



**NOTA A CONSIGLIO DI STATO – SEZIONE TERZA,
ORDINANZA DI RIMESSIONE
ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL’UNIONE EUROPEA,
10 giugno 2020, n. 3702**

Di ANTONELLA LOIACONO

Subappalto e avvalimento - Subappalto necessario o qualificante – Frazionabilità del requisito qualificante tra i subappaltatori – Concorrente sprovvisto della qualificazione obbligatoria – Categorie scorporabili

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 – 5) SUBAPPALTO NECESSARIO E FRAZIONABILITÀ DEL REQUISITO QUALIFICANTE TRA PIÙ SUBAPPALTATORI

Abstract

La nota affronta la problematica dell’ammissibilità del subappalto c.d. necessario “qualificante”, ricorrente ogniqualvolta il concorrente, che non possiede la qualificazione in ciascuna delle categorie a qualificazione obbligatoria, si impegni a subappaltare le opere scorporabili ad un’impresa che si trovi in possesso della qualificazione di cui necessita.

Viene, inoltre, esaminato l’istituto di più ampio respiro del subappalto, evidenziandone le affinità con l’omologo istituto dell’avvalimento soprattutto in caso di subappalto necessario. Tale confronto, da un lato, offrirà l’occasione per illustrare le ipotesi di obiezione in merito all’estensione anche al subappalto del principio del frazionamento dei requisiti; dall’altro, servirà

d'aggancio per affrontare le varie ragioni che nel corso degli anni hanno portato il legislatore italiano ad adottare una politica difensiva sul tema dell'ingresso del subappalto nel sistema degli appalti pubblici.

SOMMARIO: 1. Il Consiglio di Stato rimette alla CGUE la questione sulla frazionabilità del requisito qualificante in caso di subappalto – 2. La normativa italiana e comunitaria in materia di subappalto – 3. Subappalto e avvalimento fra divergenze e similitudini – 4. Requisiti di partecipazione alla gara, categorie scorporabili e subappalto necessario (o qualificante) – 5. Conclusioni

1. La fattispecie su cui si è pronunciato il Consiglio di Stato con l'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia Europea in commento riguarda l'esito di una gara aperta per l'affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo ospedale "San Cataldo" di Taranto indetta da Invitalia, quale centrale unica di committenza per la Regione Puglia.

La seconda classificata, RTI Research, ricorreva in giudizio impugnando il provvedimento di aggiudicazione dinanzi al TAR Puglia – Lecce, lamentando l'anomalia, sotto diversi profili, dell'offerta da parte dell'aggiudicataria. Dal canto suo l'aggiudicataria, Debar Costruzioni s.p.a., proponeva ricorso incidentale lamentando l'illegittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente per difetto del requisito di qualificazione SOA¹ per la categoria OS 18-B nella classifica V.

Il raggruppamento ricorrente, in realtà, riteneva di soddisfare tale requisito in parte con il possesso della propria classifica, in parte con il subappalto frazionato, ma il TAR respingeva tale tesi affermando che il concorrente (ovvero in sua vece il subappaltatore) debba possedere in proprio e "per intero" la qualificazione richiesta dalla *lex specialis*², accogliendo quindi il ricorso incidentale dell'aggiudicataria.

¹ L'Attestazione SOA è la certificazione obbligatoria per la partecipazione a gare d'appalto per l'esecuzione di appalti pubblici di lavori, ovvero un documento necessario e sufficiente a comprovare, in sede di gara, la capacità dell'impresa di eseguire, direttamente o in subappalto, opere pubbliche di lavori con importo a base d'asta superiore a € 150.000,00; essa attesta e garantisce il possesso da parte dell'impresa del settore delle costruzioni di tutti i requisiti previsti dalla attuale normativa in ambito di contratti pubblici di lavori.

L'Attestazione SOA ha validità quinquennale (sempre che ne venga verificata la validità al terzo anno dal primo rilascio) e viene rilasciata a seguito di un'istruttoria di validazione dei documenti prodotti dall'impresa, facenti capo agli ultimi dieci esercizi di attività dell'impresa (dieci anni di lavori ed i migliori cinque esercizi tra gli ultimi dieci) da appositi organismi di attestazione, ovvero società autorizzate ad operare dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP).

² Par. 15.2, 15.2.1 e 15.2.2 della sentenza n. 1915/2019, TAR Puglia, Lecce.

La sentenza di primo grado è stata appellata con tre distinti ricorsi dinanzi al Consiglio di Stato da Invitalia, dal Rti Research e da Debar.

Con pronuncia parziale n. 3573 del 5 giugno 2020 il Consiglio di Stato accoglieva in parte gli appelli proposti da Invitalia e Debar, confermando la necessità di un supplemento di verifica, ad opera della stazione appaltante, circa la sostenibilità dell'offerta temporale formulata dalla prima classificata Debar.

Quanto al motivo escludente del ricorso incidentale di primo grado reputò necessario sospendere il giudizio in attesa di una decisione da parte della CGUE sulla questione ad essa sottoposta con l'ordinanza in commento³.

Al fine di delineare gli esatti contorni del tema oggetto della questione pregiudiziale, si precisa che il disciplinare di gara richiedeva ai partecipanti, a pena di esclusione, l'attestazione di qualificazione rilasciata da una SOA competente per l'esecuzione delle prestazioni di costruzione nella categoria OS 18-B in classifica V scorponabile e a classificazione obbligatoria. Al fine di soddisfare i requisiti di partecipazione richiesti il raggruppamento Research, in sede di offerta, dichiarava di voler far ricorso al subappalto c.d. necessario e indicava come suoi subappaltatori tre società.

Il Tar in primo grado sosteneva la tesi secondo cui almeno un componente del raggruppamento temporaneo di impresa o, in alternativa, un subappaltatore avrebbe dovuto essere titolare di attestazione SOA idonea a coprire per intero l'importo dei lavori, con totale esclusione della facoltà di frazionamento del requisito tra più imprese.

Secondo le parti appellanti, invece, né la clausola del disciplinare né la normativa nazionale pongono alcuna limitazione al subappalto qualificante frazionato, non potendosi intendere in tal senso né l'art 105 comma 5 d.lgs. 50/2016, né l'art. 61 d.p.r. 2017/2010. Inoltre, l'interpretazione della lex specialis e della normativa nazionale adottata dal TAR Puglia risulterebbe disarmonica anche rispetto ai principi di diritto eurounitario in punto di frazionabilità dei requisiti di partecipazione⁴.

Sul punto, la Terza Sezione del Consiglio di Stato, dichiarava di non condividere quanto statuito dal Giudice di prime cure, premettendo che nella normativa nazionale non è rinvenibile alcuna

³ Per il testo completo dell'ordinanza di rimessione: www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=cds&nrg=201910623&nomeFile=202003702_18.html&subDir=Provvedimenti.

