

## GARA 1602 - Richieste di chiarimento ricevute fino al 29 luglio 2016

### D.1

#### *Documento: Avviso di GARA*

#### *“Subappalto”*

Con riferimento alle attività di realizzazione (scavi, posa di fibra, esecuzione giunti, etc.) e manutenzione dei collegamenti in fibra ottica spenta relative alla “Gara per affidamento fornitura in IRU di fibra ottica e relativi servizi di Manutenzione e Housing – n.1602”, si chiede di confermare che, ferma restando la responsabilità solidale del concorrente, non costituisce subappalto, con conseguente inapplicabilità della disciplina di cui all’art. 105 del D.Lvo n. 50/2016 (ivi compreso il limite del 30%), l’affidamento delle relative attività ad imprese terze legate al concorrente in forza di accordi quadro preesistenti alla gara e utilizzati dalla società aggiudicataria stabilmente, nell’ambito della propria attività di impresa, per la realizzazione di infrastrutture di rete. In tali casi, invero, il venir meno del nesso di derivazione tra contratto di affidamento a terzi e contratto d’appalto impedisce che la fattispecie possa ricondursi all’istituto del subappalto, così come affermato dalla giurisprudenza con riguardo all’ipotesi dell’esecuzione dell’appalto mediante concessionari dell’appaltatore (o soggetti ad esso stabilmente legati da vincoli contrattuali preesistenti), sul presupposto che “... il contratto di subappalto è un contratto non autonomo, esistente e possibile solo se collegato con un contratto di appalto..” (Tar Lazio, sez. III, 11 settembre 2003, n. 7587; Tar Veneto n. 2817/2003). E’ invero pacifico che il subappalto è un contratto d’appalto il quale, tuttavia, si caratterizza per la “derivazione da altro contratto d’appalto” (cfr. Cass. civ., 22.6.2012, n. 10439, 21.10.2009, n. 22344 e 7.3.2008, n. 6208). Nell’ipotesi appena prospettata, invece, il rapporto tra il concorrente e l’affidatario potrebbe tutt’al più ricondursi all’istituto della subfornitura, disciplinato dalla legge n. 192/1998, con il quale s’intende qualsiasi contratto strumentale allo svolgimento dell’attività d’impresa, la quale si differenzia dall’appalto in quanto “mentre l’appalto è caratterizzato dall’autonomia dell’appaltatore (che, per perseguire il risultato dell’opera, non deve solo attenersi alle norme tecniche e alle direttive dell’appaltante, ma deve opporre le eventuali necessarie obiezioni di ordine tecnico), la subfornitura è caratterizzata dal controllo diretto ed integrale sull’esecuzione dei lavori da parte dell’impresa committente, al punto che il subfornitore è privo di autonoma capacità valutativa in ordine alla congruità delle prescrizioni” (Trib. Catania, 9.7.2009). L’attività dell’impresa terza è infatti incorporata nel ciclo produttivo del concorrente, a prescindere dal singolo contratto d’appalto.”

### R.1

Premesso che:

il Consortium GARR ha esperito la gara in oggetto espressamente dichiarando che l’oggetto della procedura di gara rientra nell’ambito di applicazione dell’art. 15 del D.lgs 50/2016 e che *alla procedura in questione non si applicano pertanto le disposizioni del “Codice”, salvo per le disposizioni espressamente richiamate nel presente avviso e negli atti di gara;*

Considerato che:

nel Bando di gara, in occasione della descrizione della disciplina del subappalto, non vi è alcun richiamo alla normativa in materia di contratti pubblici (“codice”) ed in particolare all’art. 105 D.lgs 50/2016.

Ritenuto che:

la naturale diretta dipendenza del contratto di *subappalto* dal contratto di appalto esclude la qualificazione giuridica di *subappalto* di un contratto o altro accordo concluso autonomamente dal concorrente con altra impresa per la generica esecuzione materiale di prestazioni. Tale esclusione è tuttavia soggetta alla condizione che il predetto contratto o accordo tra impresa concorrente e terzo sia stato concluso in tempi e per finalità proprie dell’impresa concorrente e pertanto in assenza di un vincolo diretto con le prestazioni dedotte nell’oggetto della presente gara.

Tanto premesso e considerato e ritenuto,

si risponde al quesito proposto dichiarando che: *l’affidamento delle attività di realizzazione e manutenzione dei collegamenti in fibra ottica spenta ad imprese terze legate al concorrente in forza di accordi quadro preesistenti alla gara e utilizzati dalla società aggiudicataria stabilmente nell’ambito della propria attività di impresa, per la realizzazione di infrastrutture di rete, non costituisce subappalto ai fini della gara.*

Al verificarsi delle citate condizioni, non è pertanto richiesto al concorrente di dichiarare in sede di offerta di volersi avvalere della facoltà di ricorrere al subappalto, né di indicare le attività che intenda eventualmente subappaltare.