

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 9770 del 11 dicembre 2025

Appalti misti di lavori e servizi – Subappalto necessario per la categoria prevalente –
Inammissibilità – Si applica disciplina prevista per esecuzione lavori

Publicato il 11/12/2025

N. 09770/2025REG.PROV.COLL.

N. 04473/2025 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4473 del 2025, proposto da (...) s.r.l. in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento, (...) s.r.l. in proprio e quale mandante del costituendo raggruppamento, (...) s.p.a. in proprio e quale mandante del costituendo raggruppamento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentate e difese dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...) s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

(...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione
Seconda) n. 8199/2025, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) s.p.a. e di (...) s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2025 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati (...), (...) e (...) su delega dell'avv. (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la procedura aperta per l'affidamento della conduzione di n. 6 linee del complesso crematorio sito presso il cimitero Flaminio, per un periodo di 36 mesi, comprensiva del servizio di manutenzione, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa.

2. (...) s.r.l., in proprio e quale mandataria del raggruppamento costituendo avente come mandanti (...) s.r.l e (...) s.p.a., ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione 24 settembre 2024 n.31, adottato da (...) s.p.a., il verbale di gara n. 5 del 20 maggio 2024, con cui è stato disposto il soccorso istruttorio a favore di (...) S.r.l. (di seguito: “(...)”), il verbale di gara n. 6 del 25 giugno 2024, il verbale di gara n. 7 del 17 luglio 2024, con cui la Commissione ha ritenuto idonea l'integrazione documentale di (...) presentata in riscontro al soccorso istruttorio, e confermato la graduatoria, ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, chiedendo la declaratoria di caducazione e inefficacia del contratto di concessione ove nel frattempo stipulato, con espressa istanza di subentrare nel contratto e nell'esecuzione.

3. Il Tar Lazio – Roma, con sentenza 28 aprile 2025 n. 8199, ha respinto il ricorso.

4. (...) s.r.l. (di seguito: “(...)”), in proprio e quale mandataria del raggruppamento

costituendo avente come mandanti (...) s.r.l e (...) s.p.a., ha appellato la sentenza.

5. Nel corso del giudizio di appello si è costituita (...) e (...) s.p.a.

6. All'udienza del 9 ottobre 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. L'appello è fondato, nei termini di seguito esposti.

8. L'appellante ha dedotto 4 mezzi di critica alla sentenza impugnata: mancato possesso del requisito di capacità tecnica e professionale da parte dell'aggiudicataria per asserita non analogia dei servizi svolti (primo mezzo), mancato possesso del requisito di capacità tecnica e professionale dei servizi analoghi da parte dell'aggiudicataria per omesso raggiungimento dell'importo richiesto nel triennio precedente (secondi mezzo) e carenza del requisito di capacità tecnica richiesto dall'art. 8.3 lett. a) del disciplinare per l'esecuzione dei lavori, nonché l'illegittimo utilizzo da parte di (...) del subappalto necessario (terzo mezzo).

8.1. Il Collegio principia lo scrutinio dell'appello dal terzo motivo, in quanto, essendo fondato, risulta assorbente, comportando l'annullamento dell'aggiudicazione.

9. Con il terzo motivo l'appellante ha dedotto la carenza del requisito di capacità tecnica richiesto dall'art. 8.3 lett. a) del disciplinare per l'esecuzione dei lavori, nonché l'illegittimo utilizzo da parte di (...) del subappalto necessario.

In tesi la (...), non possedendo la classifica SOA per la OS 14, ha dichiarato nei DGUE che avrebbe totalmente affidato detti lavori a terzi attraverso l'istituto del subappaltato necessario.

Così facendo (...) ha illegittimamente fatto ricorso al subappalto necessario per affidare totalmente la categoria prevalente dei lavori oggetto di appalto.

9.1. L'appalto di cui si tratta è un contratto misto che vede lo svolgimento del servizio di conduzione delle linee dell'impianto crematorio sito nel Cimitero Flaminio, la realizzazione dei lavori rientranti nelle categorie SOA OS14 (Impianti

di smaltimento e recupero rifiuti) e OG1 (Edifici civili e industriali), e, infine, la manutenzione ordinaria di tale impianto di cremazione.

9.2. In particolare, l'importo complessivo posto a base di gara è pari a euro 6.123.240,18 e prevede in misura minoritaria l'esecuzione di lavori per un importo totale di euro 1.591.200,00, di cui euro 900.000,00 rientranti nella categoria OS 14 (impianti di smaltimento e recupero rifiuti) ed euro 582.000,00 rientranti invece nella categoria OG 1 (edifici civili e industriali)

Per le prestazioni di lavori la legge di gara richiede quale requisito di capacità tecnica e professionale *“il possesso dell’attestato di qualificazione (SOA) per esecuzione lavori, rilasciato da società di attestazione regolarmente autorizzata, in corso di validità alla data di pubblicazione del Bando, che documenti il possesso della qualificazione per i lavori oggetto dell’appalto”* (art. 8.3 lett. a) del disciplinare). In particolare, la stazione appaltante ha chiesto il possesso della classifica III della qualificazione SOA OS14 per i lavori relativi agli impianti di smaltimento e recupero rifiuti) e della classifica II della qualificazione SOA OG1 per i lavori relativi agli edifici civili e industriali.

