

Subappalto e consulenza di ausilio alla progettazione

di **Beatrice Armeli**

Focus del 20 luglio 2017

L'art. 105, comma 2, d d.lgs. n. 50 del 2016 definisce subappalto «il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto».

A norma dell'art. 105, comma 3, lett. a) del Codice, non configura subappalto “l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi”. Rispetto a dette attività, si precisa soltanto che occorre effettuare apposita comunicazione alla stazione appaltante, al pari di quanto previsto dal comma 2 della medesima disposizione con riferimento a tutti i sub-contratti, comunque stipulati per l'esecuzione dell'appalto, che non siano subappalti; in tal caso, l'affidatario, prima dell'inizio della prestazione, comunica alla stazione appaltante: il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del servizio affidato.

SOMMARIO: 1. Consulenza e subappalto nel codice dei contratti pubblici - 2. Consulenza e subappalto con particolare riferimento all'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria - 3. In conclusione

[Art. 105 d.lgs. n. 50 del 2016](#)

1. Consulenza e subappalto nel codice dei contratti pubblici

L'[art. 105, comma 2, dd.lgs. n. 50 del 2016](#) definisce subappalto «il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto».

A norma dell'art. 105, comma 3, lett. a) del Codice, non configura subappalto "l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi". Rispetto a dette attività, si precisa soltanto che occorre effettuare apposita comunicazione alla stazione appaltante, al pari di quanto previsto dal co. 2 della medesima disposizione con riferimento a tutti i sub-contratti, comunque stipulati per l'esecuzione dell'appalto, che non siano subappalti; in tal caso, l'affidatario, prima dell'inizio della prestazione, comunica alla stazione appaltante: il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del servizio affidato.

Affinché le predette attività possano rientrare nelle categorie di servizi non soggette alla disciplina relativa al subappalto, in quanto per legge non così qualificabili, si richiede, in particolare, la puntualità e la definitezza della prestazione oggetto del sub-affidamento, nonché che il sub-contratto venga affidato a un lavoratore autonomo (non imprenditore), da intendersi come persona fisica che si obbliga a compiere verso un corrispettivo una determinata attività professionale concorrente alla realizzazione di un'opera o di un servizio (in tal caso oggetto di appalto) senza vincolo di subordinazione (in tal caso rispetto all'operatore economico). La disposizione in commento, ricognitiva di un principio già esistente, riporta esattamente quanto già previsto dal previgente [art. 118, comma 12, lett. a\), del vecchio Codice](#). In merito a detta norma, si è espressa anche la giurisprudenza, precisando che le "attività specifiche" di cui all'[art. 118, comma 12, lett. a\), d.lgs. n. 163 del 2006](#) (oggi, [art. 105, comma 3, lett. a\), d.lgs. n. 50 del 2016](#)), si riferiscono ad attività non oggetto principale dell'appalto, quali ad esempio la consulenza ([TAR Lazio, Roma, 6 giugno 2010, n. 15879](#)). In particolare, il rapporto tra l'impresa e il professionista iscritto all'albo, indicato come consulente esterno contrattualmente impegnato, non può essere inquadrato di per sé nell'ambito del contratto di appalto e perciò di subappalto, in assenza di specifici elementi idonei a dimostrare gli elementi tipici di tale istituto (l'organizzazione dei mezzi, l'assunzione del rischio, lo scopo del compimento di un'opera o di un servizio), essendo invece configurabile un contratto d'opera intellettuale, anche in forma di collaborazione coordinata e continuativa ([Cons. St., Sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2943](#)). Vedasi recentemente anche le osservazioni espresse dal TAR Lazio, Roma, 5 aprile 2017, n. 4243, con cui si ribadisce che «la consulenza professionale e? assimilabile [...] al contratto d'opera intellettuale, disciplinato dagli [artt. 2222 e seguenti del codice civile](#) [...]. Tale tipo negoziale ricomprende l'esecuzione di una prestazione frutto dell'elaborazione concettuale e professionale di un soggetto competente nello specifico settore di riferimento, senza vincolo di subordinazione e in condizioni di assoluta indipendenza. L'appalto di servizi (e quindi anche il subappalto) differisce tuttavia dall'attività di consulenza in ordine al profilo organizzatorio, atteso che l'appaltatore esegue la prestazione con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, rivestendo normalmente la qualità di imprenditore».

