di imprenditore. Ne consegue la legittimità del provvedimento di esclusione del rappresentante legale di una società concorrente ad un gara di appalto di lavori pubblici che, in sede di ammissione alla gara, non ha dichiarato

In tale ottica potrebbero quindi residuare margini di discrezionalità, magari *semplice*⁴⁴ che, sebbene esigui, potrebbero essere sufficienti per far ritenere il subappaltatore titolare di una mera situazione di interesse legittimo.

Una tale prospettazione potrebbe trovare un avallo nell'ambito del subappalto, ad esempio in tema di appalti di servizi dove non è prevista una certificazione SOA. In tale contesto, fermo il richiamo espresso alla disciplina di cui all'articolo 18, della Legge n. 55/90, quale dovrebbe essere la verifica da operarsi da parte della stazione appaltante?

Appare conferente ritenere che nell'ambito degli appalti di servizi la stazione appaltante verificherà il possesso dei requisiti generali in capo al subappaltatore che coincideranno con quelli già verificati relativamente all'appaltatore/aggiudicatario. Pertanto non si vedrebbe il motivo, per gli appalti di lavori, di un atteggiamento repressivo nei confronti dell'aggiudicatario soggetto ad una verifica puntuale di tutti i requisiti generali e di un atteggiamento più tollerante nei confronti del subappaltatore che avrebbe l'unica incombenza di presentare la certificazione SOA.

Si potrebbe eccepire che nei confronti della stazione appaltante, anche nel caso di subappalto, è sempre l'appaltatore l'interlocutore diretto, ma così ragionando si rischierebbe di far rientrare dalla "finestra" chi è uscito dalla "porta", consentendo all'appaltatore (persona di "integerrima moralità") di atteggiarsi a mera "testa di paglia" in favore del subappaltatore che diventerebbe in tal modo il vero contraente *de facto*.

5. LA SENTENZA DEL 6 LUGLIO 2004 N. 204 DELLA CORTE COSTITUZIONALE: QUALE GIUDICE PER IL SUBAPPALTATORE?

Le considerazioni che precedono offrono lo spunto per evidenziare come la sentenza del 6 luglio 2004, n. 204 della Corte Costituzionale, dagli effetti "devastanti" nell'ambito della giurisdizione amministrativa, possa avere ripercussioni anche in tema di subappalto e di tutela del subappaltatore.

ai sensi del predetto articolo 75 i suoi precedenti penali, relativamente ai quali non può a priori escludersi qualsiasi incidenza sull'affidabilità morale e professionale dello stesso".

⁴⁴ Cfr. in dottrina GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2001, p. 378 che distingue tra "discrezionalità semplice" e "discrezionalità complessa", a seconda degli interessi coinvolti nel procedimento. La discrezionalità **semplice**, detta anche negativa, ricorre quando l'amministrazione deve valutare non tanto l'*an* (cioè se emanare o meno il provvedimento) quanto se non vi siano elementi che sconsigliano l'emanazione del provvedimento (es. richiesta di concessione edilizia). La discrezionalità **complessa**, invece ricorre quando gli interessi da valutare sono tanti (es. elaborazione di un piano regolatore generale).

Come è noto nell'ambito delle procedure di affidamento degli appalti pubblici - tra le quali possiamo annoverare, per tale aspetto, ad avviso di chi scrive anche i procedimenti autorizzatori al subappalto - assistiamo ad una commistione tra interessi legittimi e diritti soggettivi, commistione che aveva spinto il legislatore – *già dal 1923* - a considerare la materia dell'affidamento degli appalti pubblici riconducibile alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Una giurisdizione atipica che partecipa sia dei tratti di quella di legittimità che di quella di merito, proprio per consentire un sindacato amministrativo riguardo a rapporti⁴⁵ che si presentano "atipici" a causa della presenza predetta di interessi legittimi e diritti soggettivi⁴⁶.

Si tratta di una giurisdizione di carattere eccezionale che nasce con il R.D. n. 2840/1923, ammessa nei soli casi espressamente previsti dalla legge, e che consente al ricorrente di ottenere non soltanto l'annullamento dell'atto lesivo del "diritto", ma anche una sentenza di accertamento della sussistenza del diritto o una pronuncia di condanna dell'amministrazione al pagamento delle somme di cui risulti debitrice.