⁴ Si fa riferimento, in particolare, agli artt. 47 e 48 della previgente direttiva 2004/18/CE e non contraddetti dalla successiva direttiva 2014/24/UE (CGUE, 10 ottobre 2013, C 94/12, punti 29 – 35; CGUE, 14 gennaio 2016, C-234/14, punti 23 e 28; CGUE, 14 luglio 2016, C 406/14, punto 33).

limitazione espressa al subappalto qualificante frazionato, non potendosi in tal senso intendere né l'art. 105 comma 5 del d.lgs. n. 50/2016, né l'art. 61 del d.P.R. n. 207/2010.

In assenza di disposizioni specifiche in merito alla frazionabilità tra subappaltatori del requisito qualificante e dubitando che la normativa nazionale sia interpretabile nel senso indicato dal TAR, i Giudici di Palazzo Spada hanno, dunque, ritenuto opportuno rinviare la questione alla Corte di Lussemburgo al fine di ottenere indicazioni nomofilattiche sulle sovraordinate disposizioni del diritto eurounitario.

2. La disciplina nazionale del subappalto è stata ispirata per lungo tempo ad un netto sfavore da parte del legislatore, storicamente determinato dalla preoccupazione di infiltrazioni criminali nel mondo delle commesse pubbliche. A tale timore si è aggiunta l'ulteriore preoccupazione che, come per le varianti, attraverso il subappalto potessero essere aggirate le regole dell'evidenza pubblica. Com'è noto, il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto principale.

In generale il subappalto viene descritto come una forma di subcontratto, cioè si presenta come un negozio derivato dall'appalto che ha ad oggetto, in tutto o in parte, lo stesso oggetto dell'appalto. È un contratto bilaterale: si stipula tra l'appaltatore (che diviene subcommittente) e il subappaltatore, mentre il committente rimane del tutto estraneo al rapporto.

Il rapporto tra i due contratti di appalto e subappalto è di dipendenza unilaterale: il subappalto è subordinato all'appalto, che ne costituisce presupposto necessario.

La figura del subappalto è disciplinata a livello civilistico dagli artt. 1656 e 1670 del codice civile. La prima norma dispone che l'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio se non è stato autorizzato dal committente. La ratio ispiratrice risiede nella volontà del legislatore di evitare che l'appaltatore si trasformi in un accaparratore di lavori e che la riduzione del margine di guadagno del subappaltatore influisca negativamente sull'esecuzione del contratto⁵. È sovente, poi, distinguere in materia civilistica il subappalto dalla cessione del contratto ex art. 1406 cod. civ.

Con la cessione del contratto la parte cedente trasferisce al cessionario la medesima posizione contrattuale di cui è titolare; mentre con il subappalto viene attribuito al terzo un diritto nuovo, anche se dipendente dal diritto derivante dal contratto base di appalto.

La stipula di un contratto di subappalto non incide sull'originario rapporto contrattuale, infatti le responsabilità e gli obblighi gravanti sulle parti del contratto di appalto rimangono inalterati.

⁵ Si veda FRATINI M. Manuale sistematico di diritto amministrativo p. 1065 - DIKE giuridica editore (2018).

Nella cessione, invece, il cedente diviene parte estranea rispetto al contratto originario, perdendo diritti e restando esonerato dagli obblighi del contratto ceduto.

In particolare, va evidenziato come il codice dei contratti pubblici vieti la cessione del contratto, mentre consente, in alcuni casi, il subappalto.

Nel Codice dei contratti pubblici l'istituto del subappalto è disciplinato dall'art. 105 del d.lgs. 50/2016, il quale ne illustra tutte le caratteristiche fondamentali nonché la disciplina di riferimento. La norma manifesta ancora un certo timore nei confronti dell'istituto, ponendo limiti quantitativi (limite massimo del 30%⁶) all'utilizzo del subappalto nei contratti di lavori, servizi o forniture. È poi richiesta la previa indicazione nel bando delle prestazioni oggetto di subappalto ed è necessario che i concorrenti in sede di offerta indichino le parti che intendono subappaltare.

È obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori⁷ in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 d.lgs. 50/2016 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190.

Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara. È necessario, inoltre, depositare il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante, l'affidatario trasmette, altresì, la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80⁸ d.lgs. 50/2016.

⁶ Se la regola generale del Codice è quella del limite del 30% delle prestazioni subappaltabili, il Decreto Sblocca Cantieri (d.l. 32/2019), come convertito, prevede che fino al 31 dicembre 2020 il limite diventa del 40% del valore complessivo dell'appalto, lasciando scegliere alle stazioni appaltanti la percentuale esatta. È possibile, pertanto, che le stazioni appaltanti prevedano dei limiti inferiori al 40% per le prestazioni subappaltabili.

Si deve ritenere, tuttavia, che l'ulteriore limitazione presuppone che venga dimostrata una natura peculiare delle prestazioni da affidare in appalto. Le prestazioni dovrebbero avere delle caratteristiche in grado di rendere prevalente il principio dell'esecuzione personale da parte dell'affidatario rispetto a quello della massima partecipazione.

⁷ Il Decreto Sblocca Cantieri elimina, provvisoriamente, l'obbligo di indicare, nel momento di presentazione dell'offerta, la terna di nominativi di subappaltatori che in precedenza era previsto per le gare sopra-soglia o per quelle particolarmente esposte alle infiltrazioni della criminalità organizzata.

⁸ Con il d.l. 32/2019 viene disposto che non vige più, fino al 31 dicembre 2020, l'obbligo per l'offerente di dimostrare l'assenza, in capo ai subappaltatori, di motivi di esclusione, e non può essere consequenzialmente applicato il motivo di esclusione, all'art. 80, per il caso di mancato possesso dei requisiti da parte del subappaltatore indicato. Rimane,

Vi è, altresì, l'obbligo di segnalare la sussistenza di forme di controllo o di collegamento ex art. 2359 cod. civ. con il titolare del subappalto, il tutto al fine di prevenire condotte opportunistiche contrarie al diritto della concorrenza.

I limiti al subappalto imposti dal nuovo codice dei contratti pubblici non sono solo posti a tutela dell'amministrazione committente, ma sono anche volti ad evitare che, attraverso modifiche sostanziali nella fase esecutiva del contratto, sia vanificato l'interesse pubblico che ha imposto lo svolgimento della procedura di evidenza pubblica.

In via generale il subappalto è facoltativo: è rimesso al libero arbitrio dell'appaltatore. Vi sono però dei casi in cui il ricorso al suddetto istituto si rende obbligatorio: si tratta del caso in cui alcune prestazioni del contratto necessitano di una particolare qualificazione "obbligatoria" di cui l'appaltatore è privo; tali prestazioni non possono essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario e pertanto devono essere necessariamente subappaltate ad un soggetto che, invece, sia in possesso delle relative qualificazioni.

Subappaltatore e committente non sono legati da alcun vincolo negoziale e dunque fra di essi non insorgono né diritti e né obblighi reciproci, e non è neppure esperibile l'azione diretta per ottenere l'adempimento della prestazione dell'altro: è il subcommittente/appaltatore che risponde nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice dell'inadempimento del subappaltatore.