La possibilità di avvalersi di consulenti esterni, a norma dell'[art. 105, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016](#), sarebbe peraltro avvalorata, sulla base di quanto argomentato in dottrina, tenendo presente che, quanto ai requisiti di partecipazione per gli appalti di servizi (e forniture), con riferimento alle capacità tecniche e professionali, ai sensi dell'[art. 83, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016](#), si prevede che si possa aver riguardo alle "risorse umane e tecniche" e alle "esperienze necessarie per eseguire l'appalto con adeguato standard di qualità". Inoltre, ai sensi dell'[art. 86, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016](#) «le capacità tecniche degli operatori economici possono essere dimostrate con uno o più mezzi di prova di cui all'allegato XVII, parte II», ove si fa espressa menzione dell'"indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, che facciano o meno parte integrante dell'operatore economico" (v. anche ANAC, Linee guida n. 1, di attuazione del [d.lgs. n. 50 del 2016](#), § 2.2.1, 13). Già nel [vecchio Codice](#) si prevedeva che negli appalti di servizi (e forniture) la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti potesse essere fornita mediante "indicazione dei

tecnici e degli organi tecnici, facenti direttamente capo, o meno, al concorrente” ([art. 42, comma 1, lett. b\), d.lgs. 163 del 2006](#)), imponendosi così di esternare la sussistenza di un rapporto collaborativo con soggetti terzi. Quanto poi ai criteri di aggiudicazione, l'[art. 95, comma 6, lett. e\)](#) del Codice include tra i criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche «l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto», facendosi in tal modo registrare un nuovo approccio volto alla selezione dell'offerta anche in base alla qualità dell'offerente, posto che la qualità del personale può incidere sulla qualità dell'esecuzione dell'appalto e, di conseguenza, sul valore economico dell'offerta. A tale riguardo, la giurisprudenza, pur riconoscendo, quale principio generale delle gare pubbliche, il divieto di commistione tra i criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta, ritiene detta commistione di fatto sussistere ogniqualvolta la *lex specialis* valorizzi determinati profili soggettivi incidenti in modo specifico sull'espletamento dell'attività appaltata ([Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2012, n. 266](#); [Cons. St., sez. V, 21 maggio 2010, n. 3208](#)). Anche la Direttiva [2014/24/UE](#), sugli appalti pubblici, prevede espressamente, al considerando n. 94, che qualora la qualità del personale addetto influisca sul livello dell'esecuzione dell'appalto, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche avere la facoltà di usare come criterio di aggiudicazione l'organizzazione, la qualifica e l'esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto in questione, in quanto ciò può incidere sulla qualità dell'esecuzione dell'appalto e, di conseguenza, sul valore economico dell'offerta e tale ipotesi potrebbe ricorrere, ad esempio, negli appalti per servizi intellettuali. E la giurisprudenza amministrativa aveva già evidenziato che quando il prodotto dell'appalto si sostanzia in un'attività – un *facere* – tale attività può essere legittimamente affidata anche sulla base di criteri quali la pregressa esperienza e la professionalità maturata, così come emergenti dai curricula professionali presentati in gara, da intendere quali indici di affidabilità e di qualità dell'offerta tecnica ([Cons. St., Sez. V, 20 agosto 2013, n. 4191](#); [Cons. St., Sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 8933](#); in senso conforme: AVCP, parere di precontenzioso, 13 maggio 2010, n. 97).

In conclusione, dunque, appare lecito che l'operatore economico, anche al fine di valorizzare la qualità dell'offerta, a corredo delle proprie capacità tecniche e professionali, preveda in sede di gara, pure con riguardo a contratti di appalto nei settori speciali (stante l'espresso richiamo all'[art. 105](#), operato dall'[art. 114, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016](#)), l'affidamento di specifiche attività a uno o più soggetti terzi, professionisti indipendenti, senza che ciò dia luogo a una fattispecie di subappalto, restando pertanto inapplicabile la relativa disciplina. Le condizioni affinché detto affidamento sia considerato ammissibile a norma del [d.lgs. n. 50 del 2016](#), nei termini anzidetti, sono:

- che le attività affidate dall'operatore economico non rientrino tra quelle dell'oggetto principale del contratto di appalto, posto che l'affidamento dell'esecuzione di parte delle prestazioni oggetto del contratto di appalto integra la definizione di subappalto;
- che dette attività siano specifiche e pertanto puntualmente individuate e precisamente circoscritte;
- che il soggetto terzo sub-affidatario sia un lavoratore autonomo, non qualificabile come imprenditore nell'espletamento delle attività ad esso affidate, e quindi un professionista indipendente non legato all'operatore economico da un vincolo di subordinazione;
- che dell'affidamento in questione sia data anticipata comunicazione alla stazione appaltante, specificando il ricorrere delle predette circostanze.