La stazione appaltante ha quantificato l'importo dei lavori in termini di euro 900.000,00 per i lavori relativi agli impianti di smaltimento e recupero rifiuti e di euro 582.000,00 per i lavori relativi agli edifici civili e industriali.

Pertanto i lavori di categoria prevalente sono i primi, quelli relativi agli impianti di smaltimento e recupero rifiuti, per i quali è richiesta la qualificazione SOA OS14.

(...), non possedendo la classifica SOA per la OS 14 (come si evince dal certificato SOA della stessa), ha dichiarato nel DGUE che avrebbe affidato detti lavori a terzi, specificando che avrebbe affidato a terzi *“tutte le attività rientranti nella categoria OS14”* attraverso il *“subappalto qualificante”*.

La Commissione ha preso atto dell'intendimento di (...) durante la seduta del 20 maggio 2024, quando ha aperto la busta amministrativa della società e ha constatato che *“con riferimento al DGUE, Parte II, Lettera A, l'operatore economico non ha dichiarato il possesso dell’attestato di qualificazione (SOA) per esecuzione lavori, rilasciato da*

società di attestazione regolarmente autorizzata, in corso di validità alla data di pubblicazione del Bando, che documenti il possesso della qualificazione per i lavori oggetto dell'appalto, richiesta al punto 8.3, lett. a) del Disciplinare di Gara, di cui alle categorie OS14/III e OG1/II. Sul punto si precisa, che l'operatore economico si è avvalso dell'istituto del c.d. subappalto necessario o qualificante, avendo dichiarato, nel medesimo documento DGUE, che intende subappaltare le attività di cui alla categoria OS14/III" (verbale di gara n. 5).

(...) ha quindi fatto ricorso al subappalto per affidare la categoria prevalente dei lavori oggetto di appalto.

9.3. L'allegato II.12 del d. lgs. n. 36 del 2023 *ratione temporis* vigente riproduce l'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010 ("riproduce in larga misura le norme (artt.60-104) del d.P.R. n. 207/2010", così la stessa relazione al codice). Stabilisce infatti che "Il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi" e che "I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente".

Dal che si desume che il concorrente è ammesso a partecipare a una gara avente oggetto lavori (anche) se in possesso dei requisiti tecnico-organizzativi relativi alla (sola) categoria prevalente per l'importo totale dei lavori. Per le categorie scorporabili può ricorrere infatti al subappalto.

L'art. 12 comma 2 lett. b) del d.l. n. 47 del 2014, convertito nella legge n. 80 del 2014, in base al quale "*non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'articolo 108, comma 3, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 maggio 2010, n. 207, relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonché le categorie individuate nel medesimo*

allegato A con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS34, OS 35". A detta regola segue, nella medesima disposizione, la precisazione in forza della quale *"Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni"*.

L'entrata in vigore del d. lgs. n. 36 del 2023 non ha comportato l'abrogazione dell'art. 12 comma 2 lett. b del d.l. n. 47 del 2014, invece disposta con l'art. 71 comma 1 del d. lgs. 31 dicembre 2024 n. 209 ha introdotto all'art. 226 del d.lgs. n. 36 del 2023 il comma 3 bis, ai sensi del quale *"A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, è abrogato l'articolo 12 del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80"*.

In disparte la valutazione degli effetti di detta abrogazione, nel caso di specie non rilevanti, il d. lgs. n. 36 del 2023 *ratione temporis* vigente non ha comportato l'abrogazione dell'art. 12 comma 2 lett. b del d.d. n. 47 del 2014.

Pertanto si conferma, dal combinato disposto delle suddette disposizioni, che l'operatore in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori può partecipare alla gara, anche se non è in possesso dei requisiti di qualificazione relativi alle categorie scorporabili (così dall'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010), ma, se il difetto di qualificazione attiene alle categorie a qualificazione obbligatoria, le lavorazioni corrispondenti alle predette categorie non possono essere eseguite dal concorrente, ma da uno o più subappaltatori in possesso delle relative qualificazioni (così dall'art. 12 comma2 del d.l. n. 47 del 2014).

Il combinato disposto consente pertanto all'operatore economico in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente di partecipare alle gare per l'affidamento di lavori pubblici, anche se privo delle qualificazioni previste dal bando per le categorie scorporabili, alla condizione, però, che affidi in subappalto le lavorazioni riconducibili alle predette categorie, se a qualificazione obbligatoria,

ad imprese in possesso delle necessarie qualificazioni.

In tal caso deve indicare, già in sede di gara, l'intenzione di subappaltare.

La prospettiva in cui si colloca l'istituto è quella proconcorrenziale (di facilitazione alla partecipazione alla gara).