Il committente, dunque, ha diritto alla prestazione dall'appaltatore ma non dal subappaltatore; quest'ultimo, a sua volta, è parte del contratto solo con l'appaltatore, dal quale può pretendere l'adempimento della prestazione. Se l'appaltatore è inadempiente nei confronti del subappaltatore e il committente risulta a sua volta inadempiente, il subappaltatore non può agire direttamente nei confronti del committente salvo l'azione surrogatoria ex art. 2900 cod. civ.

Il codice dei contratti pubblici ha, però, introdotto, in conformità alla normativa europea, una deroga precisando che il subappaltatore ha diritto di agire nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice per ottenere il pagamento di quanto dovuto dal subcommittente inadempiente.

Il regime del subappalto come disciplinato nella normativa italiana, pur nel suo mutare nel tempo, continua a prospettare dei profili di incompatibilità con la disciplina eurounitaria.

Nel diritto dell'Unione Europea il subappalto è stato disciplinato prima dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE e successivamente dalla direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, nonché dalla direttiva 2014/23/UE sulle concessioni e dalla direttiva 2014/25/UE sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti dei servizi postali.

tuttavia, l'obbligo di dimostrare i requisiti di moralità ex art. 80, anche in capo al subappaltatore, nel momento in cui si richiede l'autorizzazione al subappalto.



Sia le più risalenti direttive, sia quelle più attuali non prevedono l'imposizione di limitazioni al subappalto e ne sottolineano la sua funzione "positiva" ricollegandolo ai principi di parità di trattamento e non discriminazione nei confronti degli operatori economici che partecipano a procedure di evidenza pubblica e all'obiettivo di favorire la partecipazione di piccole e medie imprese, così come ai principi di libertà di stabilimento, libera circolazione delle merci e dei capitali, concorrenza e proporzionalità.

Pur sempre in questa ottica, la Direttiva 2014/24/UE risulta più specifica indicando in modo più dettagliato, rispetto alla direttiva del 2004, i poteri di verifica e controllo della stazione appaltante sui requisiti dei subappaltatori.

In particolare, la disciplina eurounitaria del subappalto è desumibile dagli artt. 63 e 71 della citata direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e sviluppa i principi concorrenziali espressi dagli artt. 49 (libertà di stabilimento) e 56 (libera circolazione di servizi nell'UE) del TFUE.

In particolare, il subappalto è contemplato all'art. 71 della direttiva 2014/24/UE, il quale prevede la possibilità, a tutela del subappaltatore, che l'amministrazione aggiudicatrice esegua i pagamenti direttamente nei confronti dello stesso subappaltatore. Si tratta di una chiara presa di posizione nei confronti dell'istituto, sul presupposto che il subappalto possa contribuire ad ampliare la concorrenza, specie a favore di piccole e medie imprese⁹.

L'art. 63 della direttiva, invece, stabilisce che per quanto concerne i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria ed i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi.

In sostanza, la normativa comunitaria prevede la completa e incondizionata subappaltabilità delle prestazioni dedotte nel contratto di appalto. Inoltre, riconosce pienamente il diritto di un prestatore privo di determinati requisiti di poter impiegare le capacità di terzi per l'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione anche se, nel mentre, ammette la speculare esigenza da parte della stazione appaltante di poter valutare la competenza, l'efficienza e l'affidabilità dei subappaltatori.

Diverse pronunce della Corte di Giustizia Europea hanno precisato nel tempo i termini della disciplina europea sul subappalto, soprattutto nei confronti di quelle disposizioni che tendono a imporre limitazioni al suo utilizzo, mostrando una certa distanza dalle previsioni del nostro diritto nazionale che, anche all'esito delle tante modifiche normative, tendono a mantenere vincoli e condizioni riduttive nel ricorrere all'istituto.

⁹ Si veda FRATINI M. Manuale sistematico di diritto amministrativo p. 1065 - DIKE giuridica editore (2018).

Vi è, dunque, una nutrita giurisprudenza della Corte di Lussemburgo la quale non pone limiti di carattere generale al ricorso all'istituto del subappalto, sancendo anzi la possibilità per gli offerenti di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, e ciò, in linea di principio, in modo illimitato¹⁰.

Nella sentenza pronunciata dalla CGUE il 10 ottobre 2013 (causa C-94/12) viene specificato come i raggruppamenti di operatori economici siano autorizzati a partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti senza che siano previste limitazioni relative al cumulo di capacità; mentre nella sentenza C-234/14 del 14 gennaio 2016 la Corte precisa, da un lato, che l'offerente rimane libero di scegliere la natura giuridica dei legami che intende allacciare con altri soggetti sulle cui capacità può fare affidamento ai fini dell'esecuzione di un determinato appalto e, dall'altra, le modalità di prova dell'esistenza di tali legami.

La ratio ispiratrice di questo filone giurisprudenziale riguardo l'istituto del subappalto è da individuare nel favor participationis, ossia quell'obiettivo (proprio della direttiva 2004/18/CE e rafforzato dalla direttiva 2014/24/UE) di apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, a vantaggio non solo degli operatori economici stabiliti negli Stati membri, che hanno così accesso a mercati che altrimenti gli sarebbero preclusi; ma anche alle amministrazioni aggiudicatrici, che hanno l'interesse ad estendere quanto più possibile il ventaglio delle potenziali offerte ed ottenere così la migliore offerta che il mercato è in grado di esprimere.

Facendo riferimento ad altre più recenti pronunce, si ricorda la decisione della Corte di Giustizia Europea 22 ottobre 2015 (causa C-425/2014) la quale rileva l'illegittimità della clausola del bando che impone ai partecipanti di dichiarare, a pena di esclusione, che non verranno subappaltate lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla gara e prevede che, in caso contrario, tali subappalti non verranno autorizzati. Tale previsione, sottolinea la Corte, sarebbe eccessiva rispetto al fine di prevenire comportamenti collusivi, rivelandosi in contrasto con il principio di proporzionalità.

La pronuncia della Corte di Giustizia 14 luglio 2016, Wroclawl (causa C- 406/14), resa in relazione alla direttiva 2004/18, ha ritenuto che la possibilità per gli offerenti di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto è in linea di principio illimitata, ma ha specificato che, in via di eccezione, *“conformemente all'articolo 25, primo comma, della direttiva 2004/18, l'amministrazione aggiudicatrice ha il diritto, per quanto riguarda l'esecuzione di parti essenziali*

¹⁰ Cfr. CGUE, 14 luglio 2016, C 406/14.



dell'appalto, di vietare il ricorso a subappaltatori quando non sia stata in grado di verificare le loro capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario".

