

La Sesta Sezione del Consiglio di Stato rimette alla Corte di giustizia UE la questione della compatibilità europea della disciplina del d.lgs. n. 163 del 2006 che fissa il limite del trenta per cento dell'importo complessivo del contratto per il ricorso al subappalto e stabilisce il ribasso del prezzo non superiore al venti per cento per le prestazioni affidate in subappalto.

Cons. Stato, sezione VI, ordinanza 11 giugno 2018, n. 3553 – Pres. Barra Caracciolo, Est. Ponte

Contratti pubblici – Subappalto – Limiti alla quota subappaltabile e alla riduzione di prezzo praticabile al subappaltatore – Disciplina nazionale – Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE.

Va rimessa alla Corte di giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), gli artt. 25 della Direttiva 2004/18 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 e 71 della Direttiva 2014/24 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, che non contemplano limitazioni per quanto concerne la quota subappaltatrice ed il ribasso da applicare ai subappaltatori, nonché il principio eurounitario di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'art. 118 commi 2 e 4 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, secondo la quale il subappalto non può superare la quota del trenta per cento dell'importo complessivo del contratto e l'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con un ribasso non superiore al venti per cento (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in epigrafe, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato - chiamata a giudicare la legittimità della verifica di anomalia di una offerta nella quale il forte ribasso operato dall'impresa aggiudicataria risultava correlato al massiccio ricorso al subappalto (oltre il 30 per cento dell'importo contrattuale) e al riconoscimento alle imprese subappaltatrici di compenso significativamente più basso rispetto a quello di aggiudicazione (oltre il 20 per cento) - ha rimesso alla Corte di giustizia del Lussemburgo il giudizio sulla conformità ai parametri europei della disciplina nazionale applicabile *ratione temporis* alla controversia (art. 118 del d.lgs. n. 163 del 2006), nella parte in cui pone limiti alla quota di contratto subappaltabile e alla riduzione dei prezzi praticabile nei confronti del subappaltatore.

La Sesta Sezione pone subito in evidenza come analoga questione pregiudiziale sia stata sollevata dal T.a.r. per la Lombardia – Milano, sezione I, con ordinanza 19 gennaio 2018, n. 148 (oggetto della News US in data 6 febbraio 2018, cui si rinvia per ampi riferimenti

di dottrina e giurisprudenza), rispetto alla quale l'ordinanza in rassegna presenta due profili differenziali:

- il primo, di carattere formale (attesa l'identità del contenuto delle due norme) attiene alla disposizione interna rimessa al vaglio della Corte di Lussemburgo (nel senso che il T.a.r. per la Lombardia ha sollevato una questione pregiudiziale relativamente alla vigente disciplina di cui all'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016, mentre la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha proceduto relativamente alla disposizione previgente applicabile *ratione temporis*);
- il secondo profilo differenziale concerne l'ambito oggettivo della questione sollevata, giacché l'ordinanza in rassegna, oltre alla questione della quota di prestazione subappaltabile, rimette anche la questione dell'ulteriore limite al ribasso di prezzo praticabile nei confronti del subappaltatore (disposizione presente oltre che nel d.lgs. n. 163 del 2006 anche nel d.lgs. n. 50 del 2016, ma non tenuta in considerazione dal T.a.r. per la Lombardia).