Il subappalto, così come l'avvalimento, sono moduli organizzativi alternativamente idonei a garantire l'ampliamento della possibilità di partecipazione alle gare anche a soggetti in apice sprovveduti dei requisiti di partecipazione (Cgue, 5 aprile 2017, C-298/15, 14 gennaio 2016, C-234/14, e 10 ottobre 2013, C 94/12, punto 31).

La Corte di Giustizia riconosce, in particolare, che il ricorso al subappalto, favorendo l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce, al pari dell'avvalimento, a realizzare l'obiettivo di rendere la concorrenza la più ampia possibile (CGUE, 26 settembre 2019, C-63/18, punto 27 e CGUE, 27 novembre 2019, C-402/18, punto 39).

In tale contesto il subappalto necessario presenta alcune peculiarità, in quanto ha portata qualificatoria, nei termini in cui consente al soggetto non qualificato di presentare un'offerta anche per lavori di cui non possiede la qualificazione, seppur non prevalenti.

Detta connotazione rende rilevanti, per quanto attiene al diritto eurounitario, la nozione di avvalimento contenuta nella direttiva n. 24/2014/UE e la giurisprudenza della Corte di giustizia sul subappalto.

Quanto alla prima, in base all'art. 63 di detta direttiva, un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, *“a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi”*, con la precisazione che, ove ciò avvenga con riferimento alle esperienze professionali, gli operatori economici possono tuttavia fare affidamento sulle capacità di altri soggetti *“solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste”*. In tal caso l'Amministrazione verifica *“se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo”*.

La prospettiva, pur delineata con riferimento alla gara (non alla fase esecutiva), prescinde dalla natura dei legami fra offerente e ausiliario, ritenendo rilevante invece la necessaria esecuzione dei lavori di cui il primo non possiede i requisiti da parte del secondo (quindi un aspetto attinente alla fase che segue la stipulazione del contratto) e il controllo del possesso di quest'ultimo delle relative qualificazioni.

Quanto alla giurisprudenza della Corte di giustizia sul subappalto si rileva che essa, dopo avere definito il subappalto quale istituto relativo all'esecuzione di un appalto, ha precisato che, *“qualora i documenti dell'appalto impongano agli offerenti di indicare, nelle loro offerte, le parti dell'appalto che essi hanno eventualmente l'intenzione di subappaltare e i subappaltatori proposti”*, l'amministrazione aggiudicatrice ha il diritto, per quanto riguarda l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto, di vietare il ricorso a subappaltatori dei quali non sia stata in grado di verificare le capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario” (sez. V, 27 novembre 2019, C-402/18): la prospettiva della Corte quindi, al di là della specifica regola dettata, rende evidente l'ammissibilità della sovrapposizione del piano della gara (verifica dei requisiti) con l'istituto del subappalto, di natura esecutiva.

Si innesta in tale contesto la decisione dell'Adunanza plenaria, resa proprio in tema di subappalto necessario, in base alla quale *“l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria, neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all'art.107, comma 2, d.P.R.”* (Ad. plen. 2 novembre 2015 n. 9).

Rispetto a detta decisione è rilevante quanto statuito dalla Corte di giustizia sul subappalto, laddove si legge che *“il subappalto costituisce solo una delle modalità mediante le quali un operatore economico può avvalersi delle capacità di altri soggetti”*, precisando che *“l'articolo 63, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un offerente sia escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto per il motivo che non ha designato il subappaltatore al quale intende affidare l'esecuzione di obblighi risultanti da*

normative speciali applicabili alle attività connesse all'appalto di cui trattasi e non previste nei documenti di gara, ove tale offerente abbia precisato nella sua offerta che esso eseguirà tali obblighi facendo affidamento sulle capacità di un altro soggetto senza tuttavia essere vincolato a quest'ultimo da un contratto di subappalto” (Cgue, sez. III, 26 gennaio 2023, C-403/21).

In tale contesto, a fronte della funzione proconcorrenziale, le esigenze di affidabilità dell'affidatario dei lavori e di massima partecipazione alla gara sono temperate assicurando che le qualificazioni relative alle lavorazioni prevalenti siano in possesso dall'offerente e verificate dalla stazione appaltante in sede di gara.

Sicché, se è ammissibile il subappalto necessario con riferimento alle categorie scorporabili, esso presuppone, proprio al fine di assicurare l'affidabilità professionale dell'operatore economico, che quest'ultimo sia abilitato per i lavori di categoria prevalente.

In tale prospettiva è chiamato subappalto qualificatorio o necessario quello che serve a colmare il *deficit* di qualificazione del concorrente a eseguire le lavorazioni scorporabili, non le prestazioni lavorative prevalenti.

9.4. Nel caso di specie (...) è deficitaria della qualificazione SOA per la categoria prevalente, avendo disposto il subappalto avverso altra impresa.

Senonché, non integrando per le motivazioni esposte i requisiti del subappalto necessario, nei termini sopra illustrati, si riespande la regola generale, in base alla quale il concorrente deve essere in possesso dei requisiti per partecipare alla gara (senza poter fare ricorso al subappalto necessario).

