

La Corte costituzionale rigetta le questioni di legittimità costituzionale che erano state sollevate dal T.a.r. per il Molise in merito alla mancata previsione, per il settore dei beni culturali, del divieto di subappalto.

[Corte costituzionale, sentenza 11 aprile 2022, n. 91 – Pres. Amato, red. Navarretta.](#)

Contratti pubblici – Settore dei beni culturali – Divieto di subappalto – Mancata previsione – Questione infondata di costituzionalità.

Non sono fondate, in riferimento agli artt. 3 e 9 della Costituzione, le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 105 e 146 del [d.lgs. n. 50 del 2016](#) (Codice dei contratti pubblici), nella parte in cui non prevedono un divieto di subappalto nel settore dei beni culturali, non rinvenendosi analoga ratio rispetto alla previsione del divieto di avvalimento, posto che – in base alla disciplina del subappalto relativo ai beni culturali – soltanto l'operatore dotato di una qualificazione specialistica può eseguire i lavori relativi a tali beni, e questo di per sé assicura loro una effettiva e adeguata tutela.

(1)

(1) I. – Con la decisione in epigrafe, la Corte costituzionale ha rigettato le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dal [T.a.r. per il Molise con ordinanza 17 ottobre 2020, n. 278](#) (oggetto della [News US n. 121, del 13 novembre 2020](#), cui si rinvia per ampi approfondimenti), riguardante la mancata previsione, nel codice dei contratti pubblici, del divieto di subappalto per il settore dei beni culturali.

La controversia dinnanzi al T.a.r. era sorta nell'ambito di una gara per l'affidamento dei lavori di adeguamento degli impianti di sorveglianza e di controllo delle sedi del polo museale del Molise. L'impresa terza classificata aveva contestato l'ammissione in gara delle concorrenti che l'hanno preceduta, le quali avevano supplito alla carenza del possesso della qualificazione richiesta attraverso il ricorso al subappalto in favore di terzi. La ricorrente, dinnanzi al T.a.r., ha fatto valere il 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"), assumendo che analoga ratio dovrebbe sussistere per fondare il divieto di subappalto.

Nell'aderire alla ricostruzione giuridica della ricorrente, il T.a.r. per il Molise aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale affermando di non condividere la ricostruzione secondo cui, nella materia dei beni culturali, sarebbe logico e coerente il diverso trattamento tra subappalto (consentito) e avvalimento (vietato).

II. – La Corte costituzionale, premessa la distinzione tra l'istituto dell'avvalimento e l'istituto del subappalto, reputa non fondati i dubbi di legittimità costituzionale secondo il seguente percorso argomentativo:

- a) l'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nel nostro ordinamento *“sul modello di discipline europee”* (vengono qui richiamate, *“tra le prime pronunce che si sono occupate del tema”*, quelle della [Corte di giustizia dell'Unione Europea in causa C-176/98, sentenza 2 dicembre 1999, Holst Italia](#), in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 1405, con nota di GRECO, in *Riv. giur. sarda*, 2000, 661, con nota di MACHIAVELLI, ed in *Urb. e appalti*, 2000, 443, con nota di MONTINI, nonché in causa [C-389/92, sentenza 14 aprile 1994, Ballast Nedam Groep I](#), in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1994, 1249, con nota di GRECO, in *Riv. giur. edilizia*, 1995, I, 85, con nota di FRONTONI, ed in *Riv. trim. appalti*, 1995, 307, con nota di SPINELLI, nonché *ivi*, 1996, 83, con nota di ROMITO), con l'obiettivo *“di agevolare – come emerge dall'art. 89 cod. contratti pubblici – la partecipazione alle gare d'appalto”*; in particolare:
- a1) tale istituto *“consente a un soggetto privo di taluni requisiti prescritti per la partecipazione a una gara, di avvalersi di quelli posseduti da un altro operatore (l'ausiliario), il quale – tramite contratto – li mette a disposizione del concorrente (l'avvalente) per tutta la durata dell'appalto”*;
- a2) esso, dunque, non costituisce, in sé, *“un tipo normativo”*, e non impone *“il ricorso a uno specifico schema contrattuale”*, identificando piuttosto *“un effetto giuridico, che, a seconda delle risorse offerte, può essere variamente conseguito”* attraverso il mandato, l'appalto di servizi, la garanzia atipica o altro contratto tipico o atipico (è qui richiamata, dalla Corte, la [sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 4 novembre 2016, n. 23](#), in *Guida al dir.*, 2017, 2, 50, con nota di PONTE, *Urb. e appalti*, 2017, 410, con nota di FIGUERA, nonché oggetto della [News US 10 novembre 2016](#) cui si rinvia per ogni approfondimento);
- a3) quello che conta, a prescindere dallo strumento utilizzato, *“è che l'avvalimento permetta temporaneamente di operare un'integrazione dell'azienda aggiudicatrice con i mezzi, i beni o le competenze professionali messi a disposizione dall'ausiliario, che sono indispensabili alla stessa partecipazione alla gara”*, dovendo pertanto tale contratto indicare, con precisione, i requisiti prestati (sono richiamate, del [Consiglio di Stato, sezione V: sentenza 10 gennaio 2022, n. 169](#); [sentenza 4 ottobre 2021, n. 6619](#); [sentenza 21 luglio 2021, n. 5485](#); [sentenza 12 febbraio 2020, n. 1120](#)) e recare *“una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria, con cui essa attesta, oltre al possesso*