La medesima pronuncia ha evidenziato l'incompatibilità con il diritto eurounitario di una clausola che impone limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi. Infine, la Corte di Giustizia Europea con sentenza del 5 aprile 2017 Borta UAB (causa C-298/15), in relazione a una legge lituana che prevedeva come in caso di ricorso a subappaltatori per l'esecuzione di un appalto di lavori l'aggiudicatario dovesse realizzare esso stesso l'opera principale, ha evidenziato l'interesse dell'Unione Europea alla massima concorrenza nei bandi di gara, indicando ancora una volta come il ricorso al subappalto possa favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuendo al perseguimento dell'obiettivo di ampliamento della concorrenza. Secondo quest'ultima decisione, una disposizione nazionale come quella indicata è idonea a ostacolare, scoraggiare o rendere meno attraente la partecipazione di operatori economici con sede in altri Stati membri alla procedura di gara o all'esecuzione di un appalto pubblico, impedendo agli operatori economici di subappaltare a terzi tutto o parte delle opere qualificate come "principali" dall'ente aggiudicatore, sia di proporre i loro servizi in quanto subappaltatori per tale parte dei lavori. Una tale disposizione costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi.

In sostanza, dalle pronunce della Corte di Giustizia Europea, già al momento dell'entrata in vigore del Codice e a quello del successivo correttivo di cui al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, era emersa l'impossibilità di imporre divieti generalizzati di ricorso al subappalto, e, al tempo stesso, l'ammissibilità da parte dell'amministrazione, nel caso di esecuzione di parti essenziali dell'appalto, di imporre il divieto di ricorso al subappalto quando la stazione appaltante non fosse stata in grado di verificare le capacità dei subappaltatori in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario. Inoltre, era stato ribadito che ogni eventuale limitazione del ricorso al subappalto legata alla protezione di interessi superiori dovesse rispettare il principio di proporzionalità.

È palese, dunque, come da più parti emerga la non compatibilità tra la normativa eurounitaria in materia di appalti pubblici e la disciplina contenuta nell'art. 105 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).



Sul punto, a titolo esemplificativo, possiamo richiamare ulteriori sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea che già nel secondo semestre del 2019 avevano sancito la lamentata illegittimità comunitaria della disciplina contenuta nell'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016.

Nel dettaglio, con la sentenza del 26 settembre 2019 (causa C-63/18) è stato accertato il contrasto con gli artt. 57 e 71 della Direttiva 2014/24/UE della previsione del limite del 30% alla subappaltabilità contenuta nel comma 2 dell'art. 105 del Codice, mentre con la sentenza del 27 novembre 2019 (causa C-402/18), oltre a ribadirsi l'illegittimità del detto limite, si è ritenuto illegittimo anche il limite del 20% del ribasso da applicare ai prezzi relativi alle prestazioni affidate in subappalto.

Con riguardo alla prima previsione, pur non disconoscendosi le esigenze di tutela della legalità e di prevenzione delle infiltrazioni criminali che il Governo italiano ha adottato a sostegno della scelta normativa di limitare in via generale l'accesso al subappalto, la Corte ha ritenuto tale soluzione sproporzionata per il suo impatto sul superiore principio di libera concorrenza (considerando n. 1 della citata Direttiva), oltre che sul favor del legislatore europeo verso le piccole e medie imprese (considerando n. 78), a fronte della possibilità di previsione di specifici controlli successivi con cui la stazione appaltante abbia modo di verificare l'insussistenza in capo ai subappaltatori di motivi di esclusione.

Con la seconda sentenza, la Corte ha altresì escluso che il limite del 20% sui ribassi relativi alle prestazioni affidate in subappalto potesse giustificarsi in funzione della tutela dei livelli salariali dei lavoratori coinvolti nel sub-affidamento, ovvero dell'interesse della stazione appaltante a che sia garantita la redditività dell'offerta e la corretta esecuzione dell'appalto, nessuna delle esigenze in questione apparendo idonea, ove bilanciata con i superiori valori eurounitari di cui si è detto, a legittimare la previsione di limiti generali e astratti con conseguente elisione della discrezionalità della stazione appaltante in sede di predisposizione del bando di gara.

Ancor più recentemente, con la sentenza della Sezione II del 30 gennaio 2020 (causa C- 395/18) la Corte UE, sollecitata dal T.A.R. del Lazio¹¹, si è pronunciata anche sull'obbligo di indicazione preventiva della terna dei subappaltatori, statuendo che: *“L'articolo 57, paragrafo 4, lettera a) della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati*

¹¹ TAR Lazio, Sez. II, ord. 29 maggio 2018, n. 6010.



nell'offerta di detto operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata. Per contro, tale disposizione, letta in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità, ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione”.

In conclusione, è possibile affermare, contrariamente a quanto accade nella normativa nazionale, il totale favor della Corte di Giustizia nei confronti dell'istituto del subappalto, fondato in particolare sulla convinzione che lo stesso, favorendo l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce, al pari dell'avvalimento, a realizzare l'obiettivo di ampliare quanto più possibile la concorrenza¹².

3. Il confronto fra gli istituti del subappalto e dell'avvalimento offre l'occasione, da un lato, per illustrare le varie ragioni che portano ad una certa ostilità in merito all'estensione anche al subappalto del principio del frazionamento dei requisiti; e, dall'altro, accennare alle ragioni che hanno alimentato nel corso degli anni la linea prudentiale adottata dal legislatore italiano nel dare ingresso al subappalto nel sistema degli appalti pubblici.

Sotto questo secondo aspetto rileva, innanzitutto, il fatto che il subappalto si presta ad una possibile sostanziale elusione dei principi di aggiudicazione mediante gara e di incedibilità del contratto e, inoltre, 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. 50 del 2016.

L'istituto conosce una prassi applicativa talora problematica, in quanto 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.

Secondo i giudici di Palazzo Spada, il rischio al quale il subappalto sembra esporre l'integrità dei contratti pubblici e la loro immunità da infiltrazioni criminali è peraltro accresciuto da una reiterata impostazione normativa che, pur onerando il concorrente in gara dell'indicazione generalizzata (sin nell'atto dell'offerta) dei lavori o delle parti di opere che egli intende subappaltare, per il resto

¹² Cfr. CGUE, 26 settembre 2019, C-63/18, punto 27 e CGUE, 27 novembre 2019, C-402/18, punto 39.

circoscrive a più limitate ipotesi l'obbligo di indicazione, già in sede di formulazione dell'offerta, del nominativo delle imprese subappaltatrici¹³.

Le summenzionate ragioni di cautela assumono particolare rilevanza nel caso del subappalto "necessario" poiché, mentre nel subappalto "facoltativo" l'appaltatore possiede già in proprio tutti i requisiti necessari per l'esecuzione dell'appalto, viceversa, nel caso del subappalto "necessario" l'appaltatore difetta dei requisiti necessari per realizzare una o più prestazioni dell'appalto, motivo per cui è obbligato a subappaltare ad un'impresa in possesso di quegli stessi requisiti.

In generale, gli istituti dell'avvalimento e del subappalto, pur intervenendo in fasi diverse della gara d'appalto, sono connotati da un denominatore comune, ossia consentono di ampliare la possibilità di partecipazione alle gare anche a soggetti che altrimenti sarebbero sforniti dei requisiti di partecipazione.