2. Consulenza e subappalto con particolare riferimento all'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria

Nelle **Linee guida n. 1, di attuazione del [d.lgs. n. 50 del 2016](#)**, recanti “Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria”, approvate dall'ANAC con [delibera 14 settembre 2016, n. 973](#), nella parte III, sub § 5 dedicato alle “Attività di supporto alla progettazione”, si legge testualmente che:

- «le attività di supporto alla progettazione attengono ad attività meramente strumentali alla progettazione (indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con l'esclusione delle relazioni geologiche, nonché la sola redazione

grafica degli elaborati progettuali)» (§ 5.1, p. 9);

- «la “consulenza” di ausilio alla progettazione di opere pubbliche continua a non essere contemplata anche nel nuovo quadro normativo; ciò discende dal principio generale in base al quale la responsabilità della progettazione deve potersi ricondurre ad un unico centro decisionale, ossia il progettista» (§ 5.1, p. 9);

- «gli eventuali soggetti esterni individuati possono supportare il RUP nelle sue attività di coordinamento e vigilanza sulla progettazione, fermo rimanendo che la progettazione è? compito di esclusiva competenza del progettista» (§ 5.2, p. 9);

- «non è consentita la “consulenza” di ausilio alla progettazione di opere pubbliche» (box di sintesi, p. 9).

Al fine di contestualizzare le precedenti prescrizioni nel quadro normativo di riferimento, si consideri quanto segue.

Elemento caratterizzante la disciplina per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e gli altri servizi tecnici è quello per cui non sono consentite modalità di affidamento dei servizi diverse da quelle individuate dal Codice (Linee guida ANAC n. 1, § 1.1, p. 4). L'**art. 157, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016** vieta in particolare «l'affidamento di attività di progettazione [...] e attività di supporto per mezzo di contratti a tempo determinato o altre procedure diverse da quelle previste dal presente codice». In particolare, la **Relazione AIR relativa alle Linee guida ANAC n. 1** precisa: che non si ritiene di poter considerare l'attività di supporto alla progettazione come servizio avulso dalla disciplina dell'art. 157 del Codice, posto che essa consta di una serie di attività (come la predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, nonché la redazione grafica degli elaborati progettuali) che, per loro natura e secondo la prassi tecnica, costituiscono vera e propria attività di progetto (§ 5.5.1, p. 7); e che le disposizioni dell'art. 157 del Codice non trovano però applicazione nei settori speciali (§ 4, pt. 2, p. 4).

Tra le disposizioni espressamente richiamate dalle Linee guida ANAC n. 1 – che costituiscono il complesso della disciplina di riferimento per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e gli altri servizi tecnici – si contempla anche, con riguardo al ruolo e alle funzioni del RUP, l'**art. 31, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016**, ai sensi del quale «gli incarichi di progettazione [...], nonché gli incarichi che la stazione appaltante ritenga indispensabili a supporto dell'attività del responsabile unico del procedimento, vengono conferiti secondo le procedure di cui al presente codice». In più si precisa che «l'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali. Resta, comunque, ferma la responsabilità esclusiva del progettista».

Il quadro così delineato dà coerentemente seguito a principi in passato già espressi. A riguardo si consideri altresì quanto segue.

In relazione all'affidamento di attività di supporto alla progettazione, già l'AVCP, con determina 27 luglio 2010, n. 5 (facendo propria la sua precedente deliberazione 19 luglio 2005, n. 76), aveva dichiarato che:

- nel quadro normativo nazionale (come configurato dalla **l. 109/1994**), la consulenza a supporto della progettazione non è contemplata, in virtù del principio generale in base al quale la responsabilità della progettazione deve potersi ricondurre ad un unico centro decisionale, ossia il progettista, e la responsabilità di quest'ultimo rimane impregiudicata, anche quando è fatto divieto di avvalersi del subappalto (ad eccezione di alcune attività, **ex art. 17, comma 14-quinquies, l. n. 109 del 1994**);

