

Appalti 13 Dicembre 2021

# Subappalto, il Tar Lombardia spiega come distinguerlo dal contratto di cooperazione

di Roberto Mangani

◀ Stampa

## In breve

Ma anche lo sforzo interpretativo del giudice amministrativo non elimina tutti i dubbi che accompagnano questo tipo di contratto

I contratti continuativi di cooperazione, servizi e fornitura si distinguono dal subappalto o dalla cessione di contratto per il fondamentale elemento rappresentato dal fatto che le relative prestazioni sono svolte direttamente ed esclusivamente a favore dell'appaltatore (o del concessionario) mentre l'ente committente ne trae beneficio solo in via indiretta. È questo il principio affermato dal [Tar Lombardia, Sez. IV, 1 dicembre 2021, n. 2647](#) che in questo modo cerca di tracciare una linea di demarcazione tra il subappalto e il contratto continuativo di cooperazione. Ma che tale linea di demarcazione sia tutt'altro che netta è dimostrato proprio dal fatto che lo sforzo interpretativo del giudice amministrativo non elimina i dubbi e le incertezze che accompagnano la figura del contratto continuativo di cooperazione e i suoi rapporti con il subappalto.

### Il fatto

Un ente locale aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento della concessione del servizio di gestione dell'imposta comunale di pubblicità, comprese le attività accessorie di accertamento, riscossione e affissione di manifesti. A seguito dell'aggiudicazione il concorrente secondo classificato inviava una diffida all'ente locale ritenendo che l'impresa aggiudicataria non poteva essere considerata adempiente rispetto alle previsioni del capitolato di gara che imponevano ai concorrenti di mettere a disposizione uno sportello operativo con assegnazione allo stesso di almeno una risorsa. Di conseguenza il diffidente chiedeva che l'ente concedente accertasse la violazione della clausola di gara e dichiarasse il relativo inadempimento contrattuale, attivando il procedimento per la risoluzione del contratto e conseguentemente individuando il nuovo contraente attraverso lo scorrimento della graduatoria o in alternativa lo svolgimento di una nuova gara.

La diffida veniva respinta dall'ente locale concedente con una nota in cui dichiarava che l'aggiudicatario non poteva essere considerato inadempiente in quanto aveva pienamente corrisposto a tutte le prescrizioni contenute nella documentazione di gara. Nello specifico, la condizione della messa a disposizione dello sportello operativo era stata soddisfatta attraverso il ricorso al contratto continuativo di cooperazione. Questa nota veniva impugnata dal concorrente secondo classificato davanti al giudice amministrativo.

### La questione di giurisdizione

Il Tar Lombardia ha affrontato in via preliminare l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dall'ente locale e dall'aggiudicatario. L'eccezione è stata agevolmente respinta sulla base della considerazione che essendo la controversia relativa a una concessione del servizio pubblico di accertamento e riscossione di tributi locali, trova applicazione la specifica previsione contenuta nel Codice del processo amministrativo (articolo 133, comma 1, lettera c), secondo cui sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche in materia di inadempimento degli obblighi concessori in fase esecutiva e di decadenza del concessionario. Va evidenziato che la nettezza della soluzione relativa alla questione di giurisdizione deriva appunto dal fatto che nel caso di specie si trattava di una concessione di servizio pubblico. Il tema sarebbe stato più complesso qualora si fosse trattato di un appalto, dovendosi stabilire se la contestazione in merito alla mancata messa a disposizione dello sportello operativo riguardasse i requisiti per la partecipazione alla gara, con la conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, o le modalità esecutive delle prestazioni, di competenza del giudice ordinario.

### I motivi di ricorso

Nel merito, il ricorrente ha chiesto al giudice amministrativo l'accertamento della violazione della specifica prescrizione di gara sopra ricordata da parte dell'aggiudicatario con la conseguente dichiarazione di inadempimento contrattuale. Secondo la

ricostruzione del ricorrente l'aggiudicatario non possedendo in proprio lo sportello operativo richiesto dal capitolato speciale sarebbe ricorso a un contratto continuativo di cooperazione con un fornitore terzo. In questo modo tuttavia questa particolare tipologia di prestazione, che comprendeva anche la messa a disposizione di una risorsa dedicata alla gestione dello sportello operativo, sarebbe stata svolta da un soggetto diverso dal concessionario. Tale modalità di esecuzione sarebbe illegittima in quanto configurerebbe una cessione parziale della concessione o una subconcessione, non consentita dalla disciplina normativa.