II. – La questione è sorta nell'ambito di un contenzioso che può essere sintetizzato nei termini che seguono:

- l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza" ha indetto una procedura aperta per "l'affidamento del servizio di pulizia da espletarsi nei locali in uso dell'Università degli Studi di Roma La Sapienza presso la città Universitaria e le sedi esterne", da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la durata di 5 anni e per un valore presunto posto a base di gara di Euro 46.300.968,40, al netto dell'IVA;
- espletata la procedura di gara e disposta l'aggiudicazione definitiva, il costituendo RTI secondo graduato ha impugnato l'esito della procedura stessa censurando, tra l'altro, la circostanza che in virtù di quanto rappresentato nei giustificativi forniti per la verifica dell'anomalia, l'offerta aggiudicataria è risultata essere incentrata sull'affidamento dei servizi di pulizia oggetto dell'appalto a cooperative sociali di tipo B (estraneie al RTI), per una quota superiore al 30% dell'importo complessivo della commessa, con un ribasso sulle prestazioni affidate superiore al 20%, ciò in violazione dell'art. 118 comma 2 e comma 4 del d.lgs. 163 del 2006, circostanza che oltre a rappresentare una violazione di norma imperativa, rende non credibile ed irrealizzabile l'offerta presentata;
- il T.a.r per il Lazio – Roma, sez. III, con sentenza n. 12511 del 2017, ha accolto il ricorso della seconda classificata in primo luogo per l'assenza di una attendibile disamina in concreto relativa alle caratteristiche che avrebbe avuto il massiccio ricorso, mediante subappalto, alle cooperative sociali di tipo B, il quale costituisce elemento imprescindibile dell'offerta aggiudicataria che le ha permesso di

giustificare l'elevato ribasso che è riuscita ad offrire; in secondo luogo per la riconosciuta violazione dell'art. 118, quarto comma, del d.lgs. n. 163/2006, in quanto le prestazioni lavorative affidate in subappalto vengono retribuite con corrispettivi ribassati di oltre il venti per cento (29,9 %) rispetto a quelli praticati dal medesimo RTI nei confronti dei propri dipendenti diretti;

- la sentenza del T.a.r. per il Lazio è stata impugnata, con appello principale, da parte dell'aggiudicataria, che ne ha contestato le conclusioni, e con appello incidentale dal raggruppamento secondo classificato, che ha riproposto le censure non accolte in primo grado nonché la dedotta violazione del secondo comma dell'art. 118 d.lgs. n. 163 del 2006, a fronte della rilevata inaffidabilità ed irrealizzabilità dell'offerta aggiudicataria perché fondata sull'affidamento in subappalto a cooperative sociali di tipo B ben oltre la quota del 30% del valore dell'appalto.

Nel decidere sui richiamati appelli la Sesta Sezione del Consiglio di Stato evidenzia come *“a fronte della statuizione di cui alla sentenza impugnata nonché dei conseguenti motivi di appello, la norma di cui all'art. 118 d.lgs. 163/2006 diventa rilevante e decisiva ai fini della risoluzione della controversia in esame, sia con riferimento al limite del trenta per cento dettato dal comma secondo, sia relativamente al limite del venti per cento di cui al comma quarto. Infatti, oggetto della controversia è l'ammissibilità e sostenibilità dell'offerta, risultata aggiudicataria, il cui forte ribasso – che ha consentito l'aggiudicazione – è stato ottenuto attraverso un meccanismo che ha comportato la previsione di affidamento in subappalto di una parte delle attività da svolgere superiore al limite del 30 %, con riconoscimento in favore delle imprese subappaltatrici di un compenso inferiore di oltre il 20 % rispetto a quanto praticato in favore dei propri dipendenti in base all'offerta”*. Con l'ordinanza in rassegna, premesso il puntuale esame della normativa nazionale applicabile e del diritto dell'Unione europea, la Sezione giunge alla conclusione che *“a fronte del non coincidente tenore delle disposizioni nazionali in materia di subappalto e il diritto dell'Unione europea, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, impone al Collegio, quale giudice di ultima istanza, di disporre il rinvio pregiudiziale dell'art. 118 commi 2 e 4 del previgente codice dei contratti pubblici, rispetto ai principi e alle regole ricavabili dagli articoli 49 e 56 TFUE nonché dalla direttiva 2004/18”*.

III. – Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea è fondato sul seguente percorso argomentativo:

- a) le disposizioni nazionali rilevanti nel caso di specie sono contenute nell'art. 118 del d.lgs. n. 163 del 2006, che al comma secondo prevede che la quota subappaltabile non può essere superiore al 30 per cento dell'importo complessivo del contratto, mentre al comma quarto stabilisce che l'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento;

- b) le suddette limitazioni quantitative al subappalto sono state introdotte per la prima volta nell'ordinamento dall'art. 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55 e sono poi confluite nelle varie leggi che si sono succedute in materia di appalti pubblici (art. 34 legge n. 109 del 1994, art. 118 d.lgs. n. 163 del 2005 e art. 105 d.lgs. n. 50 del 2016); si tratta di disciplina di particolare rigore che trova origine nella consapevolezza che il subappalto, soprattutto laddove resti confinato alla fase esecutiva dell'appalto e sfugga a ogni controllo amministrativo, può ben prestarsi ad essere utilizzato fraudolentemente, per eludere le regole di gara e acquisire commesse pubbliche indebitamente, nell'ambito di contesti criminali;
- c) nel diritto dell'Unione Europea le previsioni espresse in materia di subappalto sono contenute nell'art. 71 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che non contempla alcun limite quantitativo al subappalto, e nella previgente analoga disciplina dell'art. 25 della direttiva 2004/18; ma risultano rilevanti, in termini più generali, anche gli artt. 49 e 56 del TFUE sulla libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione europea;
- d) in materia di limiti al subappalto la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è già pronunciata, con riferimento alle previgenti direttive 2004/17 e 2004/18, sia con la sentenza del 5 aprile 2017 della Quinta sezione, causa C-298/15, *Borta UAB* – secondo la quale gli articoli 49 e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a una disposizione di una normativa nazionale che prevede che, in caso di ricorso a subappaltatori per l'esecuzione di un appalto di lavori, l'aggiudicatario è tenuto a realizzare esso stesso l'opera principale, definita come tale dall'ente aggiudicatore – sia con la sentenza del 14 luglio 2016 della Terza sezione, C-406/14, *Wroclaw*, ove la Corte di Giustizia ha dichiarato che la direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, deve essere interpretata nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice non è autorizzata ad imporre, mediante una clausola del capitolato d'oneri di un appalto pubblico di lavori, che il futuro aggiudicatario esegua una determinata percentuale dei lavori oggetto di detto appalto avvalendosi di risorse proprie;
- e) il non coincidente tenore delle disposizioni nazionali in materia di subappalto e del diritto dell'Unione europea, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, impone al Collegio, quale giudice di ultima istanza, di disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE dell'art. 118 commi 2 e 4 del previgente codice dei contratti pubblici, rispetto ai principi e alle regole ricavabili dagli articoli 49 e 56 TFUE nonché dalla direttiva 2004/18;
- f) la previsione dei limiti generali dettati dai due commi dell'art. 118 in questione (contenenti rispettivamente un limite generale del 30 per cento per il subappalto,

con riferimento all'importo complessivo del contratto, nonché un limite del 20% al ribasso da applicare ai subappaltatori), può rendere più difficoltoso l'accesso delle imprese, in particolar modo di quelle di piccole e medie dimensioni, agli appalti pubblici, così ostacolando l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi e precludendo, peraltro, agli stessi acquirenti pubblici l'opportunità di ricevere offerte più numerose e diversificate;

g) il limite del 30 per cento, non previsto dalla direttiva 2004/18, impone una restrizione alla facoltà di ricorrere al subappalto per una parte del contratto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe, in contrasto con gli obiettivi di apertura alla concorrenza e di favore per l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici;

h) in termini di completezza occorre ricordare come in sede consultiva il Consiglio di Stato abbia evidenziato le ragioni della disciplina limitativa del subappalto:

h1) nel parere n. 855/2016 reso sul progetto di nuovo codice dei contratti pubblici, l'organo consultivo ha osservato che il legislatore nazionale potrebbe porre, in tema di subappalto, limiti di maggior rigore rispetto alle direttive europee, che non costituirebbero un ingiustificato *goldplating*, in quanto basati su pregnanti ragioni di ordine pubblico, di tutela della trasparenza e del mercato del lavoro, ciò nella misura in cui non si traduca in un ostacolo ingiustificato alla concorrenza e a salvaguardia di interessi e valori costituzionali, ovvero enunciati nell'art. 36 del TFUE;