Le similitudini con l'avvalimento, come già detto, si riscontrano soprattutto nel subappalto "necessario", in cui l'appaltatore è carente di un requisito necessario per realizzare una prestazione dell'appalto e, pertanto, è obbligato a subappaltare a un soggetto terzo in possesso dei requisiti richiesti. Infatti, nel caso di subappalto necessario, l'appaltatore è tenuto ad indicare in sede di gara sia le attività per le quali intende ricorrere al subappalto e sia il nominativo dei subappaltatori e dei relativi requisiti, dando la possibilità alla stazione appaltante di svolgere le verifiche opportune¹⁴.

I due istituti si differenziano oltre che per il ruolo nella esecuzione dell'appalto anche in ordine al regime di responsabilità dell'impresa ausiliaria.

Il subappaltatore esegue in proprio le opere affidategli, rispondendone esclusivamente nei confronti dell'impresa subappaltante, unica responsabile nei confronti della stazione appaltante; al contrario, effetto peculiare dell'avvalimento è la responsabilità solidale nei confronti dell'Amministrazione tra impresa ausiliaria e impresa concorrente in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (art. 89, comma 5, d.lgs. 50/2016)¹⁵.

Il contratto di avvalimento si configura, infatti, come un contratto tra le imprese stipulanti, cioè tra l'impresa concorrente e l'impresa ausiliaria, che secondo la regola generale, non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge¹⁶. Tra i casi di legge va per l'appunto ricondotta la previsione di cui all'art. 89 del codice dei contratti. La responsabilità solidale prevista nell'art. 89, comma 5, così come le altre prerogative della stazione appaltante, sia in fase di gara che in fase esecutiva, in tanto sono configurabili nei confronti dell'impresa ausiliaria in quanto sono state

¹³ Cfr. art. 105 comma 6 del Codice dei contratti.

¹⁴ Cfr. art. 105, comma 6, d. lgs. n. 50/2016.

¹⁵ Cfr. F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, DIKE Editore, 2020, p. 1381.

¹⁶ Vedi art. 1372, comma 2, codice civile.

espressamente previste dalla legge, dal momento che – in mancanza di apposita previsione normativa – l'impresa ausiliaria, in forza del solo contratto di avvalimento, non instaurerebbe alcun rapporto con la stazione appaltante, tanto è vero che si obbliga verso quest'ultima con la dichiarazione resa ai sensi dell'art. 89, comma 1.

L'assetto dei rapporti delineato dal codice dei contratti tra stazione appaltante, impresa concorrente ed impresa ausiliaria, comporta, per contro, che sulla prima non abbiano alcuna incidenza gli accordi contrattuali tra le due imprese che derogano agli effetti legali dell'avvalimento nei confronti della medesima stazione appaltante, così come quest'ultima resta indifferente agli accordi destinati a regolare esclusivamente il rapporto tra le imprese stipulanti il contratto di avvalimento.

Ne consegue, tra l'altro, che eventuali limitazioni di responsabilità dell'impresa ausiliaria previste nel contratto di avvalimento nei confronti della stazione appaltante non producono effetto verso quest'ultima, valendo comunque la previsione legale dell'art. 89, comma 5; correlativamente, eventuali limitazioni di responsabilità dell'impresa ausiliaria previste nel contratto di avvalimento nei confronti dell'impresa concorrente non hanno effetto verso la stazione appaltante, poiché volte a regolare i rapporti interni tra coobbligati solidali, cui la stazione appaltante resta estranea¹⁷.

Il subappalto, invece, non comporta un'assunzione diretta di responsabilità del subappaltatore nei confronti della stazione appaltante, a conferma del fatto che esso realizza piuttosto una modalità di organizzazione interna del lavoro. Infatti, il subappaltante rimane responsabile in via esclusiva nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice ai sensi di quanto previsto dall'art. 105, comma 8.

A livello eurounitario l'art. 88 della Direttiva 2014/25/UE prefigura espressamente anche la possibilità, per gli Stati, di estendere al subappaltatore la responsabilità diretta per l'esecuzione dell'appalto. Il legislatore italiano, sino ad ora non ha recepito tale indicazione, forse spinto dalla ragione per cui proprio il fatto di non avere una responsabilità diretta nei confronti della stazione appaltante rende un operatore più disponibile a fungere da subappaltatore.

Le divergenze fra i due istituti si attenuano, come si è visto, nel caso del subappalto necessario soggetto all'obbligo della contestuale indicazione in sede di gara sia delle attività per le quali si intende ricorrere al subappalto, sia del nominativo dei subappaltatori e dei relativi requisiti¹⁸, tanto da giustificare la denominazione di “avvalimento sostanziale”¹⁹.

I Giudici di Palazzo Spada, nell'ordinanza oggetto di commento, hanno evidenziato come la Corte di Giustizia, nel ribadire l'obiettivo di apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza, abbia preso in considerazione fattispecie riguardanti sia l'istituto dell'avvalimento che quello

¹⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2018 n. 6576.

¹⁸ Cfr. Art. 105, comma 6, d.lgs. 50/2016.

¹⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2508; sez. V, 2 luglio 2015 n. 3515.

del subappalto, con la conseguenza che le pur obiettive differenze strutturali che intercorrono tra i due istituti (l'avvalimento rileva nella fase di implementazione dei requisiti di partecipazione ad una gara; il subappalto, posto "a valle" del contratto di appalto, attiene alla sua esecuzione) non sembrerebbero elidere la loro comune connotazione quali moduli organizzativi alternativamente idonei a garantire l'ampliamento della possibilità di partecipazione alle gare anche a soggetti in apice sforniti dei requisiti di partecipazione²⁰.

4. Nel corpo della sentenza del Consiglio di Stato, prima della rimessione della questione alla Corte UE, viene operata un'attenta analisi della normativa concernente i requisiti di partecipazione alle gare di lavori, e la classificazione delle categorie di lavori in prevalenti e scorporabili.

Per quanto concerne i requisiti di partecipazione nel comparto dei lavori si fa riferimento ad un doppio e connesso binario. Un primo, costituito dalla qualificazione rilasciata agli operatori economici, sulla base di un sistema suddiviso in categorie di lavorazioni cd. generali e specialistiche e classi di importo (risultanti dal c.d. attestato SOA), tale per cui la qualificazione in una data categoria abilita gli operatori economici ad eseguire lavori riconducibili alla categoria di specializzazione per la quale la qualificazione è stata conseguita e per valore corrispondente alla classe di importo acquisita.

Un secondo binario, costituito dalla concreta definizione, ad opera della stazione appaltante, dei requisiti richiesti ai fini della partecipazione alla gara, in ragione delle caratteristiche del singolo affidamento e con la necessaria indicazione sia della categoria prevalente, sia, ove presenti, delle categorie scorporabili.

Nello specifico, per categoria di lavori prevalente si intende quella che caratterizza l'intervento da realizzare e che presenta un importo più elevato fra le varie categorie che ad esso concorrono²¹.

Si dicono "scorporabili", invece, quelle categorie di lavori non appartenenti alla prevalente e, comunque, di importo superiore al 10% dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore ad € 150.000,00²².