L'ambito di tale giurisdizione esclusiva è stato poi ulteriormente dilatato con il D. Lgs. n. 80/98, che è stato tuttavia tacciato di incostituzionalità sotto il profilo dell'eccesso di delega dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 292 del 17 luglio 2000 e, a neanche una settimana di tempo, riproposto contenutisticamente nella legge n. 205 del 21 luglio 2000, a riprova della propria correttezza.

Una legge che celava appunto la scelta di fondo di consentire al giudice amministrativo il sindacato di materie "delicate" offrendogliene i mezzi (es. consulenza tecnica ecc..) e consentendogli di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto garantendo quindi al cittadino una più celere ed effettiva tutela in sede giurisdizionale.

Una scelta puntuale dettata con la finalità precipua di consentire all'ordinamento giuridico italiano di "avvicinarsi" all'ordinamento comunitario⁴⁷ che non prevede invece la distinzione tra interesse legittimo e

⁴⁵ Casi espressi di impugnativa di comportamenti/rapporti possono essere individuati nei nn. 5 e 7, dell'art. 29, del T.U. sul Consiglio di Stato (R.D. 26 giugno 1924, n. 1054).

⁴⁶ Scrive STANCANELLI, *La giurisdizione esclusiva nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 (Riflessioni a caldo)*, in www.giustamm.it: "...l'essenza stessa della giurisdizione esclusiva è rappresentata dalla tutela della situazione del tipo diritto soggettivo, e quindi **ontologicamente la giurisdizione esclusiva è tutela di diritti soggettiva**".

⁴⁷ Cfr. Direttive CE n. 89/665, in *Gazzetta ufficiale* n. L. 395 del 30/12/1989, pag. 0033 - 0035 e 92/13, in *Gazzetta ufficiale* n. L. 076 del 23/03/1992, pag. 0014 - 0020.

diritto soggettivo, ritenendo risarcibile qualsiasi lesione posta in essere da qualunque soggetto (pubblico o privato) nei confronti di qualunque posizione giuridica soggettiva⁴⁸.

Tale scelta è stata tuttavia sindacata dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 6 luglio 2004 n. 204, che sembra aver intaccato la giustizia amministrativa nelle fondamenta in maniera indelebile.

Per comprenderne esattamente il *decisum* occorre prendere le mosse dalla Carta Costituzionale che è stata il parametro primo utilizzato dalla Consulta e nel caso specifico gli artt. 24, comma 1, e 103, comma 1.

L'art. 24 statuisce espressamente al primo comma: “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*” e l'art. 103: “*...Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, **in particolari materie indicate dalla legge**, anche dei diritti soggettivi*”.

Proprio l'inciso “particolari materie” era stato considerato dal legislatore del 2000 (Legge n. 205), l'avallo per attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “blocchi di materie” (tra cui l'affidamento di appalti pubblici).

Sul punto, che fino al giugno del 2004 sembrava pacifico, è intervenuta la Consulta affermando che: “...è evidente, viceversa, che il vigente art. 103, primo comma, Cost. non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare particolari materie nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe anche diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie...”⁴⁹.

A ben guardare tale pronuncia sembra porre nel nulla anni di storia.

⁴⁸ PICOZZA, voce: *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. Treccani*, 3.

⁴⁹ Cfr. CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale*, in www.giustamm.it: “...la specialità di un giudice può fondarsi esclusivamente sul fatto che questo sia chiamato ad assicurare la giustizia nell'amministrazione, e non mai sul mero fatto che parte in causa sia la pubblica amministrazione. In breve: lì dove c'è la immensa somma di interessi e non emerge il diritto soggettivo, c'è spazio per la giurisdizione speciale; lì dove interviene il giudice speciale non v'è deroga al trattamento riservato a qualsiasi litigante privato perché si tratta di interesse e non di un vero diritto”.

La giurisdizione esclusiva infatti, dalla lettura di tale pronuncia, rimane svuotata di contenuto, per non dire di “utilità”.

La Consulta infatti, ha precisato che: “...*quelle materie devono essere particolari rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo. Il legislatore ordinario ben può ampliare l’area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità*”. La predetta Consulta ha affermato praticamente che la situazione giuridica soggettiva sottesa deve essere pur sempre un interesse legittimo e pertanto che utilità potrebbe avere la previsione di una giurisdizione “esclusiva” se non quella di una cognizione anche dei cd. diritti patrimoniali consequenziali (nelle materie specificate dalla legge)?