9.5. Rimane da valutare l'impatto sulla suddetta conclusione del fatto che la gara qui controversa ha ad oggetto un appalto misto.

Il Tar ha ritenuto determinante, al fine di ritenere infondata la censura, il fatto che l'appalto *“prevede in misura minoritaria l'esecuzione di lavori per un importo totale di Euro 1.591.200,00, di cui Euro 900.000,00 rientranti nella categoria OS 14 (impianti di smaltimento e recupero rifiuti) ed euro 582.000,00 rientranti invece nella categoria OG 1 (edifici*

civili e industriali)”, sicché i lavori incidono nella misura totale del 24,20% sull’intero appalto e quelli rientranti nella categoria SOA OS14, oggetto di contestazione, costituiscono “solo” il 14,70% dell’importo complessivo dell’appalto stesso. Ne è derivata l’infondatezza della censura con la quale parte ricorrente, qui appellante, ha dedotto che *“la Commissione avrebbe inoltre illegittimamente consentito alla (...) di subappaltare i lavori della categoria prevalente, non possedendo la società la classifica SOA per la OS 14”* (così la pronuncia gravata).

9.6. La disciplina dell’appalto misto non può essere interpretata nel senso fatto proprio dal primo giudice.

9.7. In base all’art. 14 comma 18 del d. lgs. n. 36 del 2023 *“L’operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi e forniture prevista dal contratto”*.

Pertanto, (anche) nei contratti misti, l’operatore economico deve possedere i requisiti di qualificazione per tutte le prestazioni oggetto del contratto, singolarmente intese.

Detta disposizione, come già l’art. 28 comma 1 ultimo periodo del d. lgs. n. 50 del 2016, non si avvale, per i requisiti di qualificazione, del criterio della prevalenza del regime giuridico. Piuttosto la disciplina considera singolarmente le singole prestazioni (potendolo fare, dal momento che non è impraticabile detta prospettiva) e richiede il possesso dei requisiti con riferimento ad ogni prestazione. In tale prospettiva i regimi giuridici delle singole prestazioni convivono, non dando prevalenza alla prestazione principale.

Per quanto riguarda i requisiti di partecipazione, pertanto, gli operatori economici debbono essere in possesso delle qualificazioni necessarie per ogni prestazione da rendere, siano esse di servizi o di lavori e indipendentemente dalla rilevanza di dette prestazioni rispetto al complessivo oggetto dell’appalto.

La scelta del legislatore è quella di garantire la professionalità necessaria per ogni

prestazione che deve essere eseguita, senza commistioni fra la disciplina delle singole prestazioni.

Detto regime convive con la previsione della prevalenza della prestazione principale al fine di determinare le regole di aggiudicazione.

In base allo stesso comma 18 dell'art. 14 del d. lgs. n. 36 del 2023 (così come anche nell'art. 28 comma 1 del d. lgs. n. 50 del 2016) *“I contratti che hanno per oggetto due o più tipi di prestazioni sono aggiudicati secondo le disposizioni applicabili al tipo di appalto che ne costituisce l'oggetto principale”*. In tal senso risulta confermata la scelta del diritto Ue, in base al quale *“le norme applicabili dovrebbero essere determinate in funzione dell'oggetto principale dell'appalto”* (considerando 11 e art. 3 della direttiva n. 2014/24/UE), posto che *“qualora un contratto contenga sia elementi riguardanti un appalto pubblico di lavori sia elementi riguardanti un altro tipo di appalto pubblico, è l'oggetto principale del contratto a determinare quale direttiva comunitaria in materia di appalti pubblici debba in linea di principio essere applicata”* (Cgue, sez. II, 21 febbraio 2008, C-412/04)

La prevalenza del regime proprio della prestazione principale al fine di determinare le modalità di aggiudicazione si deve innanzitutto all'impossibilità di fare altrimenti, a fronte di una procedura unica (essendo impraticabile una diversa scelta, che dia luogo alla combinazione di più regimi procedurali, a seconda della prestazione).

Le diverse conclusioni sopra raggiunte con riferimento ai requisiti di qualificazione richiesti per ogni singola prestazione oggetto del contratto in gara non contrastano con l'impostazione delle norme eurounitarie, cui si conformano le disposizioni nazionali.

Esse, da un lato, prevedono che *“le norme applicabili dovrebbero essere determinate in funzione dell'oggetto principale dell'appalto”* (considerando 11 e art. 3 della direttiva n. 2014/24/UE) e, dall'altro lato, prevedono in generale che l'operatore economico, per partecipare alla gara, *“soddisfa i pertinenti criteri di selezione definiti a norma dell'articolo 58”*, cioè i requisiti di qualificazione.