### **La posizione del Tar Lombardia**

Il Tar non ha accolto i motivi di ricorso. Il giudice amministrativo ha ricordato preliminarmente che l'articolo 105 del D.lgs. 50/2016 stabilisce che non sono da considerare come subappalto alcune fattispecie negoziali elencate al comma 3. Tra queste rientrano i contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata all'aggiudicazione dell'appalto. Nel caso di specie l'aggiudicatario aveva fatto ricorso proprio a questa tipologia contrattuale; nello specifico il contratto continuativo di cooperazione prevedeva che, sull'assunto che l'aggiudicatario partecipava a gare di appalto, l'altro contraente si obbligava a svolgere le prestazioni di sportello locale per la gestione della pubblicità e per la materiale affissione dei manifesti. Ciò premesso, il giudice amministrativo evidenzia come i contratti continuativi di cooperazione hanno lo scopo specifico di consentire a chi concorre a una gara di appalto e per ipotesi risulta aggiudicatario di procurarsi quanto necessario al compiuto svolgimento della propria attività di impresa, supplendo con risorse di un soggetto terzo a quanto necessario per l'esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento.

Sulla base di questa ricostruzione i terzi titolari del contratto continuativo di cooperazione non eseguono in proprio una parte delle prestazioni oggetto dell'appalto, ma si limitano a procurare all'appaltatore i mezzi necessari per l'esecuzione delle prestazioni. In sostanza l'espressione che si trova nella disposizione normativa secondo cui "le prestazioni (vengono) rese a favore dei soggetti affidatari" va intesa nel senso che sotto il profilo giuridico la prestazione si indirizza esclusivamente verso l'affidatario, nel senso che l'unica relazione giuridicamente rilevante rimane quella tra aggiudicatario e stazione appaltante, senza che sotto questo profilo vi sia alcun coinvolgimento del terzo, che rimane estraneo al rapporto con la medesima stazione appaltante, anche sotto il profilo della connessa responsabilità.

A queste caratteristiche risponde il caso di specie, in cui il contratto in essere tra aggiudicatario e soggetto terzo ha ad oggetto un rapporto continuativo, espressione di un collegamento stabile e di natura generalizzata, quindi non confinato allo svolgimento delle prestazioni oggetto della specifica concessione. Nell'ambito di questo contratto, le prestazioni contrattuali sono svolte direttamente a favore dell'aggiudicatario e solo indirettamente a favore del committente pubblico, e ciò – secondo il giudice amministrativo – diversamente da quanto avviene nell'ipotesi di subappalto. Detto in termini diversi, con il contratto continuativo di cooperazione il soggetto terzo si limita a procurare all'aggiudicatario alcuni dei mezzi necessari per l'esecuzione di parte delle prestazioni oggetto dell'affidamento, e ciò nel caso specifico lo sportello operativo nonché la risorsa dedicata alla sua gestione. In realtà questa ricostruzione operata dal giudice amministrativo non risolve tutti i dubbi, e lascia aperti alcuni punti critici.

La distinzione tra subappalto e contratto continuativo di cooperazione risponde al lodevole tentativo di riempire di contenuto quest'ultima figura, che presenta connotati alquanto peculiari e difficilmente inquadrabile in fattispecie tipizzate. Tuttavia l'aver individuato quale elemento discriminante rispetto al subappalto il fatto che nel contratto continuativo le prestazioni del terzo sarebbero direttamente indirizzate nei confronti dell'affidatario senza alcun rapporto con l'ente appaltante lascia perplessi. Anche nel subappalto, infatti, le prestazioni sono rese dal subappaltatore nei confronti dell'appaltatore. È vero che dopo la recente modifica normativa è stata sancita la responsabilità solidale del subappaltatore in relazione alle prestazioni oggetto del subappalto, ma – anche a prescindere dal fatto che il contratto continuativo di cooperazione è istituito introdotto prima di tale modifica - ciò non altera il dato secondo cui il rapporto contrattuale intercorre tra appaltatore e subappaltatore, mentre quest'ultimo non ha alcun rapporto diretto con l'ente appaltante se non nell'eventualità in cui quest'ultimo intenda far valere la responsabilità solidale sancita dalla norma recentemente introdotta.

Il vero elemento di discrimine sembra piuttosto rappresentato dalla diversa strutturazione del rapporto: da un lato il subappalto nasce in relazione a uno specifico appalto, nell'ambito del quale trova la sua collocazione anche sotto il profilo

della sua durata temporale. Dall'altro, il contratto continuativo di cooperazione è finalizzato a una collaborazione stabile tra due operatori economici per un determinato arco temporale e che prescinde dai singoli appalti. Tale collaborazione è destinata a divenire operativa nel momento in cui il primo contraente divenga affidatario di uno o meglio di una serie indeterminata di appalti nel periodo temporale di vigenza del contratto di cooperazione. Cosicché, in base a tale contratto, il secondo contraente è tenuto a mettere a disposizione mezzi e risorse per l'esecuzione delle relative prestazioni. Naturalmente nella pratica non sempre è facile distinguere con nettezza le due ipotesi, specie laddove vi sia il rischio che il contratto continuativo di cooperazione sia utilizzato in funzione elusiva della disciplina del subappalto. Anche se tale rischio sembra essere oggi attenuato in relazione alle nuove regole in tema di subappalto, che come noto riducono le condizioni e i limiti per il ricorso all'istituto.

---

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]