

Dalla giurisprudenza: i nuovi ruoli dei protagonisti di un appalto

Dell'avv. Arrigo Varlaro Sinisi¹

“Appaltatore”, “subappaltatore”, “cooperatore”, “ausiliario”, una convivenza complicata.

Se da un lato la nota sentenza della Corte di Giustizia Europea ha sancito che il limite al subappalto (30%), previsto dall'art. 105, comma 2 del Codice, è in contrasto con i principi delle direttive comunitarie, dall'altro la giurisprudenza di casa nostra ridisegna, ampliandoli, i nuovi confini all'ambito di operatività dei soggetti chiamati, con ruoli diversi, a realizzare un appalto.

In tal senso, **Cons. St. Sez. III 18 luglio 2019, n. 5068**, a proposito dei “**contratti continuativi di cooperazione**” di cui all'art. 105, comma 3-bis, ha affermato che l'esecutore attraverso tali contratti può affidare a terzi attività oggetto dell'appalto, “*non necessariamente sussidiarie o secondarie*”. In tal senso, la stessa giurisprudenza ha precisato che con tali contratti il concorrente può finanche assolvere all'adempimento della *sede operativa*, richiesta dal contratto per svolgere il servizio di manutenzione e riparazione degli automezzi costituenti il parco macchine della stazione appaltante.

Sull'argomento si registra tuttavia un diverso indirizzo, di recente confermato da **Cons. Stato Ser. V 24 gennaio 2020, n. 607**, secondo il quale i “contratti continuativi di cooperazione” si distinguono dal subappalto sia per la direzione soggettiva delle prestazioni affidate (“rese

¹Publicato in www.appaltiecontratti.it 4 marzo 2020.

in favore” dei soggetti affidatari che restano pur sempre gli unici responsabili nei confronti della stazione dell'appaltante per l'esecuzione delle prestazioni loro affidate) sia per l'oggetto del contratto, che *“non riguarda l'affidamento da parte dell'appaltatore a terzi di parte delle medesime prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, ma prestazioni che, pur comprese nel complessivo oggetto del contratto e pur necessarie per la corretta esecuzione della prestazione principale, appaiono rispetto a questa di carattere complementare ed aggiuntivo, avendo natura residuale ed accessoria”*.

A questo punto è rimessa agli operatori economici ed alla stazione appaltante la soluzione al dilemma di quale indirizzo giurisprudenziale seguire.

Altro soggetto al quale la più recente giurisprudenza attribuisce un ruolo rilevante, oltre che in fase di gara, anche nell'esecuzione di un appalto, è l'**ausiliario**.

In tal senso **Cons. Stato Sez. V 21 febbraio 2020, n. 1330** ha affermato che nel caso di **“avvalimento operativo”**, qualora i requisiti prestati siano costituiti dall'azienda dell'ausiliaria - intesa come complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa - questa può essere messa a disposizione dell'impresa avvalente nei limiti in cui ciò è necessario e sufficiente a garantire il rispetto degli obblighi assunti con il contratto di avvalimento, senza particolari limitazioni quantitative, come viceversa è previsto nel caso del subappalto.

Detto ciò, la stessa giurisprudenza precisa che in ogni caso esecutrice dell'appalto e controparte contrattuale della stazione appaltante è soltanto l'impresa avvalente (alla quale viene difatti rilasciato il certificato di esecuzione). L'ausiliaria, viceversa, si limita a mettere a disposizione le risorse e i mezzi che sostanziano i requisiti di cui l'ausiliata è carente per l'esecuzione del contratto. In tale contesto, l'ausiliaria è comunque solidalmente responsabile con l'ausiliata nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice (negli stessi termini, in

diversa composizione del Collegio, si veda anche **Cons. Stato Sez. V 16 gennaio 2020, n. 389**).

In tutto ciò il Legislatore, chiamato a far fronte alla procedura di messa in mora-infrazione n. 2018/2273, notificata dalla Commissione Europea al Governo italiano il 24 gennaio 2019, sta predisponendo la **Legge Europea per il 2019**.

Da fonti parlamentari si apprende che ai numerosi rilievi sollevati dalla Commissione Europea (contrasto del Codice dei Contratti con la normativa europea in relazione al limite al subappalto - sia quello generale sia di quello riservato alle categorie super specialistiche; all'obbligo di indicare la terna in sede di gara; al divieto di subappalto a cascata) troverebbe risposta solo il definitivo venir meno dell'obbligo di indicare la "terna" dei subappaltatori (oggi sospeso, fino al 31 dicembre 2020, dalla legge n. 55/2019, c.d. "sblocca cantieri"). Allo stato, il medesimo disegno di legge prevede l'abolizione dell'obbligo di indicare, in sede di gara, i motivi di esclusione del subappaltatore di cui all'art. 80 del Codice attraverso la soppressione della lettera d) del comma 4 dell'art. 105 del Codice.

Nulla prevede o chiarisce la Legge Europea a proposito dei limiti al subappalto, nonché in relazione ai rapporti tra l'appaltatore, il subappaltatore, l'ausiliario e il cooperatore, la cui convivenza continua, seppure nei limiti e con le contraddizioni affermati dai più recenti arresti giurisprudenziali.