- la consulenza alla progettazione non può inoltre dirsi riconducibile alle attività a supporto del RUP (di cui all'**art. 7, comma 5, l. n. 109 del 1994**);

- poiché al RUP è affidata la responsabilità, la vigilanza e compiti di coordinamento sull'intero ciclo dell'appalto (progettazione, affidamento, esecuzione) affinché esso risulti condotto in modo unitario, in relazione ai tempi e ai costi preventivati, e, in particolare, in materia di progettazione, al RUP è demandato il compito di redigere il documento preliminare alla progettazione e di coordinare le attività necessarie alla redazione del progetto preliminare definitivo ed esecutivo, gli eventuali soggetti esterni (individuati ai sensi dell'**art. 7, comma 5, l. n. 109 del 1994**) possono supportare il RUP nelle sue attività di coordinamento e vigilanza sulla progettazione, fermo rimanendo che la progettazione resta compito di esclusiva competenza

del progettista.

Nella stessa determina n. 5/2010, l'Autorità ha inteso inoltre far riferimento alla sua precedente [determinazione n. 3/2004](#), in merito all'attività di supporto al responsabile unico del procedimento, laddove si è precisato che:

- l'attività di supporto tecnico-amministrativo alla progettazione è tendenzialmente affidata agli uffici interni della stazione appaltante, ma la stessa, qualora non sia possibile effettuarla con dipendenti della stazione appaltante, può essere affidata all'esterno con procedure ad evidenza pubblica;
- la predetta attività di supporto consiste in quegli apporti di contributi tecnici che presuppongono la conoscenza e la preventiva soluzione di un ventaglio di questioni attinenti a branche disparate delle conoscenze tecniche e scientifiche e che non si identificano soltanto con l'attività professionale propria dell'ingegnere o dell'architetto e si risolvono in mere indagini, ispezioni, ricognizioni, localizzazioni, non originali, di natura meramente materiale e ripetitiva che, tuttavia, proprio per la complessità insita nelle loro caratteristiche, richiedono spesso il ricorso a diversificate professionalità, per la cui acquisizione anche il progettista esterno può eventualmente ricorrere al subappalto.

Più recentemente, l'AVCP, nella sua deliberazione 19 dicembre 2012, n. 109, ha precisato:

- la necessità che sia identificabile in modo inequivocabile l'autore del progetto di un'opera, colui che l'ha ideata e di cui è e deve essere il solo responsabile, anche di fronte alla legge;
- che la normativa vigente in materia (rif. al [d.lgs. n. 163 del 2006](#)) ha confermato e rafforzato la precedente [l. n. 109 del 1994](#) circa la differenziazione fra il concetto di incarico di progettazione vera e propria e quello di supporto tecnico-amministrativo alle attività del RUP, anche in termini di disciplina di affidamento, che segue iter diversi, al fine di evitare qualsiasi ambiguità sia sulla paternità di un progetto, sia sulle responsabilità in capo a chi lo ha prodotto;
- come già evidenziato nella [determinazione n. 3/2004](#), la legge contempla la possibilità, per le attività che accedono alla progettazione in senso proprio, ove la stazione appaltante non disponga di sufficienti professionalità per la predisposizione di tutti gli elaborati progettuali, che sia possibile costituire gruppi di progettazione misti, formati da dipendenti aventi un'adeguata professionalità e da professionisti esterni; in questi casi, però, è di fondamentale importanza la dettagliata specificazione delle attività da eseguire da parte dei singoli progettisti ed il necessario sviluppo progettuale assegnato a ciascuno nell'ambito dell'unitario progetto.

In conclusione, dunque, alla luce di quanto sopra, si deve anzitutto ritenere che il divieto di consulenza di ausilio alla progettazione di opere pubbliche sia prioritariamente rivolto alle stazioni appaltanti.

A conferma, si consideri che, secondo la lettura data in dottrina, l'Autorità (in particolare nella deliberazione n. 76/2005), nel precisare la non ammissibilità della consulenza di ausilio alla progettazione, ribadisce (solo) che i supporti esterni possono integrare le professionalità e le competenze specifiche di cui il RUP non dispone, ma non anche comportarne la sostituzione, concludendo dunque che, in fase di progettazione, l'attività di supporto al RUP non può consistere in una vera e propria consulenza di ausilio alla progettazione di opere pubbliche.