- dei requisiti, anche il suo impegno, nei confronti non soltanto del concorrente, ma della stessa stazione appaltante, a fornire le risorse di cui il primo è carente”;*
- a4) *si realizza, così, una “integrazione ab initio dell’impresa concorrente, altrimenti priva dei requisiti per la partecipazione alla gara”, circostanza che “spiega la responsabilità solidale dell’impresa ausiliaria, insieme con la concorrente, nei confronti della stazione appaltante”;*
- a5) *nella fase esecutiva dell’appalto, la legge, per un verso, assicura “l’effettiva messa a disposizione, nonché il concreto impiego dei mezzi e delle risorse prestate al concorrente, prevedendo che la stazione appaltante svolga opportune verifiche al riguardo”, e, per altro verso, “non prescrive, almeno in generale, che la prestazione da eseguire con le risorse offerte dall’ausiliario debba essere necessariamente effettuata da quest’ultimo, ferma restando la facoltà dell’aggiudicatario di stipulare con l’ausiliario anche un contratto di subappalto”;*
- a6) *in tal modo, il codice dei contratti pubblici impone “l’effettività del prestito dei requisiti” (sono citate, ex plurimis, le seguenti pronunce della Sezione V del [Consiglio di Stato: sentenza 3 settembre 2021, n. 6212](#), in *Foro amm.*, 2021, 1283; [sentenza 17 maggio 2018, n. 2953](#), in *Gazz. forense*, 2018, 554, solo massima), “ma non viene assicurata l’esecuzione diretta dei lavori ad opera dell’ausiliario”: l’esecuzione, infatti, quale regola generale, spetta pur sempre all’aggiudicatario (art. 89, comma 8, del codice) – una deroga a tale previsione, fa notare la Corte, si rinviene solo nelle ipotesi in cui l’ausiliario metta a disposizione i titoli di studio o professionali “di cui all’allegato XVII, parte II, lettera f)”, ipotesi nella quale la possibilità di avvalersi dei requisiti di altri soggetti è subordinata alla condizione che questi ultimi eseguano direttamente i lavori o i servizi, per i quali i titoli prestati siano richiesti (art. 89, comma 1, del codice);*
- b) *quanto precede fa luce sulla ragione del divieto, previsto all’art. 146, comma 3, del codice dei contratti pubblici, concernente l’istituto dell’avvalimento nel settore dei beni culturali: in difetto di una generalizzata garanzia di esecuzione della prestazione da parte dell’ausiliario, il legislatore ha voluto “assicurare che i lavori vengano direttamente eseguiti da chi abbia la specifica qualificazione richiesta, nonché mezzi e risorse necessari a preservare una tale categoria di beni”. La finalità del divieto di avvalimento nel settore dei beni culturali è, dunque, quella di rafforzare la tutela dei beni stessi;*
- c) *orbene – fa notare la Corte – nella disciplina relativa al subappalto per il settore dei beni culturali “non si rinviene [...] una analoga motivazione idonea a supportare la similitudine con l’art. 146, comma 3, cod. contratti pubblici e, di riflesso, a palesare una irragionevole disparità di trattamento”; in proposito, la Corte osserva che il*

subappalto, pur condividendo con l'avvalimento taluni caratteri e finalità, a partire dal *favor participationis*, "si connota per una disciplina, che garantisce la tutela dei beni culturali, ove siano oggetto del contratto", differenziandosi, rispetto all'avvalimento, sotto i seguenti aspetti:

- c1) anzitutto, il subappalto, quando non sia affidato all'ausiliario e, dunque, non risulti abbinato all'istituto dell'avvalimento, "presuppone che l'impresa abbia i requisiti per partecipare alla gara": ciò implica che, nei contratti di lavori, l'impresa, anche qualora non disponga di tutte le qualificazioni richieste per le singole lavorazioni oggetto dell'appalto, "abbia, quanto meno, l'attestazione SOA relativa alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori oggetto del contratto", come si desume sia dall'art. 12, comma 2, del [decreto-legge n. 47 del 2014](#), convertito in [legge n. 80 del 2014](#), tuttora in vigore – come conferma la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sono qui richiamate, della [Sezione V: sentenza 20 luglio 2021, n. 5447](#); [sentenza 15 febbraio 2021, n. 1308](#), in *giustamm.it*, 2021, fasc. 4, con nota di APOSTOLO; e, della [Sezione III, l'ordinanza 10 giugno 2020, n. 3702](#), in *Foro amm.*, 2020, 1177, nonché oggetto della [News US n. 74 del 10 luglio 2020](#)) – sia dall'art. 92 del [d.P.R. n. 207 del 2010](#), anch'esso tuttora vigente;
- c2) le garanzie offerte, in sede di gara, dal possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente "non implicano, d'altro canto, una fungibilità, in sede esecutiva, tra le varie qualifiche richieste": solo nel caso delle categorie a qualificazione non obbligatoria l'aggiudicatario può eseguire anche in proprio le relative lavorazioni, sfruttando l'attestazione SOA posseduta nella categoria prevalente (art. 12, comma 2, lettera a, del d.l. n. 47 del 2014, come convertito); viceversa, per le categorie a qualificazione obbligatoria l'ordinamento impone che l'esecutore dei lavori abbia tale specifica qualificazione. Di conseguenza, precisa la Corte, "il concorrente, pur se dotato dei requisiti prescritti ai fini della partecipazione alla gara – grazie all'attestazione SOA posseduta nella categoria prevalente –, non può, tuttavia, eseguire le lavorazioni inerenti alle categorie a qualificazione obbligatoria, sicché si rende necessario il ricorso al subappalto";
- c3) al contrario, nel caso dell'avvalimento, il concorrente da solo non dispone delle qualifiche per partecipare alla gara, "ma, una volta integrate nell'azienda le risorse e le competenze necessarie, tramite l'avvalimento, esegue in proprio le relative prestazioni", salvo quanto prevede l'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 "e ferma restando la facoltà di fare eventualmente ricorso al subappalto";
- d) emerge, allora, "la seconda e decisiva differenza del subappalto rispetto all'avvalimento", che la Corte ricostruisce come di seguito:

- d1) il “*tipo contrattuale*” del subappalto – e cioè, “*un subcontracto che si dirama dal modello dell’appalto*” – comporta l’obbligazione tipica del “*compimento «con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio» di un’opera o di un servizio «verso un corrispettivo in denaro» (art. 1655 del codice civile)”*;
- d2) può dunque dirsi che l’esecuzione dei lavori in proprio, effettuata in maniera autonoma rispetto al subcommittente, rientra tra le obbligazioni tipiche del subappalto, cui, viceversa, risulta *in toto* estranea l’obbligazione a prestare unicamente requisiti;
- d3) di riflesso, sia che l’aggiudicatario possa partecipare all’appalto, ma non abbia la qualificazione specialistica per le lavorazioni relative ai beni culturali (ciò che rende necessario il subappalto), sia che abbia tale qualificazione specialistica, ma decida, nel rispetto del bando di gara, di avvalersi in via facoltativa del subappalto, “*in ogni caso, il tipo contrattuale in esame garantisce che l’esecuzione della prestazione sia effettuata in proprio e in via diretta dal subappaltatore*”;
- d4) al contempo, la lettera dell’art. 148, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui “*I soggetti esecutori dei lavori di cui al comma 1 [riferito ai beni culturali e del paesaggio] devono in ogni caso essere in possesso dei requisiti di qualificazione stabiliti dal presente capo*”, assicura che il subappaltatore esecutore dei lavori disponga delle necessarie qualificazioni specialistiche: risulta naturale, pertanto, che il subappaltatore risponda della sua esecuzione nei confronti del subappaltante e che quest’ultimo sia responsabile verso il committente;
- d5) l’evoluzione normativa, peraltro, ha oramai previsto anche una responsabilità solidale del subappaltatore e dell’appaltatore verso il committente, il che – precisa la Corte – “*è il segno di una tendenza a potenziare ulteriormente le garanzie offerte con il subappalto*”;
- d6) nel sistema quale applicabile, *ratione temporis*, al giudizio *a quo*, comunque, l’elemento decisivo “*è che – in base alla disciplina del subappalto relativo ai beni culturali – soltanto l’operatore dotato di una qualificazione specialistica può eseguire i lavori relativi a tali beni, e questo di per sé assicura loro una effettiva e adeguata tutela*”: si dissolve, così, la censura di irragionevolezza, “*poiché il subappalto non condivide con l’avalimento la ratio della norma censurata, riferibile, per l’appunto, all’esigenza di tutelare i beni culturali, il che smentisce la similitudine rispetto al tertium comparationis*”;
- e) di conseguenza, non soltanto la mancanza del divieto di subappalto non contrasta con gli artt. 3 e 9 Cost., “*ma, al contrario, l’eventuale previsione del divieto di subappalto – come richiesto dal rimettente – potrebbe tradursi in una compressione del principio della*

concorrenza" (sono citate, in proposito: [Corte di giustizia dell'Unione Europea, sentenza 27 novembre 2019, C-402/18, Tedeschi](#), in *Foro it.*, 2020, IV, 141, in *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 1438, con nota di GIUFFRÉ, ed oggetto della [News US n. 131, del 10 dicembre 2019](#), cui si rinvia per ampi approfondimenti; [Corte di giustizia dell'Unione Europea, sentenza 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](#), cui parimenti si rinvia), oltre che in una lesione dell'autonomia privata, "non priva di criticità";

- f) la Corte, pertanto, ribadisce in conclusione il proprio costante orientamento, secondo cui non è ravvisabile una violazione del principio di eguaglianza quando "alla diversità di disciplina corrispondano situazioni non assimilabili" (*ex plurimis*: [sentenza 7 maggio 2020, n. 85](#), in *Foro it.*, 2020, I, 3003, con nota di G. D'AURIA, in *Guida al dir.*, 2020, 30, 102, con nota di GIZZI, in *Fallimento*, 2020, 1513, con nota di BIAGINI, ed in *Giur. cost.*, 2020, 1083, con nota di BRANCADORO; [sentenza 19 aprile 2021, n. 71](#), in *Foro it.*, 2021, I, 1872, ed in *Giur. cost.*, 2021, 913, con nota di BRANCA).

III. – Per completezza, si consideri quanto segue:

- g) in tema di avvalimento, nella giurisprudenza dell'[Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, cfr. la sentenza 16 ottobre 2020, n. 22](#) (in *Foro it.*, 2021, III, 358, con nota di CAVALIERI, in *Giur. it.*, 2021, 672, con nota di CELLINI, ed in *Urb. e appalti*, 2021, 387, con nota di MANGANARO, nonché oggetto della [News US n. 114, del 4 novembre 2020](#), cui si rinvia per tutti gli opportuni approfondimenti), concernente l'avvalimento dell'attestazione SOA, che ha affermato quanto segue:
- g1) "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";
- g2) "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";