9.8. Pertanto, negli appalti misti il concorrente deve essere qualificato per ogni

prestazione contemplata dall'oggetto del contratto stesso, e quindi anche per le prestazioni di lavori, a prescindere dalla preponderanza, o meno, di detta prestazione rispetto all'attività di servizi (rilevante invece per individuare la procedura applicabile). In termini si è pronunciata la giurisprudenza rispetto alla disciplina recata dal d. lgs. n. 50 del 2016 (Cons. St., sez. V, 8 novembre 2021 n. 7417 e sez. V, 13 luglio 2020 n. 4501).

Del resto, si esprime in tal senso anche la legge di gara (non impugnata, né censurata sul punto), laddove, come illustrato sopra, richiede le qualificazioni SOA anzidette con specifico riferimento alle prestazioni di lavori (l'attestato di qualificazione SOA è richiesto per documentare *“il possesso della qualificazione per i lavori oggetto dell'appalto”* dall'art. 8.3 lett. a) del disciplinare).

Una volta ritenuto che il concorrente debba essere qualificato per ogni prestazione oggetto dell'appalto misto, la verifica dei requisiti va compiuta nel rispetto delle prescrizioni di gara e della disciplina di settore relativa a ogni prestazione, così dovendosi applicare la disciplina del subappalto necessario nei termini previsti per le prestazioni di lavori dalla normativa e soprarichiamati.

Pertanto, rispetto alle due prestazioni lavorative oggetto del contratto in gara, euro 900.000,00 rientranti nella categoria OS 14 (impianti di smaltimento e recupero rifiuti) ed euro 582.000,00 rientranti invece nella categoria OG 1 (edifici civili e industriali), l'offerente deve essere in possesso dei relativi requisiti di partecipazione, potendo fare ricorso al subappalto necessario nei termini anzidetti, e quindi non per la categoria prevalente di lavori.

9.9. Pertanto il motivo è fondato, dal momento che (...) non è in possesso del requisito di qualificazione per i lavori rientranti nella categoria OS 14 (impianti di smaltimento e recupero rifiuti).

10. Tanto basta per ritenere fondato l'appello e, in riforma della sentenza impugnata, accogliere la domanda demolitoria annullando il provvedimento di aggiudicazione, assorbita ogni altra censura e questione.

10.1. A tale riguardo è utile comunque approfondire la nozione di servizi analoghi. La nozione di servizi analoghi si pone al crocevia di due esigenze, l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato, tipico della prospettiva tradizionalmente contabilistica, volta ad attribuire alla gara la funzione di selezionare il contraente più affidabile, e il principio concorrenziale della massima partecipazione alle gare pubbliche.

Il confronto fra le due prospettive alle quali risponde la disciplina della contrattualistica pubblica, le esigenze dell'Amministrazione quale centro dispesa, che ha interesse a spendere nel modo più efficiente possibile le proprie risorse e a ottenere la migliore prestazione, e le esigenze di implementare il mercato interno ponendo regole di concorrenza per il mercato (appunto le regole delle gare pubbliche), permea l'intera disciplina della contrattualistica pubblica ma viene in evidenza soprattutto (ma non solo, come visto) nell'ambito della normativa interna allo Stato membro, in ragione dell'attribuzione delle competenze.

La prospettiva dell'Unione europea è infatti quella del mercato interno e della concorrenza: essa non dispone di una competenza generale ma agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri (art. 5 comma 2 TUE). Fra dette competenze rientra la competenza esclusiva in materia di concorrenza (art. 3 TFUE) e la competenza concorrente in materia di mercato interno (art. 2 TFUE).

E' quindi nella prospettiva dell'implementazione della concorrenza e del mercato interno che si muove, e si può muovere, l'Unione europea, laddove i profili dell'ordinamento civile, del sistema penale e dell'organizzazione dello Stato e della finanza pubblica rimangono invece riservati allo Stato membro.

Le direttive del 2014 (n. 2014/23/UE, n. 2014/24/UE e n. 2014/25/UE) consolidano il *trend* già inaugurato in passato, volto a perseguire una dimensione di politica economica (*rectius* di creazione del mercato interno) degli appalti pubblici (in senso economico, ambientale e sociale).

Al contempo, però, in esse si rinviene il richiamo alla nozione, tipica della disciplina nazionale di stampo contabilistico, di accrescimento dell’*“efficienza della spesa pubblica”* e di *“uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici”* (considerando 2 della direttiva n. 2014/24/UE) e di moralità degli attori del mercato (considerando 100 e art. 57 della direttiva n. 2014/24/UE).

Del resto, le esigenze dell’erario governano innanzitutto la principale scelta dell’Amministrazione, quella di stipulare il contratto e di destinare delle risorse all’operazione: su di essa, non a caso, non intervengono le direttive, che danno piuttosto per presupposto detta decisione. Non è ammissibile infatti, per il nostro ordinamento, che un contratto sia stipulato al solo fine di implementare la concorrenza ma senza che vi sia un reale bisogno pubblico.

Una volta presa detta decisione le modalità di attribuzione della commessa sono disciplinate tenendo conto degli obiettivi posti dalle direttive Ue che, pur rispettando e richiamando le esigenze contabilistiche, sono volte ad assicurare l’apertura del mercato.