h2) nel successivo parere n. 782/2017, reso sul progetto di decreto correttivo al codice, l'organo consultivo, dopo aver dato atto della giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo cui il diritto europeo non consente agli Stati membri di porre limiti quantitativi al subappalto, e chiarito che tale giurisprudenza eurounitaria si è formata in relazione alla previgente direttiva 2004/18, si è espresso nel senso che la nuova direttiva 2014/24 consente agli Stati membri di dettare una più restrittiva disciplina del subappalto, rispetto alla maggiore libertà del subappalto nella previgente direttiva, ciò perché include nella disciplina del subappalto finalità che finora erano state specifiche della legislazione italiana, ossia una maggiore trasparenza e la tutela giuslavoristica oltre che la tutela delle micro piccole e medie imprese; ciò può indurre alla ragionevole interpretazione che le limitazioni quantitative al subappalto, previste dal legislatore nazionale, non sono in frontale contrasto con il diritto europeo, potendo essere giustificate, da un lato alla luce dei principi di sostenibilità sociale che sono alla base delle stesse direttive, e dall'altro lato alla

luce di quei valori superiori, declinati dall'art. 36 TFUE, che possono fondare restrizioni della libera concorrenza e del mercato, tra cui, espressamente, l'ordine e la sicurezza pubblici;

- i) oltre a quanto evidenziato in sede consultiva, sussistono ulteriori motivi posti a fondamento dell'introduzione delle soglie in questione:
 - i1) per un verso, relativamente all'eliminazione del limite del 20% per il possibile ribasso rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione, emerge il rischio del dare vita a forme occulte di *dumping* salariale, da cui potrebbe scaturire un effetto anticoncorrenziale;
 - i2) per un altro verso, relativamente all'eliminazione del limite del 30% per la parte di servizi subappaltabili, emerge la possibilità di avere aggiudicazioni dove l'adempimento è posto a rischio per la conseguente difficoltà di valutare la sostenibilità - e quindi la non anomalia - dell'offerta; come avvenuto nel caso di specie;
- j) in tale contesto è possibile inquadrare la *ratio* sottesa ai limiti in esame sulla scorta della generale indicazione contenuta nella stessa giurisprudenza europea sopra richiamata, secondo cui una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi "può essere giustificata qualora essa persegua un obiettivo legittimo di interesse pubblico e purché rispetti il principio di proporzionalità, vale a dire, sia idonea a garantire la realizzazione di tale obiettivo e non vada oltre quanto è necessario a tal fine" (sentenza del 5 aprile 2017, causa C-298/15, cit).

IV. – Si segnala per completezza quanto segue:

k) sul subappalto in generale:

- k1) con riferimento alla disciplina di cui all'art. 118 d.lgs. n. 163 del 2006 si vedano: N. CENTOFANTI, M. FAVAGROSSA e P. CENTOFANTI, *Il subappalto*, Padova, 2012; A. GUARNIERI, D. TESSERA, commento all'art. 118, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di G. F. FERRARI, G. MORBIDELLI, Milano, 2013; A. DI RUZZA, C. LINDA, commento all'art. 118, in *Codice dell'appalto pubblico*, a cura di S. BACCARINI, G. CHINÈ, R. PROIETTI, Milano, 2015, 1366 ss.; D. GALLI e C. GUCCIONE, *Contratti pubblici: «avvalimento» e subappalto in Giornale dir. amm.*, 2015, 127; C. SADILE, *Il subappalto dei lavori pubblici*, Milano, 2014;
- k2) con riferimento alla disciplina di cui all'art. 105 d.lgs. n. 50 del 2016 si vedano: MANCINI G., *Brevi note sui limiti di ammissibilità del subappalto ai sensi dell'art. 105 del nuovo codice degli appalti* in *Riv. trim. appalti*, 2016, 711; M. GENTILE, *Il subappalto nel «nuovo» codice: aumentano limiti, vincoli e dubbi*

applicativi in Appalti & Contratti, 2016, fasc. 6, 43; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 1488 ss.;