Leggendo la decisione *de qua*, almeno *ictu oculi*, a parere di chi scrive, emerge un autentico “ritorno al passato” con la distinzione: interesse legittimo alla cognizione del giudice amministrativo e diritto soggettivo alla cognizione del giudice ordinario.

Il demerito della Corte Costituzionale potrebbe essere individuato nel non aver “...*neppure tentato un’interpretazione evolutiva dell’art. 103 della Costituzione né ha tenuto conto della normativa comunitaria o degli altri paesi membri dell’Unione Europea*”⁵⁰, tuttavia “...*bisogna però considerare che la materia di riparto della giurisdizione è particolarmente delicata, in quanto tocca l’apparato della giustizia e, soprattutto, le possibilità per i cittadini di far valere le proprie pretese e facoltà: di qui, è essenziale che la legislazione sia rispettosa dei principi sanciti nella Costituzione*”.

Pertanto la soluzione paventata da taluna dottrina sarebbe quella di una modifica ex art. 138 Cost. della Costituzione stessa al fine di “stravolgere” la distinzione granitica diritto soggettivo/interesse legittimo che ad oggi costituirebbe il principio primo della separazione della giurisdizione.

Ad avviso di chi scrive la sentenza n. 204/2004 in parola, non sembra dover essere salutata con favore, in quanto snatura della propria essenza la

⁵⁰ STANCANELLI, *La giurisdizione esclusiva nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 (Riflessioni a caldo)*, in www.giustamm.it e CLARICH, *La “Tribunalizzazione” del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte Costituzionale 5 luglio 2004 n. 204*, in www.giustizia-amministrativa.it.

giurisdizione esclusiva riproponendo proprio i profili problematici (in termini di diritto/interesse o peggio ancora di comportamenti) che erano stati i motivi della sua creazione.

Un esempio evidente lo possiamo rinvenire proprio in tema di subappalto.

In tale contesto infatti quale dovrebbe essere il giudice competente in caso di diniego di autorizzazione al subappalto?

Prima della sentenza n. 204/2004 si riteneva, in maniera condivisibile, che a prescindere dalla situazione giuridica sottesa (diritto soggettivo al subappalto o mero interesse legittimo), la vicenda relativa all'autorizzazione al subappalto potesse essere ricondotta nell'alveo di quelle "*...controversie relative a procedure di affidamento di lavori svolte da soggetti comunque tenuti nella scelta del contraente all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale e regionale*", e come tali devolute ex art. 6 della L. 21 giugno 2000 n. 205 alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Tale conclusione sembrava avvalorata non tanto dalla dizione "procedure di affidamento di lavori", riferibile anche a quelle di autorizzazione al subappalto, quanto alla connessione dell'affidamento in subappalto con la formalizzazione dell'offerta⁵¹.

Dopo la sentenza n. 204/2004 sembra invece tornare in auge la *querelle* in merito alla situazione giuridica nella quale versa il potenziale subappaltatore che si vede negato il subappalto. Se infatti si riterrà che l'autorizzazione non ha natura discrezionale ma si atteggia a mero controllo antimafia, ne deriverà come logico corollario che la posizione giuridica soggettiva vantabile sarà di diritto soggettivo, mentre se si terrà l'autorizzazione un atto discrezionale la situazione giuridica sottesa sarà riconducibile al mero interesse legittimo.

La situazione giuridica soggettiva determinerà poi il giudice competente, stando al tenore della pronuncia della Consulta.

Ad avviso di chi scrive, come accennato più volte, l'attività autorizzatoria che andrà espletata dalla stazione appaltante non sembra connotarsi (tranne casi particolari quali la sussistenza di sentenze penali di condanna da valutare) da profili di discrezionalità e pertanto l'autorizzazione al subappalto, al verificarsi dei requisiti prescritti, dovrà essere considerata alla stregua di un atto dovuto con la conseguenza che il subappaltatore vanta un autentico diritto al subappalto.

⁵¹ Cfr. AA.VV. *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di Villata, Padova, 2001, p. 612.

Da tale premessa, alla luce della recente pronuncia della Corte, ne deriva che il giudice competente in caso di diniego di autorizzazione al subappalto dovrebbe essere il giudice ordinario.

Un “dovrebbe essere” che non sembra certo offrire garanzie al subappaltatore in un campo – la tutela dei propri diritti – che invece le richiede espressamente.

Non va infatti mai dimenticata la nostra Carta Costituzionale che all’art. 24 statuisce: *“Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. **La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento**”*.