- g3) *“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”;*
- h) ancora in tema di avvalimento, cfr. anche la [sentenza dell’Adunanza plenaria 9 luglio 2020, n. 13](#) (in *Foro it.*, 2020, III, 569, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 797, con nota di GUCCIONE, in *Urb. e appalti*, 2020, 812, con nota di MEALE, ed in *Riv. trim. appalti*, 2021, 293, con nota di ZIMEI, nonché 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”;*
- i) sull’istituto dell’avvalimento cfr., nella giurisprudenza costituzionale, la [sentenza 22 maggio 2009, n. 160](#) (in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1252, con nota di MASSERA), che – in relazione alle previsioni del vecchio codice dei contratti, di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 – ha precisato in quale ambito materiale esso deve essere collocato, ai fini del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni. In particolare, secondo questa pronuncia:
- i1) la competenza statale esclusiva nella materia della tutela della concorrenza è ravvisabile in quanto la finalità perseguita dal legislatore statale, in linea con le prescrizioni comunitarie, è quella *“di consentire a soggetti, che non posseggono determinati requisiti di partecipazione, di concorrere egualmente mediante l’ausilio di un’altra impresa, che sia in possesso dei necessari requisiti, purché ricorrano le condizioni indicate dal citato art. 49. Si ottiene, pertanto, il risultato di ampliare potenzialmente la partecipazione delle imprese alle procedure concorsuali, assicurando così una maggiore tutela delle libertà comunitarie e degli stessi principi di buon andamento e imparzialità dell’azione amministrativa”;*
- i2) tuttavia, per particolari aspetti della disciplina dell’avvalimento, sussiste altro titolo di competenza (pur sempre statale esclusiva), ossia quello sull’ordinamento civile; ciò vale, per un verso, quanto *“agli obblighi assunti dall’impresa ausiliaria «verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere*

a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente» (art. 49, comma 2, lettera d)”; per altro verso, quanto al “«contratto in virtù del quale l’impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell’appalto» (art. 49, comma 2, lettera f)”: in tali casi, infatti, vengono in considerazione “profili di disciplina che afferiscono, a prescindere dalla loro esatta qualificazione giuridica, a vicende comunque di natura essenzialmente privatistica”;

j) con l’ordinanza n. 3702 del 2020, citata dalla Corte nella sentenza in epigrafe, il Consiglio di Stato, sezione III, ha sottoposto alla Corte di giustizia dell’Unione Europea il seguente quesito pregiudiziale: *“Se gli articoli 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 articoli 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”;* su questa questione pregiudiziale:

j1) può osservarsi che essa muove da una *ratio* del tutto antitetica rispetto al chiaro scopo che era stato perseguito dal T.a.r. per il Molise allorquando aveva rimesso alla Corte la questione oggi decisa con la pronuncia in epigrafe; in quel caso, infatti, il T.a.r. rimettente aveva mirato 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;

j2) tale questione pregiudiziale è tuttora pendente dinnanzi alla Corte di Lussemburgo, ove risulta essere stata iscritta solo in data 23 marzo 2022 con il numero [C-215/22](#);

k) nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea, cfr. le due pronunce ricordate anche dalla Corte con la sentenza qui in epigrafe, le quali hanno segnato un progressivo allentamento delle rigorose maglie già previste dalla disciplina nazionale per il subappalto; in particolare:

k1) 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;

- k2) 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, trattandosi di limite *ex se* non idoneo al raggiungimento dello scopo di contrastare le infiltrazioni criminali nel sistema degli appalti pubblici (con riproposizione delle medesime argomentazioni di cui alla sentenza *Vitali* del 26 settembre 2019);
- l) per una fattispecie in cui il Consiglio di Stato ha ritenuto che la normativa interna, in materia di limiti all'istituto del subappalto, fosse da disapplicare, cfr. la [sentenza della Sezione V del 17 dicembre 2020, n. 8101](#) (in *Gazz. forense*, 2020, 1009, solo massima), secondo cui *“la norma del codice dei contratti pubblici che pone limiti al subappalto deve essere disapplicata in quanto incompatibile con l'ordinamento euro-unitario, come affermato dalla Corte di Giustizia (Corte di Giustizia dell'Unione Europea., Sezione Quinta, 26 settembre 2019, C-63/18; Id., 27 novembre 2019, C-402/18; in termini Cons. St., V, 16 gennaio 2020, n. 389, che ha puntualmente rilevato come «i limiti ad esso relativi (30% per cento "dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture", secondo la formulazione del comma 2 della disposizione richiamata applicabile ratione temporis, [...] deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione Europea»”*;
- m) 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. neldiritto*, 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.