k3) con riferimento alla disciplina successiva al correttivo al Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 56 del 2017) si vedano: GENTILE M., *Il correttivo allarga <con moderazione> le maglie del subappalto in Appalti & Contratti*, 2017, fasc. 7, 15; G. BALOCCO, *La riforma del subappalto e principio di concorrenza in Urbanistica e appalti*, 2017, 621; G.A. GIUFFRÈ, *Le novità in tema di subappalto in Il correttivo al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI, Milano, 2017, p. 331;

l) sulla compatibilità con il diritto europeo dei limiti al subappalto posti dalla legislazione italiana:

l1) in dottrina spunti specifici sul tema sono offerti da M. MARTINELLI, *La capacità economica e finanziaria*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici* a cura di R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, Milano, 2005, 633 (ove si evidenzia che “*la giurisprudenza comunitaria appare orientata a riconoscere la possibilità di ricorrere al subappalto oltre i limiti eventualmente stabiliti dalla normativa interna, allorché i requisiti di capacità del terzo subappaltatore siano stati valutati in corso di gara dall’amministrazione aggiudicatrice...in tal caso, infatti, vi sono tutte le garanzie che l’appalto venga effettivamente eseguito da soggetti dotati di adeguata qualificazione*”), M. E. COMBA, *L’esecuzione delle opere pubbliche - Con cenni di diritto comparato*, Torino, 2011, 61 ss., R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 364, che, evidenziati i limiti al subappalto della legislazione italiana, stigmatizza che “*si tratta di limiti tout court in contrasto con il diritto europeo*”;

l2) come risulta anche dall’ordinanza in rassegna il tema è anche affrontato nell’ambito dei menzionati pareri resi dal Consiglio di Stato sul nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) e sul Correttivo allo stesso (d.lgs. n. 56 del 2017): nel parere n. 855/2016 il Consiglio di Stato aveva osservato, in relazione all’art. 105, che il legislatore nazionale potrebbe porre, in tema di subappalto, limiti di maggior rigore rispetto alle direttive europee, che non costituirebbero un ingiustificato *goldplating*, ma sarebbero giustificati da pregnanti ragioni di ordine pubblico, di tutela della trasparenza e del mercato del lavoro; nel parere n. 782 del 2017 il Consiglio di Stato, pur partendo dalla premessa che “*questo Consesso non ignora la giurisprudenza della C. giust. UE, e, segnatamente, da ultimo, la decisione C. giust. UE, III, 14.7.2016 C-406/14 (ma v. anche C. giust.UE, 10.10.2013 C-94/12; Id., 18.3.2004 C-314/01), secondo cui il diritto europeo non consente agli Stati membri di porre limiti quantitativi al subappalto*”, afferma che “*tuttavia, tale giurisprudenza eurounitaria si è appunto formata in relazione alla previgente direttiva 2004/18*” e conclude nel senso che “*la complessiva*

disciplina delle nuove direttive, più attente, in tema di subappalto, ai temi della trasparenza e della tutela del lavoro, in una con l'ulteriore obiettivo, complessivamente perseguito dalle direttive, della tutela delle micro, piccole e medie imprese, può indurre alla ragionevole interpretazione che le limitazioni quantitative al subappalto, previste da legislatore nazionale, non sono in frontale contrasto con il diritto europeo";

13) quanto alla giurisprudenza europea si ricordano i seguenti pronunciamenti:

- Corte giustizia dell'UE sez. V, 5 aprile 2017, C-298/2015, Borta UAB, secondo cui *"per gli appalti pubblici di rilievo transfrontaliero, anche se sotto la soglia di applicazione delle direttive europee, è interesse dell'Unione che l'apertura della procedura alla concorrenza sia la più ampia possibile, e il ricorso al subappalto, che può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo. Pertanto, una disposizione nazionale, che preveda che in caso di ricorso a subappaltatori per eseguire un appalto pubblico di lavori, l'aggiudicatario sia tenuto a realizzare l'opera principale, come descritta dall'amministrazione aggiudicatrice, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi";*