Per quanto concerne, invece, la concreta definizione delle modalità di accesso alle gare, questa varia in relazione alla tipologia e all'importo delle singole lavorazioni, incentrandosi su un principio generale e una deroga.

²⁰ Cfr. ex multis, Cons. Stato, sez. IV, sentenze n. 2675/2014 e n. 1224/2014; CGUE, 5 aprile 2017, C-298/15, punti 47 e ss.; CGUE, 14 gennaio 2016, C-234/14, punto 28; CGUE, 10 ottobre 2013, C 94/12, punto 31.

²¹ Cfr. art. 3, comma 1, lett. oo-bis), d.lgs. 50/2016.

²² Cfr. art. 3, comma 1, lett. oo-ter), d.lgs. 50/2016.

Secondo il principio generale, ai fini della partecipazione alla gara e dell'esecuzione dei relativi lavori è sufficiente che il concorrente sia qualificato nella categoria prevalente, in una classifica corrispondente all'importo totale dei lavori. In caso di aggiudicazione, il concorrente potrà eseguire lavorazioni anche relative alle categorie scorporabili, ancorché privo delle relative qualificazioni. In tale ipotesi, il ricorso al subappalto, ai fini dell'affidamento delle lavorazioni scorporabili come di quelle riconducibili alla categoria prevalente, riveste carattere meramente eventuale e facoltativo, rispondendo a scelte discrezionali, organizzative ed economiche dell'impresa concorrente.

La suddetta impostazione conosce una deroga nel caso in cui le categorie indicate come scorporabili rientrino in determinate tipologie di opere "specialistiche", per le quali la normativa di riferimento richiede la c.d. "qualificazione obbligatoria". Dette opere, infatti, non possono essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario se privo della relativa qualificazione e, quindi, devono essere necessariamente subappaltate ad un soggetto ad esse abilitato, ed è qui che viene in rilievo la figura del subappalto necessario²³.

Tale tipologia di subappalto era prevista nel Codice del 2006 (d.lgs. n. 163/2006) ma non lo è nell'attuale Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016).

In particolare, l'istituto del subappalto necessario o, più propriamente, del subappalto qualificante trae origine dall'articolo 109 del D.P.R. n. 207/2010 (Regolamento di esecuzione del previgente Codice dei contratti pubblici). La disciplina ivi contenuta è stata abrogata e sostituita dall'articolo 12 del d.l. 47/2014 (convertito, con modificazioni, con legge n. 80/2014), in particolare dai commi 1 e 2. A mente di tale disposizione, è consentita l'ammissione alla gara anche al concorrente che non possiede la qualificazione in ciascuna delle categorie a qualificazione obbligatoria, purché qualificato, per la categoria prevalente, con una classificazione corrispondente all'importo totale dei lavori e purché si sia impegnato, per l'esecuzione dei lavori, a subappaltare le opere scorporabili ad un'impresa in possesso della relativa qualificazione.

La ratio del subappalto qualificante (o necessario) è quindi quella di soddisfare il possesso dei requisiti facendo ricorso ad un'altra impresa.

A seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. 50/2016 e dei decreti attuativi (in particolare del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 248/2016) il citato articolo 12 è stato abrogato dall'articolo 217 del Codice. Tale abrogazione ha tuttavia riguardato esclusivamente i commi 3, 5, 8, 9 e 11, così restando immutato il contenuto dei commi 1 e 2 che prevedono il subappalto qualificante (o subappalto necessario).

²³ Cfr. art. 12, comma 2, lett. b), d.l. 47/2014, convertito con legge n. 80/2014.

Il Codice dei Contratti pubblici all'articolo 216, comma 15, prevedeva inoltre che l'articolo 12 del d.l. n. 47/2014 avrebbe continuato ad applicarsi fino all'entrata in vigore del Decreto Ministeriale attuativo dell'articolo 89, comma 11 del Codice e richiamato anche dall'articolo 105, comma 5 (riguardanti, rispettivamente, i limiti all'avvalimento e al subappalto).

Il decreto ministeriale n. 248/2016 attuativo è entrato in vigore a partire dal 19 gennaio 2017: tale decreto ha sostituito parte dell'articolo 12 del d.l. 47/2014, ma non ha influito sul subappalto qualificante (o subappalto necessario).

Il decreto di attuazione ha infatti riguardato solo le categorie superspecialistiche (SIOS – Strutture Impianti Opere Speciali), mentre non ha inciso sulle categorie a qualificazione obbligatoria diverse dalle SIOS, né sulle SIOS inferiori al 10%, né quindi sull'operatività del subappalto qualificante.

Resta dunque tuttora in vigore il subappalto qualificante (o subappalto necessario) in favore di imprese in possesso delle qualificazioni relative alle lavorazioni specializzate.

Ad oggi, dunque, il subappalto necessario, anche non trovando espressa menzione nell'attuale Codice dei contratti pubblici, è ritenuto dalla giurisprudenza un istituto compatibile con l'attuale quadro normativo, stante la confermata vigenza dell'art. 12 del decreto legge n. 47/2014 (convertito, con modificazioni, con legge n. 80/2014), ed in particolare dei primi due commi dell'articolo, riferiti alle categorie riguardanti le opere speciali di subappalto necessario in favore di imprese in possesso delle relative qualificazioni.

Il subappalto qualificante o subappalto necessario, con riferimento agli appalti di lavori, risulta quindi un istituto contemplato da specifiche disposizioni legislative e quindi di sicura applicabilità, anche a prescindere da un espresso richiamo nel bando²⁴.

Non sussistono, invece, spunti normativi e interpretativi in tema di subappalto necessario frazionato, ipotizzabile nel caso in cui il requisito di qualificazione obbligatorio venga ad essere "coperto" dall'operatore economico attraverso una sommatoria degli importi per i quali risultano qualificati i diversi operatori indicati nella terna dei subappaltatori.

La giurisprudenza nazionale ha chiarito che, al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 105, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, in sede di presentazione dell'offerta non è necessaria l'indicazione nominativa dell'impresa subappaltatrice, neppure in caso di subappalto necessario, ovvero allorché il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili.

In particolare, il riferimento è alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2015 il cui tema è, per l'appunto, quello della necessaria, o meno, esplicitazione in sede di gara del nominativo del

²⁴ Si veda sul punto TAR Lazio, Roma, sez. II bis, 6 marzo 2019, n. 3023; TAR Piemonte, Torino, sez. II, 17 gennaio 2018 n. 94; TAR Campania, Napoli, sez. I, 1° marzo 2018, n. 1336.

subappaltatore da parte del concorrente che non abbia la qualificazione richiesta per eseguire parti di lavorazioni scorporabili. Si tratta, dunque, dell'istituto in commento del subappalto necessario. Per tali ipotesi, non espressamente disciplinata da alcuna fonte di diritto scritto, la giurisprudenza era andata maturando due opposte soluzioni.