La stessa AVCP, proprio richiamando tanto la determina [n. 5/2010](#), quanto [la deliberazione n. 76/2005](#), nella deliberazione 1° agosto 2012, n. 80, ha dichiarato che «il bando di gara, qualificato come un affidamento di servizi di consulenza specialistica e avente ad oggetto anche servizi di progettazione, non è conforme al [d.lgs. n. 163 del 2006](#)» (v. anche AVCP, deliberazione 23 febbraio 2012, n. 19). E nella deliberazione 19 dicembre 2012, n. 109, ha evidenziato l'anomalia concernente l'affidamento all'esterno da parte dell'amministrazione di incarichi di consulenza per la redazione del progetto definitivo, in quanto in difformità all'[art. 17 l. n. 109 del 1994](#), che non contempla la possibilità di affidare "consulenze" per la progettazione (nel caso di specie, l'amministrazione aveva mantenuto all'interno l'elaborazione del progetto definitivo e si era servita di singoli "consulenti" per le componenti architettonica, strutturale, impiantistica e per la progettazione degli spazi esterni, afferenti nella sostanza alle attività tipiche di un incarico di progettazione). Cionondimeno, secondo un'interpretazione rigorosa non suffragata però da alcuna giurisprudenza, né da

alcuna prassi interpretativa, al fine di non eludere surrettiziamente il divieto di consulenza di ausilio alla progettazione di opere pubbliche affermato dall'Autorità, dovrebbe ritenersi che lo stesso (oltre alle stazioni appaltanti) sia altresì rivolto all'operatore economico risultante affidatario di incarichi di progettazione, a seguito di una delle procedure contemplate dal Codice (e dunque con rispetto del divieto da parte dell'amministrazione).

In particolare dalle Linee guida ANAC n. 1 (§ 5.1, p. 9), sembrerebbe evincersi che oggetto del divieto di consulenza sono le attività di supporto alla progettazione, ovvero: indagini geologiche; indagini geotecniche; indagini sismiche; sondaggi; rilievi; misurazioni; picchettazioni; predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio; redazione grafica degli elaborati progettuali. V. più in generale anche la già citata [determinazione n. 3/2004](#), ove l'Autorità individua nella attività di supporto alla progettazione tutti quei contributi tecnici, i quali, non identificandosi soltanto con l'attività professionale propria dell'ingegnere, si risolvono in mere indagini, ispezioni, ricognizioni, localizzazioni, non originali, di natura meramente materiale e ripetitiva che, proprio per la complessità insita nelle loro caratteristiche, richiedono spesso il ricorso a diversificate professionalità.

In tutti i predetti casi (per i quali la consulenza di ausilio alla progettazione sarebbe esclusa) è fatta espressamente salva la facoltà per l'affidatario (di incarichi di progettazione) di ricorrere al subappalto (v. [art. 31, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016](#), nonché la summenzionata [determinazione n. 3/2004](#)), con conseguente applicazione della relativa disciplina (dettata dall'[art. 105 d.lgs. n. 50 del 2016](#)).

Da ultimo, deve comunque evidenziarsi la portata non vincolante delle Linee guida ANAC n. 1 (v. Cons. St., parere, 2 agosto 2016, n. 1767) dalle quali emerge il divieto di consulenza di ausilio alla progettazione di opere pubbliche. Trattasi infatti di un istituto non normato nel Codice, a differenza di quanto scritto con riguardo all'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi ex art. 105, comma 3, che – come sopra evidenziato – ben possono consistere anche in consulenze non soggette alla disciplina del subappalto.

3. In conclusione

Se in linea generale, sulla base del Codice, può ritenersi ammessa la consulenza di un professionista autonomo in merito ad attività specifiche non rientranti nell'oggetto principale del contratto di appalto, anche a supporto delle capacità tecniche e professionali dell'operatore economico, comunque dotato dei requisiti, al fine di eseguire l'appalto con adeguato standard di qualità, e senza che ciò integri una fattispecie di subappalto, con specifico riguardo all'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, sulla base delle Linee guida ANAC n. 1, che escludono espressamente la consulenza di ausilio alla progettazione di opere pubbliche (attinente cioè a tutte quelle attività di supporto, e dunque strumentali, alla progettazione medesima), il divieto in questione, certamente rivolto alle stazioni appaltanti, potrebbe investire anche l'operatore economico affidatario del servizio di progettazione, il quale rimane invece libero di ricorrere al subappalto.