- Corte di giustizia dell'UE, sez. IV, 27 ottobre 2016, C-292/15, GmbH (oggetto della [News US in data 8 novembre 2016](#)), secondo la quale *"l'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, deve essere interpretato nel senso che, nel corso di una procedura di aggiudicazione di un appalto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus, l'articolo 4, paragrafo 7, di tale regolamento - che prevede la limitazione del ricorso al subappalto (commisurata in funzione dei chilometri tabellari) - deve ritenersi applicabile a tale appalto. L'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che l'amministrazione aggiudicatrice stabilisca nella misura del 70% la quota di fornitura diretta da parte dell'operatore a cui è affidata la gestione e la prestazione di un servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus, come quello oggetto del procedimento principale";*

- Corte di giustizia dell'UE, sez. III, 14 luglio 2016, C-406/14, Wroclaw, in *Foro it.*, 2016, IV, 389, secondo cui *"la direttiva 2004/18/Ce del parlamento europeo e del consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (Ce) 2083/2005 della commissione, del 19 dicembre 2005, deve essere interpretata nel senso che un'amministrazione aggiudicatrice non è autorizzata ad imporre, mediante una clausola del capitolato*

d'oneri di un appalto pubblico di lavori, che il futuro aggiudicatario esegua una determinata percentuale dei lavori oggetto di detto appalto avvalendosi di risorse proprie”;

- Corte di giustizia dell'UE, sez. X, 22 ottobre 2015, nella causa 425/2014, Edilux – Sicef - in *Appalti & Contratti*, 2015, fasc. 12, 90 (m), con nota di CANAPARO, *Riv. corte conti*, 2015, fasc. 5, 381, *Giur. it.*, 2016, 1459 (m), con nota di CRAVERO, *Giornale dir. amm.*, 2016, 318 (m), con nota di VINTI – secondo cui *“le norme fondamentali e i principi generali del Tfue, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché l’obbligo di trasparenza che ne deriva, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione di diritto nazionale in forza della quale un’amministrazione aggiudicatrice possa prevedere che un candidato o un offerente sia escluso automaticamente da una procedura di gara relativa a un appalto pubblico per non aver depositato, unitamente alla sua offerta, un’accettazione scritta degli impegni e delle dichiarazioni contenuti in un protocollo di legalità, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, finalizzato a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici; tuttavia, nei limiti in cui tale protocollo preveda dichiarazioni secondo le quali il candidato o l’offerente non si trovi in situazioni di controllo o di collegamento con altri candidati o offerenti, non si sia accordato e non si accorderà con altri partecipanti alla gara e non subappalterà lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla medesima procedura, l’assenza di siffatte dichiarazioni non può comportare l’esclusione automatica del candidato o dell’offerente da detta procedura”;*

- m) sul c.d. subappalto necessario cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9 (in *Foro it.*, 2016, III, 65, con nota di CONDORELLI; *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2015, fasc. 4, 87, con nota di VESPIGNANI; *Urbanistica e appalti*, 2016, 167, con nota di GASTALDO, LONGO, CANZONIERI; *Giornale dir. amm.*, 2016, 365 (m), con nota di GALLI, CAVINA; *Nuovo dir. amm.*, 2016, fasc. 3, 53, con nota di NARDOCCI), che ha inteso risolvere il contrasto giurisprudenziale in tema di subappalto necessario, escludendo dunque l'obbligatorietà dell'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta, anche "nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili" previste dall'art. 107 comma 2 d.P.R. n. 207 del 2010, che disciplina i requisiti di partecipazione alla gara; cfr. anche A. SENATORE, *Il subappalto necessario nella prospettiva evolutiva del d.leg. n. 50/2016* in *Urbanistica e appalti*, 2017, 456;
- n) sul riparto della competenza legislativa fra Stato e regioni specie avuto riguardo al subappalto, Corte cost., 17 dicembre 2008, n. 411 (in *Foro amm.* CDS 2009, 5, 1192

con nota di CASALINI; *Corriere giur.*, 2009, 640, con nota di MUSOLINO;
Urbanistica e appalti, 2009, 301, con nota di CONTESSA).