Con specifico riferimento ai criteri di selezione di cui all’art. 59 della direttiva n. 2014/24/UE, all’amministrazione *“è stato riconosciuto dal legislatore dell’Unione un ampio potere discrezionale nella determinazione di tali criteri”*, così attribuendo allo Stato membro l’autonomia per assicurare l’affidabilità dell’affidatario (*“l’amministrazione aggiudicatrice valuta liberamente i requisiti di partecipazione che ritiene idonei, dal suo punto di vista, ad assicurare, in particolare, l’esecuzione di detto appalto a un livello qualitativo che essa considera adeguato”*). Nondimeno sono posti, in funzione proconcorrenziale, alcuni limiti a detto potere di autoregolamentazione, la necessità che i requisiti di qualificazione siano *“attinenti e proporzionati all’oggetto dell’appalto in questione”* (Cgue, sez. I, 7 settembre 2023, C-601/21).

In particolare, la Corte di giustizia ha affermato che detti requisiti devono essere *“limitati a quelli adeguati per assicurare che un candidato o un offerente abbia la capacità giuridica e finanziaria e le competenze tecniche e professionali necessarie per eseguire l’appalto da*

aggiudicare”. Nel contempo essi devono “*essere attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto*”. E ciò anche in ragione del fatto che l'amministrazione non deve concepire la procedura di appalto “*con l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione di tale direttiva o di limitare artificialmente la concorrenza, allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici*” (Cgue, sez. VIII, 31 marzo 2022 n. 195/21).

E' in tale prospettiva eurounitaria che si collocano le previsioni del d. lgs. n. 36 del 2023.

Da un lato, l'art. 3 del d. lgs. n. del 2023 prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, e proporzionalità.

Dall'altro lato, l'art. 100 comma 11 del d. lgs. n. 36 del 2023 statuisce che le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati.

Il punto di equilibrio fra le due esigenze è espresso, nel rispetto delle disposizioni della direttiva, nell'art. 10 comma 3 del d. lgs. n. 36 del 2023, in base al quale le stazioni appaltanti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, purché “*attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto*” e tenendo comunque presente “*l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese*”.

La nozione di servizi analoghi, e non identici, è volta a contemperare l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato con il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche.

I requisiti di esperienza in servizi analoghi sono quindi funzionali a filtrare l'ingresso in gara dei concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico, in modo da garantire le esigenze di affidabilità della commessa pubblica.

La richiesta di esperienza in servizi analoghi non è invece funzionale, considerata la sopra richiamata prospettiva proconcorrenziale delle direttive, alla creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato.

Del resto, come visto, una volta presa la decisione di acquisire la commessa all'esterno, le modalità di attribuzione della stessa sono disciplinate tenendo conto degli obiettivi posti dalle direttive Ue che, pur rispettando e richiamando le esigenze contabilistiche, sono volte ad assicurare l'apertura del mercato.

Infatti la funzione proconcorrenziale è tanto rilevante da prevalere anche su esigenze di affidabilità: si pensi al fatto che non risulta direttamente rilevante in sede di indizione di gara la posizione del contraente uscente (che sia risultato particolarmente affidabile) e che, anche negli appalti di importo inferiore alla soglia eurounitaria, vige il principio di rotazione (art. 49 del d.lgs. n. 36 del 2023).

Il requisito esperienziale della professionalità acquisita in servizi analoghi mira quindi all'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità sulla base dell'esperienza pregressa.

Pertanto, nel caso in cui il bando di gara imponga il possesso del requisito del fatturato specifico relativo a precedenti servizi analoghi all'oggetto dell'appalto le precedenti esperienze utili alla dimostrazione del requisito della capacità tecnico-professionale devono essere collegate secondo un criterio di analogia o inerenza ma non è richiesta l'identità con le prestazioni oggetto dell'appalto in gara (Cons. St., sez. V, 22 aprile 2025 n. 3458).

L'esigenza di non creare ostacoli all'apertura del mercato compendia quindi un'interpretazione del requisito esperienziale dell'avvenuta acquisizione di

professionalità in servizi analoghi che favorisca la partecipazione, e ciò tantopiù se il mercato di riferimento vede confrontarsi pochi operatori.

Del resto, rispetto all'esigenza di apertura del mercato, si inquadra l'orientamento giurisprudenziale che stabilisce la generale regola interpretativa della legge di gara, secondo il quale *“l'interpretazione della lex specialis di gara deve essere condotta secondo criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, in modo da escludere soluzioni interpretative eccessivamente restrittive e con un effetto sostanzialmente anticoncorrenziale, e ciò in omaggio al pacifico insegnamento della giurisprudenza che impone, in caso di dubbi esegetici, la soluzione che consenta la massima partecipazione alla gara”* (Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2024 n. 1510).

