

I casi in cui i contratti continuativi di cooperazione e quelli di servizi e/o di fornitura non costituiscono subappalto; le prime indicazioni della giurisprudenza¹

di Arrigo Varlaro Sinisi

Il D.Lgs. 56/2017, costituente il c.d. decreto correttivo al Codice, in vigore dal 20 maggio 2017, all'art. 105 del predetto Codice ha introdotto il comma 3, lettera *c-bis*). In base a tale previsione non costituiscono attività affidate in subappalto le prestazioni rese a favore degli affidatari *“in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto d'appalto”*.

In altre parole, ai sensi di tale norma, l'affidatario di un contratto pubblico può far eseguire a terzi parte delle prestazioni oggetto dell'appalto, senza che ciò costituisca subappalto, a condizione che prima di sottoscrivere il contratto d'appalto, o tutt'al più contestualmente alla sottoscrizione di quest'ultimo, depositi i contratti con i quali, prima dell'indizione della gara, abbia affidato ai terzi l'esecuzione di tali prestazioni.

Si tratta ora di comprendere quali tipologie di prestazioni possano essere “esternalizzate” dall'affidatario, ai sensi della norma sopra richiamata, senza che ciò costituisca subappalto.

Talune giurisprudenza² un'ipotesi di contratto continuativo di cooperazione di cui all'art. 105 comma 3-bis in parola, può essere costituita dal contratto d'opera *ex art.*

¹ Pubblicato su www.appaltiecontratti.it

² TAR Emilia Romagna 20 giugno 2018, n. 514

2222 e ss. del codice civile. In particolare, i giudici amministrativi, chiamati a decidere su di una controversia avente ad oggetto l'affidamento del servizio di ritiro, trasferimento nello stabilimento di lavorazione, trasformazione del plasma prodotto dalle strutture trasfusionali delle regioni, hanno ritenuto ammissibile che in gara un concorrente dichiarasse di utilizzare il contratto continuativo di cooperazione per demandare a piccoli autotrasportatori, proprietari del veicolo che conducono in proprio la raccolta del plasma presso i centri e la distribuzione dei farmaci ottenuti dalla lavorazione del plasma. In tal caso, secondo i giudici amministrativi, il predetto contratto - sempre che ricorrano i presupposti previsti dal richiamato art. 105, ossia che il predetto contratto sia stato sottoscritto in epoca antecedente all'indizione della procedura di gara - non costituisce subappalto.

In un altro caso, in cui l'oggetto dell'affidamento era la fornitura di un numero X di ambulanze da soccorso, comprensiva di manutenzione ed assistenza per numero Y di anni, i giudici amministrativi hanno ritenuto che l'affidamento a terzi dell'esecuzione di parte delle prestazioni contrattuali, relative all'assistenza meccanica sugli allestimenti e sulle attrezzature delle ambulanze, possa legittimamente essere ricondotta alla fattispecie di cui al comma 3-bis dell'art. 105 del Codice dei contratti pubblici e pertanto non costituire subappalto. Per tale ragione - osserva la medesima giurisprudenza - il concorrente non era tenuto a indicare tali contratti in sede di gara³.

Un altro contratto che potrebbe essere riconducibile alla previsione introdotta dalla novella del 2017 è quello avente ad oggetto la redazione della relazione geologica, quando questa sia predisposta da un professionista diverso dall'affidatario dell'incarico di progettazione.

³ TAR Lombardia-Milano 28 maggio 2018, n. 1366.

E' ben noto, infatti, che le relazioni geologiche non possono costituire oggetto di subappalto (art. 31 comma 8 del Codice)⁴.

Al riguardo, le Linee Guida dell'ANAC, n. 1, aventi ad oggetto "*Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*", nel ribadire che la relazione geologica non può costituire oggetto di subappalto, evidenziano come la presenza del geologo all'interno della più complessa struttura di progettazione, può essere ammessa quale componente di una associazione temporanea o associato di una associazione tra professionisti oppure quale socio/amministratore/direttore tecnico di una società di professionisti o di ingegneria che detenga con queste ultime un "rapporto stabile di natura autonoma", subordinata o parasubordinata.

In precedenza la stessa ANAC⁵, richiamando una precedente pronuncia del Consiglio di Stato⁶, ha affermato che il rapporto tra l'impresa ed il professionista iscritto all'albo, come consulente esterno contrattualmente impegnato, non può essere inquadrato di per sé nell'ambito del contratto d'appalto (e perciò del subappalto) infatti manca degli elementi specifici dell'istituto quali l'organizzazione dei mezzi, l'assunzione del rischio, lo scopo del compimento di un'opera intellettuale da rendersi anche in forma di collaborazione coordinata e continuativa.

Ed allora, il rapporto con il professionista esterno ben potrebbe essere ricondotto all'ipotesi del contratto continuativo di cooperazione, prevista dall'art. 105, comma 3-bis del Codice, sempre che, ovviamente, ricorrano i presupposti previsti dal tale norma, di cui sopra detto.

⁴ In argomento si vedano anche le Linee Guida dell'ANAC, n. 1, aventi ad oggetto "*Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*".

⁵ ANAC parere n 205 del 25 novembre 2015; si veda anche la determinazione n. 3 dell'AVCP, del 27 febbraio 2002.

⁶ Cons. St. 4 giugno 2007 n. 2943.

La novità introdotta dalla novella del 2017, dunque, consente agli operatori economici che concorrono per l'affidamento di un contratto pubblico, di avvalersi della collaborazione di soggetti terzi senza ricorrere al subappalto e, quindi, senza intaccare la quota percentuale massima subappaltabile prevista dall'art. 105 del Codice. Ciò almeno fino alla attesa pronuncia della Corte di Giustizia Europea, chiamata ad decidere sulla questione posta dai TAR Lombardia⁷, ossia se la previsione contenuta all'art. 105 del Codice, che limita la quota percentuale massima subappaltabile, sia in linea con i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi previsti dal trattato dell'Unione Europea.

⁷ Ordinanza 19 gennaio 2018, n. 148.