Secondo una prima tesi²⁵, infatti, la necessità della dimostrazione della qualificazione per tutte le lavorazioni per le quali la normativa di riferimento la esige implicherebbe la necessità dell'indicazione del nominativo del subappaltatore già nella fase dell'offerta; ciò in modo da permettere alla stazione appaltante il controllo circa il possesso, da parte della concorrente, di tutti i requisiti di capacità richiesti per l'esecuzione dell'appalto.

Una diversa interpretazione²⁶, viceversa, fondata sull'esame delle singole disposizioni relative ai requisiti di qualificazione imporrebbe l'opposta soluzione dell'affermazione del solo obbligo di indicazione delle lavorazioni che il concorrente intende affidare in subappalto, ma non anche del nome dell'impresa subappaltatrice.

Proprio questa seconda soluzione interpretativa è stata quella adottata dalla Adunanza Plenaria.

Per giungere a tale esito, la pronuncia si sofferma innanzitutto sulla ricostruzione della normativa vigente in tema di qualificazione e subappalto, sottolineando come non vi sia alcuna espressa disposizione normativa che preveda l'obbligo sopra detto.

Infatti, l'art. 92, commi 1 e 3, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n.207, che disciplina i requisiti di partecipazione alla gara, stabilisce, innanzitutto, che, ai predetti fini, è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori, quando il concorrente, singolo o associato, non la possieda anche per le categorie scorporabili.

Il combinato disposto degli artt. 92, comma 7 e 109, comma 2, d.P.R. cit. e 37, comma 11, d.lgs. 12 aprile 2006, n.163 chiarisce, poi, che il concorrente che non possiede la qualificazione per le opere scorporabili indicate all'art. 107, comma 2 (c.d. opere a qualificazione necessaria) non può eseguire direttamente le relative lavorazioni ma le deve subappaltare a un'impresa provvista della relativa, indispensabile qualificazione.

In tema di subappalto è poi rilevante l'art. 118 d.lgs. 163/2006, il quale nel prevedere quali siano i requisiti di validità per la stipula di un valido contratto di subappalto, non fa riferimento alla necessità che l'appaltatore dichiari previamente il nominativo del subappaltatore, anche qualora si tratti di un c.d. subappalto necessario.

²⁵ cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012 n. 2508; sez. V 21 luglio 2015 n. 3515.

²⁶ cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2012, n. 3563; Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2013, n. 3963.

Da tali elementi l'Adunanza Plenaria ha tratto il convincimento che non sia possibile introdurre per via giurisprudenziale un ulteriore elemento restrigente, comportante un onere per il concorrente non previsto da alcuna disposizione di diritto positivo.

Testualmente l'Adunanza Plenaria conclude il proprio ragionamento statuendo che *“Là dove, infatti, l'art.118, secondo comma, d.lgs. cit., 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) dev'essere rifiutata in quanto finirebbe per far dire alla legge una cosa che la legge non dice (e che, si presume, secondo il suddetto canone interpretativo, non voleva dire).”*

La decisione della Plenaria si basa sulla impossibilità di rinvenire nella norma di riferimento (all'epoca della decisione l'art. 118 del d.lgs. 163/2006) l'obbligo di indicare il nome del subappaltatore già in sede di gara, in quanto il subappalto di per sé trova la sua naturale sede nell'esecuzione del contratto, sia esso facoltativo o necessario.

A tal fine, l'inserzione automatica dell'obbligo di indicare il subappaltatore e quindi la relativa dichiarazione di possesso dei requisiti già in sede di presentazione dell'offerta, si configurerebbe alla stregua di un'eterointegrazione dei bandi priva di fondamento e quindi non consentita, anche alla luce del divieto di gold plating²⁷.

²⁷ Per divieto di gold plating si intende il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie. In via preliminare, la Corte costituzionale ha precisato che il divieto in oggetto non è un principio di diritto comunitario. Il termine gold plating compare nella comunicazione della Commissione europea dell'8 ottobre 2010 «Smart regulation in the European Union», adottata con lo scopo di promuovere una legiferazione “intelligente”, sia a livello europeo che degli Stati membri, in grado di ridurre gli oneri amministrativi a carico di cittadini e imprese. In tale comunicazione si legge, infatti, che «l termine gold plating si riferisce alla prassi delle autorità nazionali di regolamentare oltre i requisiti imposti dalla legislazione UE, in sede di recepimento o di attuazione in uno Stato membro».

Nel nostro ordinamento il riferimento al gold plating è comparso per la prima volta nella Legge di stabilità per il 2012, che all'art. 15, comma 2, lettera b) ha introdotto nell'art. 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, i commi 24-bis, 24-ter e 24-quater. Il comma 24-bis definisce in termini generali il divieto di gold plating per tutti gli atti di recepimento di direttive comunitarie. I successivi commi 24-ter e 24-quater ne precisano ulteriormente l'ambito di applicazione, individuando cosa debba intendersi per «livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie» ed in quali casi sia possibile disattendere il divieto.

La legge delega n. 11 del 2016, all'art. 1, comma 1, lettera a), nel definire il criterio direttivo del divieto di gold plating rinvia ai commi 24-ter e 24-quater della legge 246/2005.

La Corte costituzionale offre un'interpretazione teleologica delle suddette norme, chiarendo come la ratio del divieto sia quella di impedire un aggravamento legislativo degli oneri tecnici e amministrativi previsti dalla disciplina europea in materia di appalti, i quali restringono la concorrenza in danno di imprese e cittadini. Scopo del divieto è dunque quello di tutelare la concorrenza, limitando in tal senso la discrezionalità dello Stato in sede di recepimento. Diversamente, appare chiaro come l'ampliamento degli oneri gravanti sull'amministrazione, ai sensi dell'art. 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici, abbia una funzione pro-concorrenziale in quanto finalizzato a rendere

In conclusione, quindi, si può affermare che per la validità del subappalto necessario (o qualificante) occorre che il concorrente già in fase di offerta dichiari di voler subappaltare delle specifiche lavorazioni, non essendo invece necessario che venga preventivamente indicato il nome del subappaltatore²⁸.

5. È evidente come dall'analisi fin qui tracciata la normativa comunitaria tenda ad ammettere la tendenziale, completa e incondizionata subappaltabilità delle prestazioni dedotte nel contratto di appalto ed al contempo riconosce il pieno diritto del prestatore privo di determinati requisiti di poter fare ricorso alle capacità di terzi soggetti, ferma restando la speculare esigenza da parte della stazione appaltante di poter valutare la competenza, l'efficienza e l'affidabilità dei subappaltatori. In generale, il Consiglio di Stato rinviene negli orientamenti del giudice comunitario l'indicazione sintetica secondo la quale istituti espansivi della concorrenza – quali l'avvalimento²⁹ e il subappalto – possono tollerare limitazioni proporzionate e occasionali, non quindi generali e astratte, ma di volta in volta calibrate dall'amministrazione aggiudicatrice sulle peculiarità della singola gara ed in ragione degli eventuali fattori (*id est* il settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, la natura dei lavori, la tipologie di qualifiche richieste) che in essa concorrono a suggerire l'introduzione di specifiche condizioni restrittive.