In un tale contesto l'analogia fra i servizi nei quali è stata acquisita esperienza da parte dell'operatore economico e i servizi oggetto di gara deve essere valutata considerando plurimi aspetti, quali le prestazioni concretamente rese, la similitudine, anche parziale, delle stesse, la rilevanza, anche in termini di perizia richiesta, il settore di appartenenza, la funzione svolta dalle prestazioni e ogni altro profilo dal quale possa desumersi l'acquisizione di un'esperienza che, seppur non identica, assicuri l'affidabilità professionale del concorrente, così da escludere l'analogia nel caso in cui non si riscontrino profili di similitudine o comunanza e considerando comunque anche il mercato di riferimento e le caratteristiche dello stesso in termini di situazione concorrenziale.

Ne deriva che non può non essere tenuto in considerazione nel caso di specie che l'ambito cimiteriale è contraddistinto da regole peculiari, che lo individuano come settore specifico, accomunato da regole proprie, principalmente contenute nel d.P.R. 10 settembre 1990 n. 285, il cui art. 52, contenuto fra le disposizioni generali sul servizio dei cimiteri (capo IX), elenca i seguenti servizi, le inumazioni, le tumulazioni, le cremazioni e qualsiasi variazione avvenuta in seguito a esumazione, estumulazione, cremazione, trasporto di cadaveri o di ceneri, delle quali il responsabile del servizio, *“per ogni cadavere ricevuto, ritira e conserva presso di sé l'autorizzazione”* e *“iscrive giornalmente sopra apposito registro vidimato dal sindaco in doppio*

esemplare”.

Nel contratto di servizio i “servizi cimiteriali” sono definiti come “*tutte le attività che, in generale, sono riconducibili al corretto funzionamento dei cimiteri*” (art. 2 lettera g) e la “gestione dei cimiteri e svolgimento dei servizi cimiteriali” sono qualificati come “*attività propedeutiche e consequenziali alle operazioni cimiteriali (inumanazione, esumazione, tumulazione, estumulazione, cremazione, dispersione delle ceneri e affidamento dell’urna cineraria, etc.)*” (art. 2 lettera m).

Ne deriva che i servizi cimiteriali sono accomunati dal riguardare le *modalità di trattamento delle salme*. In tale contesto non può che essere valorizzata la parziale similitudine fra le attività da compiere, oltre che la situazione del mercato di riferimento.

11. Deve a questo punto essere esaminata la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto già stipulato e di subentro nello stesso dell’appellante, proposta con il ricorso in appello. Nello specifico parte appellante ha chiesto di “*dichiarare la caducazione e l’inefficacia del contratto di appalto stipulato tra (...) ed (...) in data 31 dicembre 2024 e disporre il subentro dell’odierna ricorrente nel contratto e nella sua esecuzione*”.

Risulta determinante per la decisione sull’inefficacia del contratto e sul subentro la valutazione della sussistenza dei presupposti della declaratoria di inefficacia del contratto ai sensi dell’art. 122 c.p.a. “*tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell’effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l’aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto*”.

Il disciplinare prevede che “*La durata dell’appalto è pari a 36 (trentasei) mesi, decorrenti dalla sottoscrizione del Contratto e/o dalla data di inizio delle attività per ragioni di urgenza, ai sensi dell’art. 17, comma 8, del D.lgs. n. 36/2023*” (art. 4).

Dagli atti risulta che il contratto è stato stipulato il 31 dicembre 2024.

Nel medesimo si legge che i 36 mesi decorrono “*dalla data di sottoscrizione e, comunque, fino al corretto adempimento di tutte le prestazioni oggetto di affidamento*”, con la precisazione che “*il contratto cesserà comunque di produrre effetti, anche anticipatamente*

rispetto al termine finale, una volta esaurito il valore massimo stabilito nel precedente articolo” (art. 3).

11.1. Quanto allo stato di esecuzione si rileva che:

- a seguito di sopralluogo e interlocuzioni fra i soggetti coinvolti, (...), in data 2 gennaio 2025, ha autorizzato (...) a *“iniziare senza indugio a ripristinare gli impianti”*, per superare le carenze manutentive relative ai depositi refrigerati, agli impianti antiincendio, agli impianti elettrici, oltre a ripristinare e sostituire le parti danneggiate della linea di cremazione (provvedendo entro la fine del mese), così come indicati nell’ordine di servizio n. 1 del 2025;
- in data 7 gennaio 2025 (...) ha autorizzato (...) a mettere in sicurezza i rifiuti e i materiali di risulta chiedendone l’attuazione entro tempi brevissimi (ordine di servizio n. 2 del 2025);
- (...) ha dichiarato, con memoria depositata il 16 giugno 2025 (e depositando perizia del 12 giugno 2025), di avere svolto il servizio di cremazione e di avere *“dato avvio con pieno successo al programma di manutenzioni ordinarie e straordinarie dell’intero impianto, ponendo in essere anche una serie di migliorie, peraltro non contemplate nel contratto di appalto, a tutto vantaggio della efficienza del servizio e dell’utenza finale del servizio”*;
- (...) ha dato atto, con memoria 16 settembre 2025, che (...) ha svolto il servizio di cremazione e che, *“a titolo meramente esemplificativo, si segnala che l’aggiudicataria ha già provveduto a: - rigenerare a regola d’arte tutte le celle frigorifero; - ridipingere l’intero edificio dell’impianto e impermeabilizzare i tetti; - installare una propria gru di notevoli dimensioni per la manutenzione dei forni e delle strutture; - implementare un moderno sistema di gestione del processo tramite dispositivi palmari; - curare la manutenzione del Giardino dei Ricordi”*. n. 2);

