

Il Consiglio di Stato rimette alla Corte di giustizia UE la questione se sia possibile frazionare i requisiti di partecipazione tra più imprese in presenza di qualificazione obbligatoria per opere scorporabili e specialistiche, allorché il soggetto partecipante sia in possesso della sola qualificazione per la categoria “prevalente” (ma non anche per quella “scorporabile”) e debba dunque ricorrere al subappalto “necessario” (o “qualificante”).

Consiglio di Stato, sezione III, ordinanza 10 giugno 2020, n. 3702 – Pres. Frattini, Est. Pescatore

Contratti pubblici – Subappalto – Qualificazione obbligatoria in categorie scorporabili – Frazionamento del requisito di partecipazione tra più imprese subappaltatrici – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

É rimessa alla Corte di giustizia Ue la questione se gli artt. 63 e 71 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE), ostino ad una interpretazione della normativa nazionale italiana in materia di subappalto necessario secondo la quale il concorrente sprovvisto della qualificazione obbligatoria in una o più categorie scorporabili non può integrare il requisito mancante facendo ricorso a più imprese subappaltatrici, ovvero cumulando gli importi per i quali queste ultime risultano qualificate (1).

(1) I. – Il Consiglio di Stato rimette alla Corte di giustizia UE la questione se, in tema di subappalto “necessario” o “qualificante” (laddove ossia si tratti di opere scorporabili, rispetto alla prestazione principale, ma di alta specializzazione e dunque non altrimenti eseguibili, *sic et simpliciter*, dalla impresa aggiudicatrice che non sia in possesso della necessaria specifica qualificazione), i requisiti possano essere frazionati tra l’impresa aggiudicatrice stessa ed altri subappaltatori eventualmente indicati in sede di gara.

II. – La vicenda può essere così sintetizzata: veniva indetto appalto per la realizzazione dell’ospedale “San Cataldo” di Taranto. Si contestava ai fini che qui interessano il possesso del requisito di qualificazione in capo alla aggiudicataria. Detto requisito riguardava in particolare opere di alta specializzazione scorporabili dalla prestazione principale ma comunque soggette a “qualificazione obbligatoria”. Esse non potevano infatti essere direttamente eseguite dalla aggiudicataria poiché quest’ultima risultava, sì, in possesso del requisito di qualificazione per la prestazione “prevalente” ma non anche per quella “scorporabile”: di qui l’inevitabile ricorso al subappalto c.d. “qualificante” o “necessario”. Si trattava in particolare di lavori riconducibili alla categoria OS 18-B (componenti per

facciate continue), classe V (importo pari ad oltre 3 milioni 799 mila euro). La ricorrente stessa era in possesso della categoria OS 18-B ma di classe III (importo pari ad 1 milione 33 mila euro). Onde raggiungere utilmente la necessaria quota prevista per la classe V si faceva dunque applicazione del c.d. “frazionamento del requisito”, indicando a tal fine altre tre imprese subappaltatrici, tutte appartenenti alla stessa categoria OS 18-B e rispettivamente munite, le prime due, di classe III-bis (1,5 milioni di euro) e la terza di classe I (258 mila euro). Attraverso la sommatoria degli importi riconducibili a ciascuna delle classi possedute, l’aggiudicataria riusciva dunque a raggiungere la quota prevista per la classe V della suddetta categoria. Il meccanismo descritto (“frazionamento del requisito tra più imprese”) non veniva tuttavia ritenuto legittimo dal T.a.r. per la Puglia, sezione di Lecce, sez. II, con sentenza n. 1915 del 2019. La sentenza veniva appellata davanti al Consiglio di Stato il quale, con l’ordinanza in rassegna, decideva allora di rimettere la questione all’esame della Corte di giustizia UE.

III. – Questo il ragionamento seguito dal Consiglio di Stato:

- a) i requisiti di partecipazione nel settore dei lavori pubblici seguono un doppio binario:
 - a1) quello del sistema di qualificazione generale secondo cui a ciascuna impresa viene rilasciata una attestazione (SOA) sulla base di categorie di lavori generali (OG) e specialistiche (OS) a loro volta suddivise in crescenti classi di importo economico;
 - a2) quello più specifico delle singole stazioni appaltanti le quali sono tenute ad indicare, nei relativi bandi, la categoria di lavori “prevalente” (quella ossia che caratterizza l’intervento da realizzare) e la categoria di lavori “scorporabili” (quelli ossia che non caratterizzano l’intervento da realizzare ma che raggiungono un importo superiore al 10% dell’appalto o comunque oltrepassano i 150 mila euro);
- b) ebbene:
 - b1) per principio generale l’impresa concorrente in possesso della qualificazione per la categoria “prevalente” può direttamente eseguire anche i lavori riconducibili alla categoria “scorporabile”, qualora questi ultimi non abbiano carattere specialistico. In questa ipotesi il ricorso al subappalto è sì possibile ma comunque eventuale o facoltativo;
 - b2) qualora invece le lavorazioni “scorporabili” abbiano carattere specialistico (come nel caso di specie) la qualificazione assume carattere “obbligatorio”. Le ipotesi sono a questo punto due:

- l'impresa concorrente è in possesso di entrambe le qualificazioni (categoria prevalente e scorporabile) ed allora può autonomamente procedere (ferma la facoltà di ricorrere comunque al subappalto);
 - l'impresa concorrente non è in possesso della qualificazione per le opere scorporabili specialistiche (o comunque lo è ma fino ad un certo punto, ossia per un certo importo) ed allora il subappalto diviene "necessario" (o "qualificante");
- c) il caso di specie riguarda un'opera scorporabile a qualificazione obbligatoria (in quanto trattasi di lavori specialistici riconducibili a "componenti per facciate continue"). La concorrente era in possesso sì della categoria (OS 18-B) ma non anche della classe V (pari ad oltre 3 milioni 799 mila euro), essendo munita della sola classe III (1 milione 33 mila euro). Di qui la applicazione del c.d. "subappalto necessario" (ciò che non ha l'impresa concorrente debbono averlo altri soggetti appositamente indicati). A tale istituto si è fatto tuttavia ricorso non attraverso la indicazione di un solo subappaltatore in possesso dell'intero requisito (OS 18-B di classe V) ma attraverso l'indicazione di altri tre soggetti (subappaltatori) in possesso della stessa categoria e muniti di classe anche qui inferiore (III-bis, di importo pari ad 1,5 milioni di euro, nonché I, di importo pari a 258 mila euro). Il passo successivo è dunque stato quello di procedere alla sommatoria dei 4 requisiti (ossia la classe III della impresa concorrente e quelle possedute dalle imprese subappaltatrici) onde raggiungere la quota richiesta per la classe V: è il fenomeno del c.d. "frazionamento del requisito" (oppure, correlativamente, della "sommatoria degli importi" per i quali risultano qualificati i vari soggetti rispettivamente partecipanti e indicati quali subappaltatori);
- d) il Consiglio di Stato ritiene tutto sommato percorribile una simile opzione sulla base delle seguenti considerazioni:
- d1) il "subappalto necessario" non trova una sua specifica regolamentazione nel contesto del decreto legislativo n. 50 del 2016 (codice dei contratti);
 - d2) un divieto espresso di frazionamento del subappalto (e dunque del mancante o incompleto requisito di partecipazione) sussiste a livello normativo (art. 105, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016) soltanto per opere super specialistiche che superino il 10% dell'importo dell'appalto, non anche per quelle meramente specialistiche o comunque inferiori, come nel caso di specie, alla suddetta quota del 10%;
 - d3) al di fuori dell'ipotesi sub d2) non sussiste dunque un divieto espresso per il "*cumulo dei requisiti di più operatori*";
 - d4) l'orientamento del legislatore e della giurisprudenza comunitaria è anzi quello di favorire il più possibile la "*facoltà di un'impresa di fare affidamento*

sulle capacità altrui attraverso un rapporto di subappalto". Ciò proprio nell'obiettivo della massima apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza, a vantaggio non solo delle piccole e medie imprese ma anche delle stesse amministrazioni aggiudicatrici;

- d5) ora, è ben vero che la normativa italiana è stata via via particolarmente restrittiva nei confronti del subappalto (per il pericolo da infiltrazioni mafiose o comunque per le cattive prestazioni sul piano della qualità esecutiva) ma è anche vero che le ultime direttive europee in materia di appalti hanno intensificato sia il sistema di verifica preventiva sui subappaltatori indicati sia il meccanismo di responsabilità di questi ultimi nei confronti della medesima stazione appaltante;
- d6) a ciò si aggiunga che, se si accetta l'idea che tra "avvalimento" e "subappalto necessario" le ontologiche differenze tra i due istituti tendono di molto ad attenuarsi (si veda soprattutto la verifica preventiva dei soggetti indicati nel subappalto necessario, tanto che si parla in questi casi anche di "avvalimento sostanziale"), nessun particolare ostacolo dovrebbe allora porsi per riconoscere il descritto meccanismo del "frazionamento del requisito" anche per il subappalto necessario, atteso che una simile facoltà è espressamente ammessa per l'avvalimento dall'art. 89, comma 6, del decreto legislativo n. 50 del 2016, nella parte in cui si disciplina *"l'avvalimento di più imprese ausiliarie"*;
- d7) per tutte le ragioni sopra partitamente descritte [d1) – d6)], si ritiene dunque che anche per il "subappalto necessario" possa valere *"un principio generale di frazionabilità del requisito qualificante"*;
- d8) unica condizione sarebbe quella di dimostrare alla stazione appaltante la "capacità" e la "idoneità" dei soggetti indicati nonché la "disponibilità" effettiva dei mezzi necessari alla corretta ed integrale esecuzione della commessa;
- d9) sarebbe inoltre fatta salva la sussistenza di eccezionali circostanze tali da indurre la stazione appaltante a limitare l'esecuzione di talune prestazioni ad un solo operatore oppure ad un ristretto numero di soggetti;
- d10) nei termini anzidetti il Consiglio di Stato ha dunque ritenuto di porre il quesito di cui in massima alla Corte di giustizia UE.

IV. – Si segnala per completezza quanto segue:

e) in dottrina sul subappalto si veda:

- e1) con riferimento alla disciplina di cui all'art. 118 d.lgs. n. 163 del 2006: 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.; C. SADILE, *Il subappalto dei lavori pubblici*, Milano, 2014; D. GALLI e C. GUCCIONE, *Contratti pubblici: «avvalimento» e subappalto* in *Giornale dir. amm.*, 2015, 127;

- e2) con riferimento alla disciplina di cui all'art. 105 d.lgs. n. 50 del 2016: G. MANCINI, *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, 6, 43; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 1488 ss.;
- e3) con riferimento alla disciplina successiva al correttivo al Codice dei contratti pubblici: M. GENTILE, *Il correttivo allarga <con moderazione> le maglie del subappalto* in *Appalti & Contratti*, 2017, 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; M. CERUTI, *Alcune brevi riflessioni in tema di subappalto fra tutela della concorrenza e prevenzione dell'illegalità*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2018, 3, pp. 39-52; D. PONTE, *Subappalto: al 50% il limite dell'importo e abolita la terna (D.L. 18 aprile 2019 n. 32)*, in *Guida al dir.*, 2019, 85-87;
- e4) sulla nuova disciplina del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici" (cd. "Sblocca cantieri"), convertito con modificazioni in l. 14 giugno 2019, n. 55 (oggetto della News normativa, n. 74 del 1° luglio 2019, alla quale si rinvia per approfondimenti) si veda, in particolare, il contributo di DE NICTOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recate dal d.l. n. 32/2019*, ivi richiamato: I) il d.l. n. 32 del 2019 recava nella versione originaria un parziale adeguamento dell'art. 105 d.lgs. n. 50 del 2016 ai rilievi della Commissione europea in quanto modificava il limite generale del subappalto, innalzandolo dal trenta al cinquanta per cento dell'importo contrattuale; II) non veniva accolto, invece, il rilievo della Commissione europea relativo al limite del subappalto per le opere di cui all'art. 89, comma 11 (art. 105, comma 5), ritenendosi tale limite giustificato dalla particolare natura delle prestazioni (secondo la Commissione europea sono

consentiti limiti quantitativi del subappalto giustificati dalla particolare natura della prestazione); III) tali previsioni non sono state convertite in legge ma in sede di conversione, la l. n. 55 del 2019 ha operato sul subappalto un intervento transitorio, senza novellare il codice e limitandosi a sospendere l'efficacia di alcune norme e a derogarne altre, con conseguente individuazione del limite quantitativo del subappalto fissato nel quaranta per cento dell'importo complessivo del contratto fino al 31 dicembre 2020;

- e5) sui limiti quantitativi e i requisiti soggettivi in materia di sub appalto: R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 1342 ss.;
- e6) sulla compatibilità con il diritto europeo dei limiti al subappalto posti dalla legislazione italiana, spunti specifici sono infine 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"*;
- f) quanto alla giurisprudenza europea in tema di subappalto si veda, più in generale:
 - f1) Corte di giustizia UE, sez. V, 5 aprile 2017, C-298/2015, *Borta UAB* [in *www.curia.europa.eu*, 2017; *Foro amm.*, 2017, 811 (m); *Appalti & Contratti*, 2017, fasc. 9, 76 (m)] 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"*;

- f2) Corte di giustizia UE, sez. III, 14 luglio 2016, C-406/14 (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”*;
- f3) Corte di giustizia UE, 14 gennaio 2016, C-234/14 (in *www.curia.europa.eu*, 2016; *Repertorio Foro it.*, 2016, voce *Unione europea e Consiglio d’Europa*, n. 1768), secondo cui: *“Gli art. 47, par. 2, e 48, par. 3, 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, devono essere interpretati nel senso che ostano a che un’amministrazione aggiudicatrice, nel capitolato d’oneri relativo ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, possa obbligare un offerente che faccia affidamento sulle capacità di altri soggetti, prima dell’aggiudicazione di detto appalto, a stipulare con questi ultimi un accordo di partenariato o a costituire con essi una snc.”*;
- f4) Corte di giustizia UE, 10 ottobre 2013, C-94/12 [in *www.curia.europa.eu*, 2013; *Guida al dir.*, 2013, fasc. 43, 94, con nota di MASARACCHIA; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 2630; *Appalti & Contratti*, 2013, fasc. 11, 84 (m), con nota di TRAMONTANA; *Nuovo notiziario giur.*, 2014, 275; *Urbanistica e appalti*, 2014, 147, con nota di CARANTA; *Giurisdiz. amm.*, 2013, III, 746], secondo cui: *“Gli art. 47, par. 2, e 48, par. 3, 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, letti in combinato disposto con l’art. 44, par. 2, della medesima direttiva, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una disposizione nazionale come quella in discussione nel procedimento principale, la quale vieta, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese”*;
- g) sul progressivo allentamento delle rigorose maglie previste dalla disciplina nazionale per il sub appalto ad opera della Corte UE:
- g1) la prima pronunzia che si registra è quella della Corte di giustizia UE, sez. V, 26 settembre 2019, C-63/18, Vitali s.p.a. [in *www.curia.europa.eu*, 2019; *Guida al dir.*, 2019, fasc. 43, 100 (m), con nota di PONTE; *Gazzetta forense*,

2019, 794, con nota di SPIZUOCO; *Giur. it.*, 2020, 157 (m), con nota di GIUSTI, nonché oggetto della News US n. 105 del 14 ottobre 2019 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza), con cui la Corte ha dichiarato che la normativa europea in materia di appalti pubblici deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi. Più in particolare, il ricorso al subappalto può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici. Per converso, una clausola che imponga limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta, sulla base ossia di una determinata percentuale dello stesso, si rivela incompatibile con tale direttiva. È ben vero, infatti, che i singoli Stati membri debbano verificare se i subappaltatori possano essere messi in relazione a fenomeni di organizzazione criminale, di corruzione o di frode, ma è anche vero, d'altro canto, che occorrono in tutti questi casi spazi per una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore. E tanto anche in considerazione dei già numerosi istituti interdittivi, previsti dall'ordinamento italiano, espressamente finalizzati ad impedire l'accesso alle gare pubbliche per le imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese;

- g2) la successiva pronuncia è quella di cui alla Corte di giustizia UE, sez. V, 27 novembre 2019, C-402/18 – Tedeschi Srl e Consorzio Stabile Istant Service contro C.M. Service Srl e Università degli Studi di Roma La Sapienza (in *Foro it.*, 2020, IV, 141, nonché oggetto della News US n. 131 del 10 dicembre 2019 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza), con cui la Corte ha riaffermato la non conformità alla direttiva n. 2004/18/CE di una disciplina nazionale (nel caso di specie contenuta nell'art. 118 del d.lgs. n. 163 del 2006) nella parte in cui prevede il limite quantitativo del trenta per cento alle prestazioni subappaltabili, poiché quest'ultimo è *ex se* inidoneo al raggiungimento dello scopo di contrastare le infiltrazioni criminali nel sistema degli appalti pubblici. Riprese, in particolare, le stesse argomentazioni di cui alla richiamata sentenza della Corte di Giustizia UE 26 settembre 2019;
- g3) la validità del limite del 30%, per la parte di opera oggetto di subappalto, è stata tra l'altro oggetto di rilievo della Commissione europea, mediante la lettera di costituzione in mora 2018/2273 del 24 gennaio 2019, con la quale è stato contestato, in relazione ad alcune disposizioni del codice, il non

corretto recepimento delle direttive europee. In particolare, ad avviso della Commissione: nelle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE non vi sono disposizioni che consentano un siffatto limite obbligatorio all'importo dei contratti pubblici che può essere subappaltato; al contrario, le direttive si basano sul principio secondo cui occorre favorire una maggiore partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, e il subappalto è uno dei modi in cui tale obiettivo può essere raggiunto, e pertanto un limite quantitativo al subappalto non può essere imposto in astratto, ma solo caso per caso in relazione alla particolare natura della prestazione da svolgere;

- g4) sul tema dei prezzi praticabili nei confronti del subappaltatore si veda ancora, con la quale è stata altresì dichiarata l'illegittimità della disciplina del Codice dei contratti (decreto legislativo n. 50 del 2016) nella parte in cui vieta che i prezzi applicabili alle prestazioni affidate in subappalto siano ridotti di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione in quanto si tratta di strumento che eccede rispetto alla necessità di assicurare la tutela salariale dei lavoratori impiegati nel subappalto. Per la Corte, tale limite rende infatti meno allettante la possibilità di ricorrere al subappalto dal momento che limita l'eventuale vantaggio concorrenziale in termini di costi per il personale delle imprese subappaltatrici. Ciò si pone in contrasto con i principi di concorrenza e massima partecipazione e con lo scopo di agevolare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici. Un tale limite, prosegue ancora la Corte, eccede quanto necessario per assicurare ai lavoratori impiegati nell'ambito del subappalto la tutela salariale dal momento che non *"lascia spazio ad una valutazione caso per caso da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dal momento che si applica indipendentemente da qualsiasi presa in considerazione della tutela sociale garantita dalle leggi, dai regolamenti e dai contratti collettivi applicabili ai lavoratori interessati"* (punto 65);
- g5) sulla nuova disciplina di cui al decreto-legge n. 32 del 2019 si vedano ancora le considerazioni di cui alla lettera e4);
- h) sul "subappalto necessario" si veda, in particolare:
 - h1) Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2019, n. 5745 [in *Appalti & Contratti*, 2019, fasc. 10, 104 (m)], secondo cui: *"La giurisprudenza ha confermato che in sede di presentazione dell'offerta non è necessaria l'indicazione nominativa dell'impresa subappaltatrice anche in caso di subappalto necessario, e cioè allorché il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili"*;

- h2) T.a.r. per il Lazio, sez. II, 6 marzo 2019, n. 3023 (in *Foro amm.*, 2019, 560), secondo cui: *“Dal 2° comma dell’art. 12 d.l. n. 47/2014 e dall’art. 92 1° comma, d.p.r. n. 207/2010 (che, a norma degli art. 83 2° comma, ultimo periodo e 214 16° comma, d.leg. n. 50/2016, continua ad applicarsi fino all’adozione delle linee guida previste dal 2° comma, prima parte), scaturisce la regola generale per cui l’impresa singola che sia qualificata nella categoria prevalente per l’importo totale dei lavori può eseguire tutte le lavorazioni oggetto di affidamento ove copra con la qualifica prevalente i requisiti non posseduti nelle scorporabili, con l’eccezione secondo la quale, le categorie a qualificazione obbligatoria – tra cui è compresa la OS 28 – non potendo essere eseguite direttamente dall’affidatario, qualificato solo per la categoria prevalente, devono essere subappaltate ad imprese munite di specifiche attestazioni”*. Ed ancora che: *“Laddove l’art. 118 2° comma, d.leg. n. 163/2006 ha catalogato i requisiti di validità del subappalto, ha evidentemente inteso circoscrivere, in maniera tassativa ed esaustiva, a quei presupposti (e solo a quelli) le condizioni di efficacia del subappalto, sicché ogni opzione ermeneutica che si risolvesse nell’aggiunta di un diverso ed ulteriore adempimento (rispetto a quelli ivi classificati come la richiesta indicazione del nome del subappaltatore) deve essere rifiutata in quanto finirebbe per far dire alla legge una cosa che la legge non dice (e che si presume non voleva dire); dall’esame della vigente normativa di riferimento può, in definitiva, identificarsi il paradigma (riferito all’azione amministrativa, ma anche al giudizio della sua legittimità) secondo cui l’indicazione del nome del subappaltatore non è obbligatoria all’atto dell’offerta, neanche nei casi in cui, ai fini dell’esecuzione delle lavorazioni relative a categorie scorporabili a qualificazione necessaria, risulti indispensabile il loro subappalto ad una impresa sprovvista delle relative qualificazioni (c.d. subappalto necessario)”*. Infine che: *“Il subappalto necessario è contemplato da precise norme legislative e regolamentari, così da costituire un istituto di sicura applicabilità nelle gare a prescindere da qualsiasi espresso richiamo da parte dei bandi e in relazione al significato da attribuire alle dichiarazioni rese dalla ricorrente nella compilazione del modulo di partecipazione fornito dalla s.a. nella sua volontà di non fare affidamento sulle capacità di altri soggetti per soddisfare criteri di selezione agevolmente riconducibile alla semplice consapevolezza della società di poter concorrere autonomamente alla gara grazie alla sua qualificazione «sovrabbondante» nella categoria prevalente, salvo, poi, affidare concretamente in subappalto i lavori della scorporabile a soggetto specificamente qualificato, come dichiarato”*;
- h3) 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, con nota di GALLI, CAVINA; *Nuovo dir. amm.*, 2016, 3, 53, con nota di NARDOCCI; *Urbanistica e appalti*, 2017, 456, con nota di SENATORE), il quale 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;

- h4) Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio 2014, n. 2675 (in *Foro amm.*, 2014, 1419), secondo cui: *"Nelle gare pubbliche, la mancata preventiva indicazione del nominativo del subappaltatore costituisce causa di legittima esclusione quando il concorrente è sfornito della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare"*;
- h5) Cons. Stato, sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1224 (in *Giurisdiz. amm.*, 2013, ant., 673; *Urbanistica e appalti*, 2014, 805, con nota di ACCARDI; *Dir. e pratica amm.*, 2014, fasc. 6, 68 (m), con note di PORCU, ANGIONI), secondo cui: *"L'affidamento in subappalto di cui all'art. 118, 2^o comma, d.leg. 12 aprile 2006 n. 163 è inter alia subordinato alla condizione che, all'atto dell'offerta, i concorrenti abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo; la dichiarazione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore, unitamente alla dimostrazione del possesso, in capo a costui, dei requisiti di qualificazione, ogniqualvolta il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione"*;
- i) sul c.d. "requisito di punta" si veda, in particolare: Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2018, n. 678 (in *Foro amm.*, 2018, 180), secondo cui: *"L'avvalimento plurimo o frazionato non può essere consentito con riferimento al cd. requisito di punta, che deve essere necessariamente soddisfatto da una singola impresa, in quanto è espressione di una qualifica funzionale non frazionabile, perché attesta una esperienza qualificata nell'ambito dello specifico servizio oggetto della gara; il requisito di punta, in altri termini, proprio perché caratterizzante la qualità dell'impresa stessa, non può essere oggetto di frazionamento tra più soggetti, ma deve necessariamente essere posseduto in capo ad una singola impresa"*;
- j) si veda infine la richiamata [News US n. 105 del 14 ottobre 2019](#) per gli approfondimenti ivi contenuti sul subappalto in generale, in tema di compatibilità con il diritto europeo dei limiti al subappalto posti dalla legislazione italiana [si

vedano al riguardo i 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 in particolare 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]. Si veda ancora, nella stessa News, il tema del riparto della competenza legislativa fra Stato e regioni, sempre avuto riguardo al subappalto.