In tal senso dovrebbe valere un principio generale di frazionabilità del requisito qualificante, suscettibile di motivata deroga nei casi in cui la stazione appaltante ritenga di individuare casi e

maggiormente onerosa la scelta delle stazioni appaltanti di ricorrere ad affidamenti di servizi pubblici in forme diverse rispetto al ricorso al mercato.

Tale ratio è stata accolta anche dall'Adunanza della commissione speciale del Consiglio di Stato, la quale ha osservato come il divieto di gold plating, assunto a criterio direttivo dalla legge delega n. 11 del 2016, vada interpretato in riferimento ad «oneri non necessari» e non già in riferimento ai livelli di garanzia dei valori costituzionali. Pertanto, dal momento che l'obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato, ai sensi dell'art. 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici, è funzionale alla tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, quali la trasparenza amministrativa e la tutela della concorrenza, non può dirsi in contrasto con l'art. 1, comma 1, lettera a) della legge delega n. 11 del 2016.

Da ultimo, la stessa Corte di giustizia dell'Unione europea ha sanzionato tale ricostruzione interpretativa, sostenendo la non contrarietà della norma in oggetto con l'art. 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE, sussistendo a livello europeo un generale principio di libera autodeterminazione delle autorità pubbliche. Tale principio, rileva il giudice europeo, autorizza le amministrazioni pubbliche a derogare la disciplina ordinaria di affidamento mediante gara pubblica, previa dimostrazione «dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna».

²⁸ Cfr. sul punto Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2019, n. 5745

²⁹ Per avvalimento si intende la facoltà di un'impresa (detta ausiliata) di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, avvalendosi dei requisiti provenienti da un'altra impresa (detta ausiliaria), la quale, ovviamente, si impegna a metterli a disposizione del richiedente per il tempo necessario. Si può ricorrere all'istituto dell'avvalimento sia in sede di gara, che in occasione dell'Attestazione SOA. L'istituto è disciplinato dall'art. 89 del d.lgs. 50/2016.

limiti ostativi oltre i quali la sicurezza e la qualità dell'opera potrebbero essere messe a rischio dal meccanismo del frazionamento del requisito. In ipotesi siffatte la stessa stazione appaltante potrebbe imporre, nel bando di gara, che il livello minimo della capacità in questione venga raggiunto da un unico operatore economico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici.

È quanto avviene nella parallela materia dell'avvalimento, in presenza di determinati requisiti (cd. "di punta") che si ritiene debbano essere soddisfatti da una singola impresa ausiliaria, in quanto espressione di qualifiche funzionali non frazionabili³⁰.

Come sottolineato nel corso della trattazione, la giurisprudenza ammette senza dubbi l'esistenza di evidenti similitudini tra il subappalto necessario e l'avvalimento.

Il giudice amministrativo coglie, nel contenuto delle direttive europee, come interpretate dalle richiamate pronunce Corte di Giustizia, una latitudine precettiva apparentemente estensibile ad ogni tipologia di rapporto ausiliario che consenta all'operatore in gara di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, "a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi" ed anche nella forma del frazionamento o del "cumulo di capacità".

Come affermato dall'ordinanza di rimessione in commento *"la Sezione rinviene negli orientamenti del giudice comunitario l'indicazione sintetica secondo la quale istituti espansivi della concorrenza (quali sono intesi l'avvalimento e il subappalto) possono tollerare limitazioni proporzionate e occasionali, non quindi generali e astratte, ma di volta in volta calibrate dall'amministrazione aggiudicatrice sulle peculiarità della singola gara ed in ragione degli eventuali fattori (il settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, la natura dei lavori, la tipologie di qualifiche richieste) che in essa concorrono a suggerire l'introduzione di specifiche condizioni restrittive. Appare, quindi, plausibile concludere che, in applicazione di queste stesse indicazioni ermeneutiche, anche nel caso sin qui delineato (subappalto necessario, implicante l'obbligo di indicazione delle prestazioni da subappaltare e del nominativo dei subappaltatori) debba valere un principio generale di frazionabilità del requisito qualificante, suscettibile di motivata deroga nei casi in cui la stazione appaltante ritenga di individuare casi e limiti ostativi oltre i quali la sicurezza e la qualità dell'opera potrebbero essere messe a rischio dal meccanismo del frazionamento del requisito. In ipotesi siffatte la stessa stazione appaltante potrebbe dunque imporre, nella legge di gara, che il livello minimo della capacità in questione venga raggiunto da*

³⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 678/2018.



un unico operatore economico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici. È quanto avviene nella parallela materia dell'avvalimento ...”.

Il parallelismo tra i due istituti, dunque, è tracciato e i confini diventano evanescenti: in attesa della risposta da parte della Corte eurounitaria, non accenna a placarsi l'oscillazione di norme, prassi ed interpretazioni sui requisiti in tema di avvalimento e di subappalto, che genera senza dubbio forti incertezze tra gli operatori e le stazioni appaltanti, oltre a contenziosi che ritardano l'avvio dei contratti e non danno ancora soluzioni univoche per il mercato.

Dunque, considerate le somiglianze dell'istituto del subappalto necessario con l'istituto dell'avvalimento e posto che la normativa italiana espressamente ammette per l'avvalimento la possibilità di frazionare i requisiti tra più imprese ausiliarie (art. 89, comma 6, d.lgs. n. 50/2016), il Consiglio di Stato, ponendo la questione della frazionabilità del subappalto necessario, apre una riflessione quanto mai attuale sulla possibilità di giungere anche in Italia ad una valorizzazione dell'istituto del subappalto, che sia in linea con la connotazione positiva di cui tale istituto gode all'interno dell'ordinamento euronitario. Si tende, dunque a mettere da parte la reputazione negativa di cui gode l'istituto, troppo spesso assimilato ad un mezzo di elusione della normativa inerente la tematica dei contratti pubblici, fermo restando comunque il dovere di vigilanza sui subappaltatori in capo alle stazioni appaltanti.

Infine, il Consiglio di Stato, ponendosi nel solco della giurisprudenza tracciata dalla Corte di Giustizia Europea, ha affermato la possibilità che anche nel caso di subappalto necessario, implicante l'obbligo di indicazione delle prestazioni da subappaltare e del nominativo dei subappaltatori, debba valere un principio generale di frazionabilità del requisito qualificante, suscettibile di motivata deroga nei casi in cui la stazione appaltante ritenga di individuare casi e limiti ostativi oltre i quali la sicurezza e la qualità dell'opera potrebbero essere messe a rischio dal meccanismo del frazionamento del requisito.

Tale interpretazione risulterebbe coerente con le direttive europee in materia di appalti che non prevedono l'imposizione di limitazioni aprioristiche ed astratte al subappalto e ne sottolineano la funzione “positiva”, ricollegandolo ai principi di parità di trattamento e non discriminazione nei confronti degli operatori economici, oltre che ai principi di libertà di stabilimento, libera circolazione delle merci e dei capitali, concorrenza e proporzionalità.