11.2. Lo stato di esecuzione del contratto consente quindi di ritenere possibile il subentro nello stesso da parte di parte appellante, così sussistendo i presupposti per la declaratoria di inefficacia del contratto già stipulato ai sensi dell’art. 122. c.p.a. e di conseguente subentro.

8. Il Collegio dichiara pertanto inefficace, ai sensi dell'art. 122 c.p.c., il contratto già stipulato da (...) con (...) e fissa la decorrenza dell'inefficacia a far data dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione della presente decisione.

Entro tale arco temporale la stazione appaltante procederà alle verifiche di legge nei confronti del raggruppamento composto dalle società appellanti e, in caso di esito positivo, all'aggiudicazione della gara e alla stipulazione del contratto, curando le operazioni di subentro nello stesso.

In ogni caso, ivi compreso il ritardo nel completamento dei suddetti adempimenti oltre il trentesimo giorno ovvero l'impossibilità di aggiudicare a parte appellante per esito negativo delle verifiche di legge, il contratto stipulato perde efficacia alla suddetta data, e le eventuali prestazioni urgenti potranno essere assicurate con le modalità consentite dall'ordinamento vigente.

Sono fatte salve le azioni che le parti vorranno eventualmente intraprendere per tutelare le proprie ragioni in caso di passati, presenti o futuri inadempimenti contrattuali.

11.3. Questo Giudice amministrativo, oltre a determinare la decorrenza della perdita di efficacia dell'originario contratto, può anche disporre che il 'secondo aggiudicatario' effettui soltanto le prestazioni non ancora eseguite per il periodo contrattuale 'residuo' dell'affidamento, oppure che il nuovo rapporto abbia la medesima durata (oltre che gli stessi contenuti) di quello originario, quale risultante dalla disciplina di gara, quando si tratti di un contratto ad esecuzione continuata o periodica. Ciò in quanto, nel consentire il "*subentro nel contratto*", gli articoli 122 e 124 non si sono riferiti alla 'successione' nel contratto e nel rapporto contrattuale, nello stato di esecuzione in cui si trova, ma hanno consentito al giudice amministrativo di valutare gli interessi pubblici coinvolti e le circostanze del caso concreto, prevedendo anche l'ultrattività degli effetti del contratto (ormai caducatosi a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione) e disponendo che il 'secondo aggiudicatario' sia sostituito a quello 'originario' quale contraente, con la

stipula di un contratto sostitutivo del precedente, che consenta l'esecuzione della prestazione indicata nell'offerta (Ad. plen 15 luglio 2025 n. 9).

11.4. Nel caso di specie, considerando i lavori svolti e il tempo residuo rispetto al termine finale di esecuzione, il subentro va disposto con riferimento alle prestazioni di servizi e alle eventuali prestazioni di lavori non comprese nelle attività già svolte, che esauriscono l'interesse di (...) in tal senso, per come regolamentato in contratto (con le correlate conseguenze in punto di corrispettivo).

Al fine di determinare dette ultime prestazioni di lavoro (...) redigerà un verbale nello stesso termine di trenta giorni previsto per il subentro.

11.5. Il termine finale ha una durata pari a quella stabilita nel contratto originario, quindi di 36 mesi, ma non comprende le prestazioni (di lavori) già svolte e da non replicare in base al contratto.

12. In conclusione, assorbita ogni altra censura, il Collegio accoglie l'appello nei termini esposti l'appello e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata:

- accoglie la domanda impugnatoria e annulla il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto;
- dichiara inefficace, in applicazione e in forza dell'art. 122 c.p.a., il contratto stipulato a seguito dell'illegittima aggiudicazione a far data dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione della presente decisione e, a far tempo dalla stessa data, dispone il subentro del raggruppamento formato da (...) s.r.l., da (...) s.r.l e da (...) s.p.a., previa verifica positiva dei requisiti di detto raggruppamento.

La complessità della lite giustifica la compensazione delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata:

- accoglie la domanda impugnatoria proposta in primo grado e annulla il provvedimento di aggiudicazione;
- dichiara inefficace, in applicazione e in forza dell'art. 122 c.p.a., il contratto stipulato a seguito dell'illegittima aggiudicazione a far data dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione della presente decisione e, a far tempo dalla stessa data, dispone il subentro del raggruppamento formato da (...) s.r.l., da (...) s.r.l e da (...) s.p.a., previa verifica positiva dei requisiti di detto raggruppamento;
- compensa le spese dei due gradi di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2025 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO