

Il T.a.r. per il Molise sottopone al giudizio della Corte costituzionale la disciplina sul subappalto recata dal codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016, in particolare gli artt. 105 e 146), censurando la circostanza che, nel settore dei beni culturali, la legge pone espresso divieto di utilizzare l'istituto dell'avvalimento ma, al contempo, nulla precisa quanto alla possibilità di utilizzare lo strumento del subappalto (e, quindi, finisce per consentirlo, in base al principio *ubi voluit, dixit*). L'ordinanza del T.a.r., in particolare, nel prospettare il dubbio di costituzionalità in riferimento agli artt. 3 e 9 Cost., focalizza l'attenzione sulla figura del c.d. subappalto necessario o qualificante (che rileva, oltre che a valle, nella fase esecutiva del contratto di appalto, anche a monte, e cioè nella fase di scelta del contraente).

T.a.r. per il Molise, sez. I, ordinanza 17 ottobre 2020, n. 278 – Pres. Silvestri, Est. Scali

Contratti pubblici – Settore dei beni culturali – Divieto di subappalto – Mancata previsione – Questione rilevante e non manifestamente infondata di costituzionalità

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 105 e 146 del d.lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici), in riferimento agli artt. 3 e 9 Cost., nella parte in cui non prevedono un divieto di subappalto nel settore dei beni culturali (1)

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna, il T.a.r. per il Molise ha sollevato questione di costituzionalità degli artt. 105 e 146 del codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. n. 50 del 2016) nella parte in cui, con riferimento al settore dei beni culturali, non è previsto il divieto di subappalto.

La vicenda oggetto di giudizio può essere sintetizzata come segue.

Invitalia s.p.a., quale centrale unica di committenza per il Ministero dei Beni Culturali e Ambientali e del Turismo, aveva bandito una gara per l'affidamento dei lavori di adeguamento degli impianti di sorveglianza e di controllo delle sedi del Polo Museale del Molise. La ricorrente, collocata al terzo posto della graduatoria, ha impugnato gli atti di ammissione (o di mancata esclusione) delle imprese prime due classificate, domandando la contestuale aggiudicazione dell'appalto a proprio favore, e deducendo – tra gli altri e numerosi vizi – anche la mancanza di qualificazione SOA in capo alle imprese controinteressate. Queste ultime, in particolare, avevano supplito alla carenza del possesso della qualificazione richiesta attraverso il ricorso al subappalto in favore di terzi. Secondo la ricorrente, tuttavia, il subappalto (cd. “necessario” o “qualificante”) non sarebbe stato, nella specie, utilizzabile: ciò, avuto riguardo al divieto di avvalimento che la legge impone in ragione della natura specialistica delle lavorazioni previste nel particolare settore dei beni culturali (cfr. l'art. 146, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui, per i contratti relativi

ai beni culturali, *“considerata la specificità del settore ai sensi dell’articolo 36 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea, non trova applicazione l’istituto dell’avvalimento, di cui all’articolo 89 del presente codice”*). Secondo la ricorrente, dunque, proprio poiché non è utilizzabile l’avvalimento, implicitamente non sarebbe utilizzabile neppure il subappalto.

II. – Il T.a.r. per il Molise, con l’ordinanza in rassegna, provvede anzitutto a respingere tutte le altre censure sollevate dalla ricorrente (non afferenti alla prospettata questione di costituzionalità). Nell’ultima parte del provvedimento, quindi, argomenta i dubbi di legittimità costituzionale come di seguito:

- a) la questione, anzitutto, secondo il T.a.r., è rilevante, in quanto la decisione della Corte costituzionale consentirà al giudicante di *“scrutinare le censure in ordine all’utilizzo del subappalto qualificatorio nella materia dei beni culturali”* e di pervenire, in caso di declaratoria di illegittimità costituzionale, all’*“accoglimento del primo motivo di ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati”*;
- b) quanto alla non manifesta infondatezza, il T.a.r. anzitutto rileva che, con riferimento alle lavorazioni relative ai beni culturali, l’art. 146, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede un divieto di avvalimento, senza nulla disporre in ordine al subappalto. La ragione del divieto di avvalimento – precisa il T.a.r. – va ravvisata nell’esigenza di assicurare che l’esecuzione dei lavori in tale delicato settore venga effettuata da un soggetto munito delle relative qualificazioni specialistiche, *“in ragione della particolare protezione che l’articolo 9 Cost. riserva a tali beni”*; in proposito:
 - b1) già in sede di delega, uno specifico criterio direttivo (quello di cui all’art. 1, comma 1, lett. o, della legge n. 11 del 2016) aveva indirizzato il Governo verso la specificità degli appalti nel settore dei beni culturali, con lo scopo di rafforzarne tutela e valorizzazione e *“di preservare e di ridurre al minimo i rischi di perdita o deterioramento del bene”*. Esigenze – queste – che trovano risposta nelle speciali norme dettate in tema di qualificazione, la cui *ratio* è quella di assicurare che gli interventi su tali beni siano eseguiti soltanto da soggetti aventi specifiche competenze ed esperienza nella materia;
 - b2) la norma di cui all’art. 146, comma 3, del codice dei contratti, in tale prospettiva, sancisce il divieto assoluto di avvalimento, *“ponendo così una netta deroga rispetto all’applicazione generalizzata dell’istituto richiesta dai principi comunitari”*;
- c) per converso, stando al tenore letterale delle norme, analogo divieto non sussiste per quanto riguarda il subappalto, in applicazione del criterio dell’*ubi voluit dixit*;
- d) in base alle norme generali del codice, tanto l’avvalimento (art. 89), quanto il subappalto (art. 105), *“rispondono alla medesima funzione di favorire la partecipazione*

delle imprese, soprattutto di quelle medie e piccole dimensioni, alle gare d'appalto, permettendo alle stesse di ottenere determinati requisiti di partecipazione (avvalimento) o di far svolgere ad una diversa impresa una quota delle prestazioni oggetto del contratto pubblico (subappalto)"; emergono, però, divergenze di rilievo tra i due istituti:

- d1) a livello operativo, l'avvalimento si colloca nella fase di gara (posto che permette ad un'impresa di ottenere requisiti per partecipare alla procedura), mentre il subappalto si colloca nella fase esecutiva (e cioè quando un'impresa, dopo aver vinto la gara, decide di far svolgere ad un'altra impresa una parte delle prestazioni oggetto dell'appalto);
 - d2) con riguardo alla responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto, in caso di avvalimento si ha una responsabilità solidale tra l'impresa ausiliaria (quella, cioè, che presta i requisiti) e l'impresa che se ne avvale, mentre, nell'ipotesi del subappalto, l'affidatario è l'esclusivo responsabile per l'esecuzione dell'appalto (rimanendo, il subappaltatore, un soggetto terzo rispetto alla stazione appaltante);
- e) queste differenze, tuttavia, si assottigliano nell'ipotesi del subappalto necessario; quest'ultimo:
- e1) è un istituto che può essere utilizzato quando l'appaltatore difetta dei requisiti (ivi compresi quelli di qualificazione) necessari per la realizzazione della prestazione, *"sicché subappalta parte di lavori ad altra impresa che sia in possesso di tali requisiti. In altre parole, l'operatore economico che non potrebbe di per sé concorrere in quella data procedura, in quanto carente dei prescritti requisiti, viene ammesso a parteciparvi avvalendosi dello strumento del subappalto"*;
 - e2) è una figura eccentrica rispetto al tradizionale schema del subappalto, *"perché viene ad operare non solo nella fase esecutiva, ma sin dalla fase iniziale, di ammissibilità alla procedura e qualificazione del concorrente, al punto che, in assenza di una specifica disposizione normativa che lo disciplini, da alcuni si dubita della sua stessa percorribilità"*;
- f) tanto premesso in punto di ricostruzione generale degli istituti, il T.a.r. afferma di non condividere la ricostruzione (fatta propria dall'amministrazione resistente e dalle parti contro interessate) secondo cui, nella materia dei beni culturali, sarebbe logico e coerente il diverso trattamento tra subappalto (consentito) e avvalimento (vietato); tale ricostruzione – la quale fa leva sul fatto che, nel subappalto, le lavorazioni sono eseguite dal subappaltatore e quindi da soggetto qualificato, mentre, nel caso dell'avvalimento, le prestazioni sono eseguite dall'ausiliato (privo di alcuna esperienza nel settore) che si limita a "prestare" la SOA senza concorrere in alcun modo alla esecuzione dei lavori – è ritenuta non condivisibile per le seguenti ragioni:

- f1) essa non tiene nel debito conto la disciplina dell'avvalimento, che – analogamente a quanto avviene per il subappalto – valorizza fortemente il ruolo dell'impresa ausiliaria in fase esecutiva, rendendola co-partecipe e corresponsabile (insieme al concorrente, l'ausiliato) in tutto quanto sia necessario ad assicurare una corretta esecuzione della prestazione;
- f2) le norme che disciplinano l'avvalimento confermano ciò, prevedendo esse che *“il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto”* (così l'art. 89, comma 6 [recte: 5], del codice dei contratti pubblici) e che *“l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati”* (art. 89, comma 8), aggiungendosi che *“in relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto di appalto”* (articolo 89, comma 9);
- g) sussistono, poi, una serie di argomenti che inducono a ritenere irragionevole la mancata previsione di limiti al ricorso al subappalto nella specifica materia dei beni culturali, a fronte di un espresso divieto di avvalimento nel medesimo settore. Tali argomenti, secondo il T.a.r. Molise, possono essere sintetizzati come segue:
- g1) il subappalto presenta *“minori garanzie normative”* rispetto all'avvalimento: mentre, per quest'ultimo, vi è una responsabilità solidale tra il concorrente e l'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante *“in relazione alle prestazioni oggetto del contratto”* (art. 89, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016), e in più la stazione appaltante conosce *ab origine* chi è il soggetto di cui l'operatore economico intende avvalersi, tutto questo non avviene in caso di subappalto, *“in cui la responsabilità esclusiva dell'esecuzione dei lavori è del concorrente e in cui il subappaltatore è un soggetto che non è nemmeno noto, in fase di gara, alla stazione appaltante”*;
- g2) la giurisprudenza amministrativa ha introdotto ulteriori garanzie per l'istituto dell'avvalimento, precisando che l'impresa ausiliata deve provare la relazione giuridica sussistente con l'impresa ausiliaria mediante uno specifico contratto di avvalimento, che abbia un oggetto determinato e che individui, in modo chiaro e specifico, la volontà dell'impresa ausiliaria, la

natura dell'impegno assunto, nonché l'effettiva disponibilità di porre a disposizione dell'impresa concorrente i requisiti richiesti (sono citate: Cons. Stato, sez. III, sentenza 3 maggio 2017, n. 2022; Cons. Stato, sezione V, sentenza 4 novembre 2016, n. 4630; con specifico riferimento all'avvalimento dell'attestazione SOA, sono citate: Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2017, n. 2316, in *Appalti & Contratti*, 2017, 5, 92, solo massima; Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2017, n. 2226, in *Foro amm.*, 2017, 1044, solo massima; Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2017, n. 852, in *Appalti & Contratti*, 2017, 4, 103, solo massima; Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2016, n. 2384; Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2016, n. 264);

- g3) ancora, secondo la giurisprudenza amministrativa, l'indicazione contrattuale degli elementi in questione è, per l'avvalimento, necessaria a definirne l'oggetto ai sensi dell'art. 1346 c.c., *"dove la nullità (strutturale) del contratto medesimo in base alla comminatoria del successivo art. 1418, comma 2, laddove risulti impossibile individuare un'obbligazione assunta dall'ausiliario su un oggetto puntuale e che sia coercibile per l'aggiudicatario, oltre che per la stazione appaltante, in virtù della responsabilità solidale prevista dall'art. 49, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006"*; in proposito, secondo la giurisprudenza prevalente, nel caso di avvalimento c.d. *"tecnico od operativo"*, ovvero avente a oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria, *"sussiste sempre l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di risorse determinate: onde è imposto alle parti di indicare con precisione i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto"* (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, sentenza 5 aprile 2019, n. 2243; in precedenza, anche Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2016, n. 5423, in *Urb. e appalti*, 2017, 520, con nota di MANZI, nonché Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1216);
- g4) allo stesso tempo, la giurisprudenza amministrativa guarda con *"criticità"* e con *"sfavore"* all'istituto del subappalto, affermandosi che *"il subappalto, confinato alla fase esecutiva dell'appalto e sottratto ai controlli amministrativi aventi sede nella procedura di gara: (i) si presta ad una possibile sostanziale elusione dei principi di aggiudicazione mediante gara e di incedibilità del contratto; (ii) costituisce un mezzo di possibile infiltrazione [nei] pubblici appalti della criminalità organizzata, la quale può sfruttare a suo vantaggio l'assenza di verifiche preliminari sull'identità dei subappaltatori proposti e sui requisiti di qualificazione generale e speciale di cui agli artt. 80 e 83 del d.lgs. n. 50 del 2016; (iii) conosce una prassi applicativa talora problematica, poiché la tendenza dell'appaltatore a ricavare il suo maggior lucro sulla parte del contratto affidata al subappaltatore (tendenzialmente estranea ad ingerenze della stazione appaltante) produce riflessi*

negativi sulla corretta esecuzione dell'appalto, sulla qualità delle prestazioni rese e sul rispetto della normativa imperativa in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro" (così Cons. Stato, sez. III, ordinanza n. 10349 [recte: n. 3702] del 10 giugno 2020);

- g5) assume, infine, rilievo l'importanza che è attribuita all'impresa ausiliaria in fase esecutiva, alla luce di quanto dispone l'art. 89 cod. proc. amm. [recte: del codice dei contratti pubblici];
- h) gli esaminati profili di irragionevolezza "sono ancora più evidenti", secondo il T.a.r. Molise, *"nell'ipotesi, che viene in rilievo nel caso di specie, di c.d. subappalto qualificatorio, il quale, per un verso, presenta analogie fortissime con l'avvalimento, per l'altro, palesa criticità ancora maggiori rispetto al subappalto codicistico"*; al riguardo, il T.a.r. richiama le osservazioni dell'ANAC, secondo cui *"il subappalto dell'intera prestazione o quasi, specie se necessario al fine di ottenere la qualificazione in gara (c.d. 'subappalto necessario'), snaturerebbe il senso dell'affidamento al contraente principale, dovendosi in tal caso favorire – a fronte di un massiccio coinvolgimento di soggetti terzi – la partecipazione diretta alla gara da parte di tali soggetti, con assunzione della responsabilità solidale verso la stazione appaltante, analogamente a quanto avviene in altri istituti (ad esempio, nei raggruppamenti temporanei di impresa e nei consorzi ordinari, cfr. art. 48, comma 5, del Codice), atteso che il subappaltatore non ha alcun obbligo nei confronti della stazione appaltante (così l'atto di segnalazione ANAC n. 8, del 13 novembre 2019);*
- i) gli indicati profili di irragionevolezza non sono superabili, secondo il T.a.r., nemmeno mediante un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina censurata: difatti, *"un'interpretazione che estenda le regole previste dall'articolo 146, comma 3, del codice dei contratti pubblici, in materia di avvalimento, al subappalto è preclusa dai principi generali sulla interpretazione delle leggi, che non consentono l'interpretazione analogica delle norme eccezionali, dovendosi riconoscere tale natura all'articolo 146, comma 3 del codice dei contratti pubblici, poiché tale norma introduce una deroga alla regola del ricorso generalizzato all'avvalimento in materia di appalti pubblici, in linea con principi europei che incentivano forme di aggregazione delle PMI ai fini della partecipazioni alle gare"*;
- j) infine, il T.a.r. Molise si preoccupa di escludere possibili dubbi sul contrasto con gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. da parte della *"normativa che risulterebbe a seguito della prospettata pronuncia di illegittimità costituzionale"*, precisando che *"non si rilevano profili di incompatibilità rispetto ai principi europei di favor participationis alle gare di appalto"*, alla luce di quanto stabilito dalla sentenza della Corte di giustizia UE 26 ottobre 2019, C-63/18, Vitali (in Guida al dir., 2019, 43, 100, con nota di PONTE, in Gazz. forense, 2019, 794, con nota di SPIZUOCO, in Giur. it., 2020, 157,

con nota di GIUSTI, in *Riv. trim. appalti*, 2019, 1465, con nota di COZZIO, in *Appalti & Contratti*, 2019, 11, 57, con nota di PICARDI, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2019, 869, con nota di PREVITI, ed in *Riv. giur. lav.*, 2020, II, 67, con nota di TONELLI, ed oggetto della News US n. 105 del 14 ottobre 2019), nonché dalla sentenza della Corte di giustizia UE del 27 novembre 2019, C-402/18, Tedeschi (in *Foro it.*, 2020, IV, 141; *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 1438, con nota di GIUFFRÉ, ed oggetto della News US n. 131 del 10 dicembre 2019); in proposito, il T.a.r. evidenzia che:

- j1) tali pronunce della Corte di Lussemburgo, pur affermando che i principi europei impongono limiti al legislatore nazionale nel porre restrizioni all'utilizzo del subappalto, *"hanno fondato il proprio decum sulla circostanza che la normativa impugnata in quei giudizi vietasse in modo generalizzato e astratto il ricorso al subappalto senza aver riguardo 'al settore economico interessato', alla 'natura dei lavori' o alla 'identità dei subappaltatori'"*;
- j2) di conseguenza, *"ciò che è stato ritenuto non conforme rispetto alla Direttiva 2014/24 è la previsione di un limite quantitativo fisso al subappalto, sganciato dalle circostanze empiriche del caso concreto e non invece la previsione di limiti al ricorso al subappalto giustificati dalla esigenza di tutelare lavori che incidono su settori - quali è senz'altro quello dei beni culturali - che ricevono protezione anche a livello comunitario"*;
- j3) tale interpretazione appare in linea con l'art. 36 TFUE il quale prevede che: *"Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale"*;
- j4) nello stesso senso, del resto, si è già pronunciata la giurisprudenza amministrativa secondo la quale è *"considerata contraria al diritto comunitario la previsione di un limite generale all'utilizzo di questo istituto che prescindendo dal settore economico interessato, dalla natura delle prestazioni e dall'identità dei subappaltatori. L'affermazione di tale principio però non esclude che in casi specifici, con riferimento a determinate tipologie di appalto come quelle riguardanti le opere superspecialistiche, non possa essere giustificato un limite percentuale all'eseribilità del subappalto in relazione alla natura particolare delle prestazioni da svolgere, come prevede l'art. 63, paragrafo 2, della direttiva UE n. 2014/24"* (così T.a.r. per la Toscana, sezione II, sentenza 9 luglio 2020, n. 898).

III. – Per completezza, si consideri quanto segue:

- k) in tema di subappalto c.d. “necessario” o “qualificante” cfr., di recente, Cons. Stato, sezione III, ordinanza 10 giugno 2020, n. 3702 (oggetto della News US n. 74, del 10 luglio 2020, cui si rimanda per ulteriori approfondimenti):
 - k1) con tale ordinanza il Consiglio di Stato ha sollevato alla Corte di giustizia UE il seguente quesito pregiudiziale: *“se gli artt. 63 e 71 della direttiva n. 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”*;
 - k2) vi è da notare che questo rinvio pregiudiziale, effettuato dalla III Sezione del Consiglio di Stato, muove da una *ratio* del tutto antitetica rispetto al chiaro scopo perseguito dal T.a.r. per il Molise, volto a limitare il ricorso al subappalto c.d. necessario, estendendo il divieto previsto dall’art. 146, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 per il solo avvalimento;
- l) per la giurisprudenza della Corte di giustizia UE in tema di subappalto si veda, in generale:
 - l1) Corte di giustizia UE, sez. V, 5 aprile 2017, C-298/2015, *Borta UAB* (in *Foro amm.*, 2017, 811, ed in *Appalti & Contratti*, 2017, 9, 76, solo massime), 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”*;
 - l2) Corte di giustizia UE, sez. III, 14 luglio 2016, C-406/14, *Wroclaw Miasto na prawach powiatu* (in *Foro it.*, 2016, IV, 389), secondo cui: *“la direttiva n. 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 n. 2005/2083/CE 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";

- 13) Corte di giustizia UE, 14 gennaio 2016, C-234/14, *Ostas celtnieks SIA* (in *Repertorio Foro it.*, 2016, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 1768), secondo cui: *"Gli art. 47, par. 2, e 48, par. 3, della direttiva n. 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 s.n.c.";*
- 14) Corte di giustizia UE, sentenza 10 ottobre 2013, C-94/12, *Società costruzioni SWM2 c. Provincia di Fermo* (in *Guida al dir.*, 2013, 43, 94, con nota di MASARACCHIA, in *Appalti & Contratti*, 2013, 11, 84, con nota di TRAMONTANA, ed in *Urb. e appalti*, 2014, 147, con nota di CARANTA), secondo cui: *"Gli art. 47, par. 2, e 48, par. 3, della direttiva n. 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";*
- m) le due recenti pronunzie della Corte di giustizia UE citate dall'ordinanza qui in rassegna hanno segnato un progressivo allentamento delle rigorose maglie già previste dalla disciplina nazionale per il subappalto; in particolare:
- m1) con la sentenza del 26 settembre 2019, *Vitali*, cit., la Corte di Lussemburgo 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, cioè sulla base 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 è necessaria 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;

- m2) con la sentenza del 27 novembre 2019, *Tedeschi*, cit., la Corte di Lussemburgo 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 tale limite è *ex se* inidoneo al raggiungimento dello scopo di contrastare le infiltrazioni criminali nel sistema degli appalti pubblici (vengono qui riprese le medesime argomentazioni di cui alla sentenza *Vitali* del 26 settembre 2019;
- n) in dottrina, sul divieto di avvalimento per le opere c.d. super specialistiche, sul corrispondente limite quantitativo per il subappalto e sulla qualificazione per eseguire lavori su beni culturali, cfr. R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 882 ss., 1342 ss., 1655 ss., nonché, per specifici riferimenti al rapporto tra diritto interno e diritto euro-unitario, C. GUCCIONE, *L'avvalimento tra giurisprudenza ed infrazioni comunitarie*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 390;
- o) sul c.d. subappalto necessario cfr., in giurisprudenza, Cons. Stato, Ad. plen. 2 novembre 2015, n. 9 (in *Foro it.*, 2016, III, 65, con nota di CONDORELLI, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2015, 4, 87, con nota di VESPIGNANI, in *Urb. e appalti*, 2016, 167, con note di GASTALDO, LONGO, CANZONIERI, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 365, con note di GALLI e CAVINA, in *Nuovo dir. amm.*, 2016, 3, 53, con nota di NARDOCCI, ed in *Riv. nel diritto*, 2016, 285, con nota di BRICI), la quale, nel risolvere il contrasto giurisprudenziale in tema di subappalto necessario, ha escluso 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, del d.P.R. n. 207 del 2010, che disciplina i requisiti di partecipazione alla gara;

- p) sull'avvalimento dell'attestazione SOA cfr., di recente, Cons. Stato, Ad. plen., sentenza 16 ottobre 2020, n. 22 (oggetto della News US n. 114, del 4 novembre 2020, cui si rinvia per tutti gli opportuni approfondimenti), che ha affermato quanto segue:
- p1) *“La clausola del disciplinare di gara che subordini l'avvalimento dell'attestazione SOA alla produzione, in sede di gara, dell'attestazione SOA anche della stessa impresa ausiliata si pone in contrasto con gli artt. 84 e 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 ed è pertanto nulla ai sensi dell'articolo 83, comma 8, ultimo periodo, del medesimo decreto legislativo”;*
 - p2) *“La nullità della clausola ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 configura un'ipotesi di nullità parziale limitata alla clausola, da considerare non apposta, che non si estende all'intero provvedimento, il quale conserva natura autoritativa”;*
 - p3) *“I provvedimenti successivi adottati dall'amministrazione, che facciano applicazione o comunque si fondino sulla clausola nulla, ivi compresi il provvedimento di esclusione dalla gara o la sua aggiudicazione, vanno impugnati nell'ordinario termine di decadenza, anche per far valere l'illegittimità derivante dall'applicazione della clausola nulla”;*
- q) ancora in tema di avvalimento, cfr. di recente Cons. Stato, Ad. plen., 9 luglio 2020, n. 13 (oggetto della News US n. 81, del 24 luglio 2020, alla quale parimenti si rinvia per ulteriori approfondimenti sul tema), secondo cui *“Il progettista indicato, nell'accezione e nella terminologia di cui all'articolo 53 del d.lgs. n. 163 del 2006, va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo. Pertanto non rientra nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione europea. Sicché non può utilizzare l'istituto dell'avvalimento per la doppia ragione che esso è riservato all'operatore economico in senso tecnico e che l'avvalimento cosiddetto 'a cascata' era escluso anche nel regime del codice dei contratti pubblici, ora abrogato e sostituito dal decreto legislativo n. 50 del 2016, che espressamente lo vieta.*