Divieto di soccorso istruttorio sulla dichiarazione negativa di subappalto necessario: il rigore del Consiglio di Stato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici

di Federico Taggiasco

Data di pubblicazione: 10-11-2026

I. *Il subappaltato cd. qualificante, comunemente noto come subappalto necessario, costituisce lo strumento tipico attraverso il quale l'operatore economico che partecipa ad una procedura di affidamento può dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione necessari per l'esecuzione di determinate lavorazioni, pur non disponendo della relativa qualificazione. L'istituto in esame assume un rilievo particolare nelle procedure di gara caratterizzate dalla presenza di lavorazioni appartenenti a categorie specialistiche o a qualificazione obbligatoria. La sua più intima funzione è quella di consentire la partecipazione alla procedura di gara anche a quell'operatore che, pur possedendo i requisiti per l'esecuzione delle prestazioni principali, necessitano di un ausilio da parte di un soggetto qualificato per le lavorazioni specifiche. Dal punto di vista funzionale, l'istituto in esame si attesta tra quegli strumenti volti a favorire la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, garantendo parimenti che l'esecuzione avvenga nel rispetto dei requisiti tecnici richiesta dalla normativa di settore.*

II. *Il soccorso istruttorio rappresenta l'istituto per il cui tramite l'ordinamento mira a bilanciare il principio del favor partecipationis con l'esigenza di assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa; il d.lgs. 36/2023 all'art. 101 attribuisce alla stazione appaltante il potere di chiedere all'operatore informazioni, chiarimenti o integrazioni documentali. L'istituto risponde all'esigenza di evitare che mere irregolarità formali possano determinare l'esclusione del concorrente dalla procedura di affidamento allorquando, senza alterare il contenuto dell'offerta, risultino sanabili. Tuttavia, il soccorso istruttorio incontra un limite invalicabile: non può tradursi in uno strumento tramite cui l'operatore modifichi elementi essenziali della sua offerta o si doti successivamente di requisiti sostanziali mancanti ex ante*

III. *L'art. 10 d.lgs. 36/2023 mira ad impedire alla stazione appaltante di introdurre discrezionalmente ulteriori ipotesi di esclusione dalla procedura di affidamento; la ratio della norma risiede nella necessità di assicurare certezza del diritto, prevedibilità delle conseguenze giuridiche e parità di trattamento tra i concorrenti. Il principio di tassatività costituisce una fondamentale garanzia per l'operatore economico, in particolare assume rilievo nel rapporto tra la disciplina normativa dei requisisti di partecipazione e le prescrizioni contenute nella lex specialis, imponendo all'amministrazione di interpretare le clausole di gara in conformità della normativa primaria.*

IV. *Le procedure di evidenza pubblica sono governate da una pluralità di principi che concorrono a orientare l'attività delle stazioni appaltanti, assicurando il buon andamento della procedura selettiva. Tra questi principi assume particolare rilievo la par condicio competitorum, il quale deve essere contemperato con il principio del*

risultato di cui l'art. 1 d.lgs. 36/2023, il quale impone all'amministrazione di perseguire l'affidamento e l'esecuzione del contratto con la massima tempestività. Tuttavia, è utile segnalare, anche alla luce della più recente giurisprudenza che il suddetto principio non legittima deroghe alle regole della competizione ma al contrario richiede di essere letto e interpretato in armonia con i principi cardine del diritto amministrativo, tra i quali legalità, trasparenza e parità di trattamento.

Guida alla lettura

Con la **sentenza del 31 marzo 2026, n. 2635**, la Terza Sezione del Consiglio di Stato è intervenuta su uno dei temi più controversi e dibattuti del diritto dei contratti pubblici: il **confine applicativo tra il soccorso istruttorio e i requisisti di partecipazione nelle procedure di affidamento**, con specifico riferimento al **subappalto necessario** (o **cd. qualificante**).

La pronuncia in esame offre un **chiaro spartiacque interpretativo nell'architettura del nuovo codice dei contratti pubblici** (d.lgs. 36/2023), avendo cura di precisare che **il principio del risultato, unitamente alla tempestività dell'azione amministrativa, non possano tradursi in una dequotazione dei principi su cui si posano le regole di gara quale ad esempio la *par condicio competitorum* o il *favor partecipationis***.

La vicenda prende le mosse dall'affidamento di un appalto integrato, avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori in cui la disciplina di gara richiedeva esplicitamente il possesso di requisiti di qualificazione speciale, comprensivi di alcune categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria.

L'operatore economico, aggiudicatario della commessa, risultava privo della necessaria attestazione SOA, richiesta per una di tali categorie scorporabili. Ciononostante, in sede di compilazione del Documento di Gara Unico Europeo (DGUE), il concorrente aveva sbarrato in modo chiaro e inequivocabile la casella corrispondente alla volontà di non fare ricorso al subappalto cd. necessario.

La Stazione Appaltante, accortasi dell'evidente carenza documentale e del mancato possesso del requisito speciale richiesto all'impresa, faceva ricorso alla procedura di soccorso istruttorio; pertanto l'amministrazione consentiva al ricorrente di produrre una dichiarazione integrativa *ex post* con la quale si potesse sanare la lacuna strutturale originaria, idonea appunto a manifestare l'intenzione di ricorrere al subappalto "necessario" (cd. qualificante).

Il provvedimento di aggiudicazione veniva impugnato dal secondo classificato dinanzi al T.A.R Toscana, il quale respingeva il ricorso sul presupposto che il divieto di soccorso istruttorio non potesse operare in presenza di clausole espulsive non espressamente tipizzate e che occorresse garantire il *favor partecipationis* alla luce del novello principio del risultato.

Il Consiglio di Stato, investito dal gravame in appello, ribalta la decisione di prime cure, fissando **coordinate dogmatico-interpretative di massimo rilievo e novità, riguardanti il *limen* tra la regolarizzazione documentale e il ricorso alla procedura di soccorso**

istruttorio.

Il cuore dell'impianto motivazionale della Sentenza del Consiglio di Stato, oggetto di disamina, risiede nell'esigenza di fissare una **netta linea di demarcazione funzionale e morfologica tra due istituti**, ancorché disciplinati nel medesimo alveo normativo (art. 119 d.lgs. 36/2023), profondamente distanti: il subappalto cd. facoltativo (da un lato) e il subappalto cd. qualificante (dall'altro).

Il **subappalto ordinario o facoltativo**, rispondendo a **scelte discrezionali, gestionali, organizzative ed economiche dell'impresa concorrente**, lambisce le sole ipotesi in cui il concorrente sia in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia alle sole ipotesi in cui il subappalto rappresenti una **mera facoltà e non la via necessitata per la partecipazione alla gara**. Al contrario, il ricorso al **subappalto qualificante** rappresenta **una delle modalità di attestazione dei requisiti richiesti ai fini della partecipazione di gara**; alla luce di queste considerazioni si comprende la scelta lapidaria e rigorosa del Consiglio di Stato di evidenziare che la mancata dichiarazione di volontà, da parte del concorrente, di fare ricorso al subappalto necessario, non possa costituire in via successiva oggetto di soccorso istruttorio. Per le ragioni sopra esposte, la volontà di ricorrere all'istituto del subappalto qualificante deve essere espressa al momento di redazione della Documento di Gara Unico Europeo, a pena di esclusione dalla gara. In questo scenario, **il subappalto qualificante assolve ad una funzione analoga a quella dell'avvalimento**, fungendo da "**titolo di legittimazione**" **per l'ingresso e la permanenza nella procedura selettiva**.

È di particolare interesse l'analisi condotta dal Consiglio di Stato sul coordinamento operativo tra la disciplina del subappalto e quella del soccorso istruttorio (art. 101 d.lgs. 36/2023); i Giudici di Palazzo Spada evidenziano come il soccorso istruttorio sia uno strumento preordinato all'esclusiva sanatoria di omissioni documentali e vizi di natura formale, va da se che nel caso di specie, la compilazione del DGUE con sbarramento sul "NO" all'opzione del subappalto, non rifletteva alcuna oscurità o ambiguità interpretativa, non trattandosi di mero errore materiale involontario bensì di **esplicita manifestazione di volontà inequivoca**; pertanto, **consentire all'impresa di modificare radicalmente il segno della propria dichiarazione in un momento successivo alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte**, non si traduce nella scelta di "soccorrere" un documento affetto da ambiguità ma di **accordare la facoltà all'impresa medesima di riformulare gli assetti strutturali dell'offerta, modificandola radicalmente nella sua sostanza**. Premesso che **il soccorso istruttorio non si innesta come "rete di sicurezza" postuma volta a sanare errori strategici o valutativi compiuti dell'operatore economico in sede di pianificazione dell'offerta**, la tesi del Collegio rafforza il **principio di autoresponsabilità del concorrente**: chi partecipa ad una gara ha l'onere di operare un vaglio preventivo circa la sussistenza dei requisiti richiesti nel bando di gara e sulle proprie capacità tecniche. Al fine di evitare un erroneo accesso alla procedura di soccorso istruttorio, l'operatore economico, nell'ipotesi in cui non sia in possesso dei requisiti previsti dalla normativa, ha onere di indicare gli strumenti giuridici volti a supplire le eventuali carenze tecniche. La questione riguarda un principio importante del diritto dei contratti pubblici: la **distinzione tra carenza dei requisiti di qualificazione SOA e la possibilità di ricorrere a strumenti giuridici alternativi** per

dimostrare il possesso dei requisiti essenziali per la partecipazione alla gara. Il possesso della SOA non è un semplice adempimento documentale ma rappresenta un **requisito speciale di qualificazione, necessario per dimostrare la sussistenza dei requisiti tecnici richiesti**; l'impresa che è carente ha l'onere, come in precedenza detto, di fare indicazione di strumenti quali l'avvalimento, raggruppamento temporaneo di imprese o il subappalto necessario.

Un elemento nodale nell'economia della pronuncia risulta essere la necessaria esigenza di bilanciamento tra due principi cardine del codice: la ***par condicio competitorum*** e il **principio del risultato**. I Giudici di Palazzo Spada rifuggono dall'idea che nel tentativo di valorizzare il principio del risultato, si debba privilegiare un'azione amministrativa orientata al tempestivo affidamento e alla conservazione di offerte economicamente più vantaggiose rispetto ad un rigido formalismo escludente.

Se si ammettesse la sanabilità postuma si verrebbe a creare un'ingiustificata asimmetria tra l'operatore economico inadempiente, al quale verrebbe concessa dalla stazione appaltante la facoltà di rimediare alla mancanza di requisiti SOA obbligatori, **e gli altri concorrenti**, i quali prima della scadenza del termine hanno regolarmente strutturato le proprie alleanze economiche, sostenendone i costi e oneri procedurali.

La questione merita di essere letta alla luce del **nuovo principio del risultato** di cui l'**art. 1 del d.lgs. 36/2023** in combinato disposto con il **principio della *par condicio*** di cui l'**art. 3**. Pertanto, quest'ultimo, non può concepirsi come "clausola in bianco", idonea a legittimare la violazione di altri principi di gara.

I Giudici del Supremo Consesso circoscrivono l'operatività delle cause di esclusione di cui l'art. 10 d.lgs. 36/2023, soffermandosi sul principio di tassatività di quest'ultime, chiarendo che il divieto di introdurre sanzioni non codificate attiene a ragioni di ordine generale o a adempimenti formali privi di consistenza materiale. Laddove la legge prevede espressamente requisiti tecnici, quali sono ad esempio il possesso di certificazioni SOA, la sanzione dell'esclusione dalla gara non deriva da un'arbitraria introduzione della sanzione di estromissione da parte della Stazione appaltante ma è una diretta e automatica conseguenza del difetto di capacità esecutiva del concorrente. In questa sede, pertanto, gioca un **ruolo premiale il principio della tassatività delle clausole di esclusione**: il mancato possesso dei requisiti e la successiva estromissione dell'operatore economico che, carente di qualificazioni necessarie, non abbia dichiarato la volontà di fare ricorso al subappalto necessario, risponde ad una logica di tutela della Stazione appaltante stessa al fine di assicurare che l'affidatario sia capace di adempiere all'esecuzione delle prestazioni contrattuali.

In coda alla complessa motivazione in diritto, la Terza Sezione del Consiglio di Stato trae le conseguenze ripristinatorie del vizio accertato: la procedura di gara afferiva a finanziamenti legati al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e lo stato di avanzamento dei lavori, nelle more del giudizio di appello, risultava in fase di completamento; il Consiglio di Stato - facendo ricorso alle disposizione speciali volte a garantire la continuità di esecuzione delle opere pubbliche indifferibili- ha categoricamente escluso la possibilità di disporre il subentro del concorrente pretermesso e, a fonte dell'impossibilità di conseguire l'aggiudicazione in

forma specifica, ha condannato l'amministrazione al risarcimento per equivalente.

È proprio in questo passaggio dell'impianto motivazionale della decisione in esame che si comprende il senso della scelta del Supremo Consesso; **l'erronea attivazione del soccorso istruttorio può determinare un gravoso impatto economico per la Pubblica Amministrazione, trasformando una scelta procedimentale** - apparentemente improntata al pragmatismo e all'esigenza di tempestività della azione amministrativa - **in una fonte di responsabilità patrimoniale per l'ente**.

Venendo a concludere, la Sentenza n. 2635/2026 si inserisce in un filone giurisprudenziale rigoroso a cui fa eco un'altra pronuncia coeva (Sez. V, n. 4579/2026), orientate a **"blindare" la fase dell'ammissione e della qualificazione dei concorrenti**; la decisione traccia una linea di confine nitida e invalicabile: il DGUE non è un mero canovaccio modificabile a piacimento, ma l'atto solenne di stabilizzazione soggettiva del concorrente.

Per gli operatori economici, l'insegnamento pratico che deriva dalla pronuncia è netto: **la compilazione delle dichiarazioni di gara esige il massimo grado di perizia e accuratezza e l'erronea negazione della volontà di subappaltare, laddove l'impresa difetti dei requisiti in proprio, determina l'irrimediabile fuoriuscita dalla procedura selettiva, senza che alcuna forma di soccorso istruttorio o di richiamo al principio del risultato, possano assolvere a tardiva sanatoria**.

Pubblicato il 31/03/2026

N. 02635/2026REG.PROV.COLL.

N. 04778/2025 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4778 del 2025, proposto da

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione

alla procedura CIG -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco

Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Salute, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria

ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Azienda Usl Toscana Centro, in persona del legale rappresentante *pro*

tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Paola Bertoncini, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza) n. 900/2025, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Salute e dell’Azienda Usl Toscana Centro;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 gennaio 2026 il Cons. Raffaello Scarpato e udito per le parti il difensore dell’Azienda Usl Toscana Centro;

Viste le conclusioni delle parti come in atti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il -OMISSIS-. (di qui in poi -OMISSIS-, ovvero -OMISSIS- appellante), ha impugnato, dinanzi al T.a.r. per la Toscana, l’aggiudicazione della procedura ristretta per “*l'affidamento dell’appalto integrato avente ad*

oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori, per

l’intervento di restauro e recupero funzionale dell’edificio -OMISSIS- per la

sede del Dipartimento -OMISSIS- nel complesso di -OMISSIS- ii Firenze",

disposta dall’ Azienda USL Toscana Centro in favore della -OMISSIS-. (di

qui in poi -OMISSIS-), finanziata dal PNC al PNRR.

2. Il ricorrente ha lamentato la mancata esclusione dell'aggiudicataria, la quale non aveva reso nel DGUE le dichiarazioni relative al subappalto necessario per la categoria di lavori OS28, violando apposita disposizione del Disciplinare di gara (art. 8), prevista a pena di esclusione, venendo ciononostante ammessa al soccorso istruttorio dalla stazione appaltante, in

violazione dell'autovincolo imposto dalla *lex specialis* di gara.

Inoltre, il ricorrente ha censurato il giudizio di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria, poiché viziato dalla sottostima dei costi del personale, che avrebbe dovuto comportare l'esclusione di -OMISSIS- dalla procedura di gara.

3. Con la sentenza in questa sede impugnata il T.a.r. ha respinto il ricorso.

3.1. In relazione al primo ordine di censure, il T.a.r. ha ritenuto che, pur

avendo l'aggiudicataria reso nel proprio DGUE una dichiarazione non conforme alla clausola recata dall'art. 8 del Disciplinare di gara (ed alla corrispondente formula di cui all'art. 3.2 del medesimo Disciplinare), la stazione appaltante aveva correttamente ammesso l'offerente al soccorso istruttorio, disapplicando la clausola escludente perché affetta da nullità per violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione, ai sensi dell'art. 10, comma 2, del D.lgs. n. 36/2023.

3.2. Il T.a.r. ha poi respinto anche il secondo motivo di ricorso, rilevando che l'aggiudicataria aveva correttamente dichiarato l'applicazione del CCNL di settore per tutte le maestranze e che il giudizio di congruità, espresso dalla stazione appaltante sui costi del personale, non poteva ritenersi illogico o abnorme.

4. -OMISSIS- ha impugnato la decisione affidando il proprio gravame ai seguenti articolati motivi.

4.1. L'appellante ha premesso che le categorie SOA prescritte dalla *lex*

specialis di gara includevano – oltre alla categoria prevalente OG2 (per un

importo di € 2.480.144,09, corrispondente alla classifica IV) – anche la

categoria OS28 per un valore di € 291.245,72 (classifica I), per la quale la

-OMISSIS- era priva di attestazione SOA, non essendo allo stesso tempo

qualificata in OG11 per importi sufficienti ad “assorbire” anche il valore

delle opere in OS28. Pertanto, -OMISSIS- aveva dichiarato di subappaltare

il 100% delle lavorazioni categoria OS28, senza ulteriori specificazioni, così

contravvenendo al combinato disposto degli articoli 8 e 3.2 del Disciplinare

di gara.

Tanto avrebbe dovuto imporre, nella prospettiva dell'appellante, l'esclusione di -OMISSIS- dalla procedura di gara, mentre la stazione appaltante le aveva consentito di sanare la propria dichiarazione, a seguito dell'illegittimo esercizio del soccorso istruttorio; peraltro, anche a seguito dei tale ulteriore possibilità, -OMISSIS- non aveva regolarizzato la propria posizione, essendosi limitata ad attestare il suo impegno a subappaltare: "

il

100% nonché l'intero importo, pari ad euro 484.683,57 ad impresa

qualificata le lavorazioni ricadenti nella categoria OS28 (impianti termici e di

condizionamento)", senza precisare se il subappalto delle lavorazioni in

categoria OS28 avesse o meno natura “necessaria” o “qualificante”, come

invece richiesto dal disciplinare di gara.

4.2. Sulla scorta di tali premesse, -OMISSIS- appellante ha censurato la contraddittorietà della sentenza impugnata, nella parte in cui il T.a.r. per la Toscana aveva dapprima correttamente ritenuto l'offerta di -OMISSIS-

violativa della *lex specialis* (essendosi la società limitata a dichiarare il

subappalto dei lavori per la categoria scorporabile OS28 nella misura del

100% delle lavorazioni, senza precisare alcunché circa il carattere

necessario o facoltativo del subappalto), per poi privare di rilevanza tale

riscontro, ritenendo che le clausole di gara (le quali imponevano alle

imprese partecipanti di dichiarare a pena di esclusione nel DGUE il ricorso

al subappalto qualificante, senza possibilità di fare applicazione del

soccorso istruttorio), fossero nulle per violazione del principio di tassatività

delle clausole di esclusione di cui all’art. 10, comma 2, del d. lgs. n.

36/2023, e, come tali, da ritenersi non apposte.

4.3. Inoltre, -OMISSIS- appellante ha dedotto l’erroneità del richiamo alla sanzione della nullità di cui all’articolo 10, comma 2, del D.lgs. n. 36/2023, in quanto applicabile unicamente ai requisiti “generali” (o “morali”) di ammissione alle pubbliche gare, ulteriori rispetto a quelli stabiliti dagli articoli 94 e 95 del medesimo Codice, ma non al possesso di requisiti speciali di carattere economico finanziario e tecnico-professionale (com’è la qualificazione SOA in categoria OS28).

L’eventuale illegittimità delle previsioni della

lex specialis che concernono il

possesso tali ultimi requisiti, ha concluso l’appellante, risulterebbe

ascrivibile alla categoria dell’annullabilità e non a quella della nullità, con

conseguente onere di tempestiva impugnazione, nel caso di specie mai

avvenuta, nemmeno in via incidentale.

4.5. Ancora, -OMISSIS- appellante ha dedotto che, anche dopo l'attivazione del soccorso istruttorio, la -OMISSIS-, nella sua dichiarazione integrativa, aveva nuovamente mancato di precisare se il subappalto delle lavorazioni in categoria OS28 avesse natura "necessaria" o "qualificante", circostanza della quale né la stazione appaltante, né il T.a.r. si erano avveduti; così come, nella medesima dichiarazione, la -OMISSIS- aveva dichiarato l'intenzione di subappaltare le lavorazioni in OS30 ed OS3 "

nei

limiti consentiti dalla vigente normativa" ossia nella misura del 100%,

contrariamente a quanto precedentemente asserito nel DGUE, nel quale il

ricorso al subappalto era stato dichiarato nei limiti del 30% del valore.

4.6. Sulla scorta di tali motivi, l'appellante ha chiesto la condanna dell'Azienda USL Toscana Centro al ristoro per equivalente economico dei danni subiti, in termini di mancato utile, quantificato nella somma complessiva di € 136.506,25, oltre al danno curricolare, per € 44.435,79, ed al danno emergente.

In subordine, l'appellante ha chiesto la condanna dell'Azienda Usl Toscana Centro al risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 34, comma 4, c.p.a., sulla base di criteri di quantificazione da individuare a cura del Collegio.

5. Si sono costituiti il Ministero della Salute e l'Azienza Usl Toscana Centro, chiedendo la reiezione dell'appello, con integrale conferma della sentenza impugnata.

6. All’udienza pubblica dal 8 gennaio 2025 l’appello è stato trattenuto in decisione.

7. L’appello è fondato, entro i seguenti limiti.

8. E’ necessario richiamare le disposizioni della *lex specialis* di gara che

concernono la qualificazione degli operatori economici e la loro ammissione

alla procedura di gara.

8.1. Ai sensi dell’art. 3.2 del Disciplinare di gara, l’appalto si compone delle seguenti categorie di lavorazioni:

-Restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela (cat. OG2 prevalente), con subappalto ammesso in misura inferiore al 50%;

-Impianti idrico-sanitario, cucine, lavanderie (cat. OS3 scorporabile), con subappalto ammesso nella misura del 100%;

-Impianti termici e di condizionamento (cat. OS28 scorporabile), con subappalto ammesso nella misura del 100%;

-Impianti interni elettrici, telefonici e radiotelefonici (cat. OS30 scorporabile), con subappalto ammesso nella misura del 100%.

In relazione alle categorie indentificate come “scorporabili” (OS3, OS28 E OS 30), il Disciplinare ha ammesso il subappalto in favore di imprese in possesso di idonea qualificazione, mentre in relazione alla categoria “prevalente” (OG2) lo ha ammesso nella misura massima del 50%.

Il medesimo articolo del Disciplinare ha poi precisato che “*in base al*

principio dell'assorbenza delle categorie speciali OS3, OS28 e OS30 in

quella generale OG11, l'operatore economico in possesso

dell’attestazione SOA per la categoria OG11, può eseguire le lavorazioni di

cui alle categorie OS3, OS28 e OS30, purché la classifica posseduta sia

tale da coprire la somma degli importi delle lavorazioni riconducibili alle

citate categorie "assorbibili" indicate dal presente Disciplinare. Le

lavorazioni di cui alla categorie scorporabili sono a qualificazione

obbligatoria e pertanto NON possono essere eseguite direttamente

dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria

prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni. Come meglio

illustrato al successivo paragrafo 6, qualora il concorrente singolo non

possieda la qualificazione in tali categorie scorporabili (o non le possieda

per l’intero importo, per classifica insufficiente) - e non intenda costituire un

RTI con altro operatore economico qualificato, ovvero ricorrere

all'avvalimento (eccetto che nei casi in cui esso sia vietato) – dovrà

ricorrere obbligatoriamente al subappalto delle stesse (c.d. "subappalto

qualificante") ad imprese in possesso della relativa qualificazione,

coprendo i requisiti mancanti con la categoria prevalente: si precisa che in

tale caso la dichiarazione di subappalto deve essere resa nel DGUE a pena

di esclusione, nella presente Fase 1 di prequalifica."

8.2. La previsione è stata ribadita ed ulteriormente chiarita dal successivo

art. 6.4 del Disciplinare, il quale ha previsto che "*il concorrente potrà*

qualificarsi, alternativamente, mediante il possesso dei requisiti economico -

finanziari e tecnico – organizzativi relativi alla categoria prevalente per

l'importo totale dei lavori, oppure dei requisiti relativi alla categoria

prevalente e alle singole categorie scorporabili per i rispettivi importi, e

quindi, alternativamente, tramite: 1) attestazione SOA nella categoria

prevalente OG2 per l'importo totale dei lavori (classifica IV-bis o superiore),

con obbligo di subappalto necessario (qualificante) per le categorie

scorporabili a qualificazione obbligatoria non possedute dal concorrente; 2)

attestazione SOA nella categoria prevalente OG2 in classifica IV e nelle

singole categorie scorporabili indicate alla tabella 2 del precedente

paragrafo 3 (SOA in OS3 - classifica I o possesso requisiti ex art. 28

dell’Allegato II.12 al Codice, SOA in OS28 - classifica I con beneficio del

1/5 della classifica ai sensi dell'art. 2 dell'Allegato II.12 al Codice, SOA in

OS30 - classifica II).”

8.3. La medesima disposizione ha poi ulteriormente precisato i rapporti tra le diverse categorie di lavorazioni, prevedendo che l’operatore economico in possesso dell’attestazione SOA per la categoria OG11 potesse eseguire le lavorazioni di cui alle categorie OS3, OS28 e OS30, purché la classifica posseduta fosse tale da coprire la somma degli importi delle lavorazioni riconducibili alle citate categorie “assorbibili”, ribadendo che “

Nel caso di

ricorso al subappalto qualificante, il concorrente dovrà rendere specifica

dichiarazione nell’ambito del DGUE nella quale si obbliga a subappaltare la

quota della categoria scorporabile per la quale non è qualificato. In

alternativa al subappalto qualificante, il concorrente potrà costituire un RTI

con altro operatore economico qualificato, oppure ricorrere all'avvalimento,

se ammesso."

8.4. Ancora, il successivo art. 8 del Disciplinare ha previsto che, qualora il concorrente non fosse risultato in possesso di adeguati requisiti di qualificazione per le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria OS3, OS28 e OS30 e non avesse inteso costituire un RTI con altro operatore economico qualificato, ovvero ricorrere all'avvalimento, la mancata espressione della volontà di ricorso per le suddette categorie scorporabili al subappalto qualificante avrebbe comportato la sua esclusione dalla gara, onerando pertanto il concorrente di indicare nel DGUE i lavori o le prestazioni che lo stesso intendesse subappaltare, precisando che in mancanza di tali indicazioni il successivo subappalto sarebbe stato vietato.

8.5. Infine il Disciplinare ha esplicitato apposite "

precisazioni su subappalto

“ordinario o facoltativo” e subappalto “necessario o qualificante”, chiarendo

quanto segue:

"*Il ricorso al subappalto c.d. "ordinario" o "facoltativo" riveste carattere*

meramente eventuale e facoltativo, rispondendo a scelte discrezionali,

organizzative ed economiche dell'impresa concorrente ed è limitato alle

sole ipotesi in cui il concorrente sia in possesso delle qualificazioni

necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto

dell’appalto, ossia alle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti

per lui una facoltà e non la via necessitata per partecipare alla gara. Al

contrario, il ricorso al subappalto c.d. "necessario" o "qualificante"

rappresenta, invece, una delle modalità di attestazione dei requisiti richiesti

per la partecipazione alla gara, laddove la volontà di far ricorso a tale

istituto si renda necessario a causa del mancato autonomo possesso, da

parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione richiesti dalla

lex specialis in riferimento alle "categorie scorporabile a qualificazione

obbligatoria". Nel caso in cui il concorrente intenda ricorrere ad entrambe le

suddette tipologie di subappalto, dovrà espressamente indicare nella

sezione D della parte II del DGUE le lavorazioni oggetto di subappalto, la

categoria di riferimento e la relativa quota percentuale, specificando per

ciascuna di esse se trattasi di subappalto c.d. “ordinario” o “facoltativo”

ovvero di subappalto c.d. “necessario” o “qualificante” . Nel rispetto del

principio della «par condicio competitorum», si evidenzia inoltre che la

mancata dichiarazione della volontà di far ricorso al subappalto c.d.

“necessario” o “qualificante” non può essere oggetto di soccorso

istruttorio, una volta che la Stazione Appaltante abbia accertato la carenza

dei requisiti di partecipazione da parte del concorrente. Pertanto, la volontà

di ricorrere al subappalto c.d. "necessario" o "qualificante" per sopperire

alla mancanza dei requisiti di partecipazione, deve essere espressamente

dichiarata dal concorrente nel D.G.U.E, pena l'esclusione dalla gara."

8.6. All'istituto del soccorso istruttorio è stato poi dedicato l'art. 13 del Disciplinare di gara, il quale, per quel che in questa sede interessa, ha

disposto che "*Con la procedura di soccorso istruttorio di cui all'articolo 101*

del Codice possono essere sanate le carenze della documentazione

trasmessa con la domanda di partecipazione, ma non quelle della

documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica da

presentare nella successiva Fase 2. Con la medesima procedura può

essere sanata ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di

partecipazione e di ogni altro documento richiesto per la partecipazione alla

procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone

l'offerta tecnica e l'offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, le

inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del

concorrente.

A titolo esemplificativo, si chiarisce che:

• il mancato possesso dei prescritti requisiti di partecipazione non è sanabile mediante soccorso istruttorio ed è causa di esclusione dalla procedura di gara (a mero titolo esemplificativo, non è sanabile, ed è causa

di esclusione, la mancata espressione in gara della volontà di ricorso al subappalto qualificante, in quanto trattasi di requisito di partecipazione);

• *l'omessa o incompleta nonché irregolare presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione e ogni altra mancanza, incompletezza o irregolarità della domanda, sono sanabili, ad eccezione delle false dichiarazioni;*"

9. Dal chiaro tenore letterale del Disciplinare di gara, mai impugnato, nemmeno in via incidentale, emerge, dunque, che le lavorazioni rientranti nella categoria OS28, scorporabili e subappaltabili al 100% ad imprese in possesso di idonea certificazione, sono classificate "

a qualificazione

obbligatoria" e, pertanto, non possono essere eseguite direttamente

dall’affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria

prevalente, se privo delle relative ed adeguate qualificazioni. Qualora,

pertanto, il concorrente singolo non possieda la qualificazione in tale

categoria (o non le possieda per l’intero importo, per classifica insufficiente

e non intenda costituire un RTI con altro operatore economico qualificato,

ovvero ricorrere all’avvalimento), lo stesso deve ricorrere

obbligatoriamente al subappalto (c.d. “qualificante”) ad imprese in

possesso della relativa qualificazione, dichiarandolo espressamente nel

DGUE a pena di esclusione.

Nel caso di ricorso al subappalto qualificante, il concorrente è dunque chiaramente onerato di rendere specifica dichiarazione nell'ambito del DGUE, obbligandosi a subappaltare la quota della categoria scorporabile per la quale non è qualificato, pena la sua esclusione dalla gara e senza possibilità per la stazione appaltante di fare ricorso all'istituto del soccorso istruttorio (trattandosi di un requisito di partecipazione).

10. -OMISSIS- ha dichiarato nel DGUE il possesso dell'attestazione SOA OG2 classe IV- bis e SOA OG11 classe II, rappresentando di voler subappaltare "

OG2-OS3 (OG11) – OS30 (OG11) nei limiti del 30%

dell'importo contrattuale e le lavorazioni in categoria OS28 al 100%".

11. La stazione appaltante ha rilevato che l'operatore economico non aveva specificato la natura del subappalto in relazione alla categoria scorporabile OS28, come richiesto al par. 8 del Disciplinare di gara, tenuto conto che la certificazione SOA allegata dal concorrente, in corso di validità, dimostrava il possesso della categoria OG2 classe IV BIS e OG 11 classe II (con la quale lo stesso intendeva coprire i requisiti richiesti per le categorie OS3 e OS30) ed ha ammesso il concorrente al soccorso istruttorio.

12. -OMISSIS- ha conseguentemente rappresentato: "

di voler subappaltare

le lavorazioni ricadenti nella categoria OG2 (Restauro e manutenzione dei

beni immobili sottoposti a tutela, OS3(OG11) (Impianti idrico-sanitario,

cucine, lavanderie) (OG11), OS30 (OG11) (Impianti interni elettrici,

telefonici e radiotelefonici) NEI LIMITI CONSENTITI DALLA VIGENTE

NORMATIVA, Inoltre, SI OBBLIGA a subappaltare il 100% nonché l'intero

importo, pari ad euro 484.683,57 ad impresa qualificata le lavorazioni

ricadenti nella categoria OS28 (impianti termici e di condizionamento)".

13. La richiesta di chiarimenti della stazione appaltante ha integrato un'ipotesi di soccorso istruttorio, vietata dal Disciplinare di gara, avendo l'Amministrazione consentito all'offerente di esplicitare solo in un secondo momento (dopo la presentazione del proprio DGUE), la volontà di fare ricorso al subappalto qualificante in relazione alla categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria OS28, non posseduta, in aperta violazione degli obblighi e dei divieti previsti dal Disciplinare di gara.

14. -OMISSIS- ha pertanto evidentemente contravvenuto alle previsioni del Disciplinare.

15. La società ha infatti allegato all'istanza di partecipazione la certificazione SOA n.109704, attestante il possesso, tra le altre, della categoria OG2 Classe IV-BIS e OG11 Classe II, dichiarando nel proprio DGUE di voler subappaltare nella misura del 30% OG2 - OS3 (OG11) -

OS30 (OG11) e nella misura del 100% OS28.

16.Come si evince dal DGUE presentato da -OMISSIS-, la SOA OG2 in Classe IV-BIS ha dunque riguardato la categoria prevalente, mentre la SOA OG11 Classe II è stata spesa per coprire le categorie scorporabili OS3 e OS30: in relazione a tali categorie, per le quali la società ha dimostrato di essere qualificata, la stessa ha ritenuto di dover fare ricorso al subappalto nella misura del 30%. In relazione alla categoria OS28, per la quale invece -OMISSIS- risultava sprovvista della qualifica, la stessa ha dichiarato il ricorso al subappalto nella misura del 100%.

17. Alla luce delle disposizioni del Disciplinare, come sopra richiamate e non impugnate, la SOA OG2 Classe IV-BIS non poteva essere utilizzata per coprire anche altre categorie, poiché le lavorazioni di cui alla categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria (OS3, OS 30 e OS28) non potevano essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, richiedendo pertanto un subappalto qualificante (con i connessi oneri dichiarativi), mentre la SOA OG11 classe II consentiva di coprire anche OS3 e OS30, sulla base del medesimo Disciplinare, abilitando in ogni caso l'operatore a fare ricorso ad un subappalto facoltativo.

18. -OMISSIS- non ha dichiarato espressamente, nel DGUE, che il subappalto delle lavorazioni in categoria OS28 doveva ritenersi un subappalto qualificante, a differenza del subappalto dichiarato in relazione alle categorie OS3 e OS 28 (per le quali la società doveva invece ritenersi qualificata, possedendo la qualifica per la categoria assorbente OG11).

Solo a seguito del soccorso istruttorio disposto dalla stazione appaltante -OMISSIS- ha dichiarato "

di voler subappaltare le lavorazioni ricadenti nella

categoria OG2 (Restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a

tutela, OS3(OG11) (Impianti idrico-sanitario, cucine, lavanderie) (OG11),

OS30 (OG11) (Impianti interni elettrici, telefonici e radiotelefonici) NEI

LIMITI CONSENTITI DALLA VIGENTE NORMATIVA", facendo

evidentemente riferimento ad un subappalto facoltativo, cui l’operatore,

stante il possesso del requisito, era libero di fare ricorso. L’offerente, nella

seconda parte della dichiarazione, (“*Inoltre, SI OBBLIGA a subappaltare il*

100% nonché l'intero importo, pari ad euro 484.683,57 ad impresa

qualificata le lavorazioni ricadenti nella categoria OS28 (impianti termici e di

condizionamento)", si è poi obbligato a subappaltare le lavorazioni in cat.

OS28 ad altro operatore, in ragione della mancanza della relativa qualifica e

dalla impossibilità di spendere la qualifica SOA OG2 anche per la categoria

OS28, avendo peraltro la società già utilizzato la qualifica in categoria

assorbente OG11 solo per le categorie OS3 e OS30, mediante un

subappalto di natura verosimilmente necessaria o qualificante.

19. La fattispecie ricade pertanto nella previsione del disciplinare secondo

cui “*Nel caso in cui il concorrente intenda ricorrere ad entrambe le suddette*

tipologie di subappalto (c.d. “ordinario” o “facoltativo” e c.d. “necessario”

o “qualificante”) , dovrà espressamente indicare nella sezione D della parte

II del DGUE le lavorazioni oggetto di subappalto, la categoria di riferimento

e la relativa quota percentuale, specificando per ciascuna di esse se trattasi

di subappalto c.d. “ordinario” o “facoltativo” ovvero di subappalto c.d.

“necessario” o “qualificante” . Nel rispetto del principio della «par condicio

competitorum», si evidenzia inoltre che la mancata dichiarazione della

volontà di far ricorso al subappalto c.d. “necessario” o “qualificante” non

può essere oggetto di soccorso istruttorio, una volta che la Stazione

Appaltante abbia accertato la carenza dei requisiti di partecipazione da

parte del concorrente. Pertanto, la volontà di ricorrere al subappalto c.d.

“necessario” o “qualificante” per sopperire alla mancanza dei requisiti di

partecipazione, deve essere espressamente dichiarata dal concorrente nel

D.G.U.E, pena l'esclusione dalla gara".

20. Pertanto, la stazione appaltante ha contravvenuto a quanto previsto dal Disciplinare di gara, ammettendo al soccorso istruttorio -OMISSIS-, consentendole di dichiarare solo in un secondo momento la natura qualificante del subappalto delle lavorazioni in categoria OS28.

21. La decisione dell'Amministrazione di ammettere -OMISSIS- al soccorso istruttorio risulta pertanto illegittima, non potendosi ritenere affetta da nullità la clausola del bando che precludeva tale possibilità in caso di omessa dichiarazione sulla natura qualificante del subappalto. Parimenti illegittima risulta la successiva decisione di considerare valida l'offerta di -OMISSIS- a seguito dei chiarimenti proposti a seguito del soccorso istruttorio, avendo l'operatore sostanzialmente modificato la propria precedente dichiarazione, non solo in relazione alla natura qualificante del subappalto delle lavorazioni in cat. OS28, ma anche alla percentuale di subappalto delle lavorazioni in cat. OS3 e OS30, passato dal 30% (percentuale dichiarata

nel DGUE) ai “*limiti consentiti dall’attuale normativa*” (pari al 100%), indicati

nella risposta alla richiesta di soccorso istruttorio.

22. -OMISSIS- non risultava infatti qualificata per la categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria OS28 e, ricorrendo per questa categoria di lavorazioni all'istituto del subappalto, non ha esplicitato la natura qualificante dello stesso, provvedendovi solo a seguito dell'attivazione del

soccorso istruttorio, così introducendo *ex post* un presupposto sostanziale

dell’offerta, idoneo a mutare in maniera determinante la posizione del

concorrente ai fini dell’ammissione, modificando, peraltro, anche le

percentuali di subappalto (facoltativo) dichiarate nel DGUE in relazione alle

lavorazioni in cat. OS3 e OS30.

23. Per quanto concerne le lavorazioni in cat. OS 28, la questione afferisce al tema del cd. subappalto qualificante che ricorre allorquando un concorrente, privo del requisito di gara, è tenuto a dare espressa indicazione della volontà di ricorrere al subappalto per qualificarsi.

23.1. Questa particolare tipologia di subappalto si discosta nettamente dal cd. subappalto facoltativo, che si sostanzia nella mera esternazione di volontà dell'operatore - in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto - di voler affidare ad altri la fase esecutiva del contratto.

Nella dichiarazione di subappalto "necessario", invece, viene in rilievo una delle modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione, che non tollera di suo il ricorso a formule generiche o comunque predisposte ad altri fini, pena la violazione dei principi di

par condicio e di

trasparenza che permeano le gare pubbliche (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 1°

luglio 2022, n. 549; id, 31 marzo 2022, n. 2365 e 29 dicembre 2022, n.

11596).

Conseguentemente, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è ferma nell’affermare che la mancata dichiarazione del concorrente partecipante ad una procedura di evidenza pubblica, della volontà di far ricorso al subappalto c.d. necessario, non può essere oggetto di soccorso istruttorio (Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596).

In altri termini, con la dichiarazione di subappalto “necessario” “

il

concorrente non si limita […] a far riserva della possibilità di eseguire una

parte dei lavori tramite subappaltatore, ma vuol far valere i requisiti di

quest'ultimo al fine di soddisfare le previsioni partecipative contenute nella

lex specialis, su cui la stazione appaltante è chiamata a svolgere tutte le

verifiche funzionali (anzitutto) alla gara". Ne deriva che in tal caso

l’indicazione del ricorso al subappalto ai fini dell’integrazione dei requisiti

di gara "*configura una vera e propria manifestazione di volontà da parte*

dell'operatore, che incide sulla stessa conformazione funzionale del

concorrente e sulla correlata modulazione dei requisiti, anche ai fini della

corrispondente verifica da parte dell'amministrazione. Il che si pone del

resto in coerenza con i principi in base ai quali - in particolare, ai fini

dell'integrazione dei requisiti nell'ambito dei Rti - non è l'astratto

possesso del requisito ad assumere rilievo in sé, bensì la concreta spendita

di questo da parte del concorrente, non passibile di modifiche

successivamente alla presentazione delle domande” (cfr. Cons. Stato, Ad.

plen., 27 marzo 2019, n. 6; cfr. anche Sez. V, 23 aprile 2020, n. 2591; id.,

31 luglio 2019, n. 5427). Conseguentemente, “*la mera dichiarazione di voler*

far ricorso al subappalto non può determinare di per sé l'impiego e la

spendita di detto subappalto al fine d'integrare i requisiti di gara" (così,

Cons. Stato, Sez. V, 13 agosto 2020, n. 5030).

23.2. Come correttamente rilevato dall' appellante, che la dichiarazione di subappalto resa da -OMISSIS- non potesse che riferirsi al solo subappalto "facoltativo" è dimostrato dalla stessa conformazione strutturale della dichiarazione contenuta nel DGUE, nella quale il concorrente ha barrato la

casella "*NO*" alla domanda "*L'operatore economico fa affidamento sulle*

capacità di altri soggetti per soddisfare i criteri di selezione della parte IV e

rispettare i criteri e le regole (eventuali) della parte V?" e poi, subito sotto,

ha fornito le indicazioni in merito alla volontà di subappaltare come sopra

richiamate (30% di OG2 - OS3 (OG11) - OS30 (OG11) e 100% di OS28)

compilando il quadro “*D*”, rubricato “*INFORMAZIONI SUI*

SUBAPPALTATORI SULLE CUI CAPACITA' L'OPERATORE

ECONOMICO NON FA AFFIDAMENTO”.

23.3. Risulta pertanto evidente che la dichiarazione di subappalto effettuata da -OMISSIS- nel DGUE aveva la sostanza e la forma di una dichiarazione di subappalto facoltativo.

23.4. Solo a seguito dell’attivazione del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante -OMISSIS- ha dichiarato di obbligarsi a subappaltare le lavorazioni rientranti in cat. OS28 “

ad impresa qualificata", così

modificando in senso sostanziale la propria offerta.

23.5. La dichiarazione contenuta nel DGUE di -OMISSIS- quanto al subappalto, era, pertanto, non meramente incompleta, bensì inammissibile, e non era pertanto ravvisabile in capo alla stazione appaltante alcun obbligo di far ricorso al soccorso istruttorio.

23.6. Il soccorso istruttorio, per come presidiato e limitato dalla lettera dell'art. 101 del D.lgs. n. 36/2023, ha come finalità quella di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, e non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte; in particolare, deve ritenersi escluso il soccorso istruttorio avente a oggetto "carenze strutturali" dell'offerta tecnica – quale quella di cui si discute – giacché tali lacune, riflettendo una carenza essenziale dell'offerta che refluisce nell'incertezza assoluta o nell'indeterminatezza del suo contenuto, non

sono suscettibili come tali né di soccorso istruttorio né di un intervento suppletivo del giudice (tra tante, Cons. Stato, Sez. III, 21 marzo 2022, n. 2003; id., 19 agosto 2020, n. 5140; Sez. V, 13 febbraio 2019, n. 1030; id., 22 ottobre 2018, n. 6005). Pertanto, qualsiasi richiesta di chiarimenti in sede di soccorso istruttorio non può ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto, salvo appunto il caso in cui essi siano indispensabili per chiarire il contenuto dell'offerta o per rettificare un errore manifesto e sempre che non comportino modifiche tali da costituire, in realtà, una nuova offerta (così, Cons. Stato, Sez. IV, 28 novembre 2025, n. 9388).

23.7. Non può pertanto essere condivisa l'affermazione del T.a.r. secondo cui, la stazione appaltante, rilevata la genericità della ridetta dichiarazione di -OMISSIS-, aveva correttamente esercitato il potere di soccorso istruttorio, disapplicando la clausola della *lex specialis* che non consentiva il

ricorso al rimedio al fine di chiarire la natura qualificante del subappalto.

La dichiarazione contenuta nel DGUE di -OMISSIS- in relazione alle lavorazioni in cat. OS28 faceva infatti riferimento ad un subappalto facoltativo, tramutato in subappalto qualificante solo a seguito della richiesta di chiarimenti, nella quale, peraltro, anche le lavorazioni in cat. OS3 e OS30 sono state dichiarate subappaltabili in percentuale diversa e maggiore di quella inizialmente indicata.

23.7. La stazione appaltante non avrebbe potuto dunque disapplicare la clausola escludente prevista dalla

lex specialis di gara, che, contrariamente

a quanto ritenuto dal T.a.r., non può essere ritenuto nulla per violazione

dell’art. 10 c. 2 del D.Lgs. n. 36/2023.

23.8. Quella clausola, infatti, risulta predisposta a presidio della corretta verifica della qualificazione degli operatori partecipanti alla gara, che riverbera i propri effetti nella fase esecutiva del contratto, in ossequio del

principio del buon andamento e del risultato, nonché della *par condicio*

competitorum, corollario del principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost.

Essa, pertanto, non viola il principio di tassatività delle clausole di

esclusione.

L’art. 10 c. 2 cit. (“*Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono*

tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che

prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non

apposte") va infatti letto in combinato disposto con il seguente c. 3 ("*Fermi i*

necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le

stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali,

di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e

proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo 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.”).

Come si evince dalla Relazione di accompagnamento al Codice, in tale comma si è ritenuto di inserire, accanto al principio di tassatività, quello di eterointegrazione dei bandi e delle lettere di invito, alla luce delle riflessioni emerse nell’elaborazione giurisprudenziale. Detto principio è correlato a quello di tassatività; ove venga in rilievo, infatti, un precetto previsto da una norma imperativa che impone un determinato onere ai partecipanti alla gara, la sua violazione non può che determinare l’esclusione, anche laddove il bando di gara abbia omesso di menzionare la necessità di produrre dichiarazioni o allegazioni “

a pena di esclusione". È necessario,

infatti, che i requisiti indicati e previsti dalle norme imperative siano

osservati dal concorrente a prescindere da una espressa previsione

contenuta nel bando di gara, poiché essi hanno la funzione fondamentale di

soddisfare l’interesse pubblico a che le prestazioni siano rese da soggetti

adeguatamente qualificati.

La giurisprudenza ha poi riconosciuto alle stazioni appaltanti un’ampia discrezionalità nella redazione degli atti di gara, legittimandole ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti, ma sempre a patto che tale scelta non sia eccessivamente ed irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, e risponda, quindi, oltre che alla legalità formale, ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 20 marzo 2020, n. 2004; id., 2 marzo 2020, n. 1484; Sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440) e considerato, inoltre, che le prescrizioni di gara devono essere frutto di una adeguata istruttoria, nonché ragionevoli e proporzionali rispetto all'interesse perseguito dalla stazione appaltante, in modo da contemperare l'interesse pubblico ad ottenere il miglior servizio con il massimo risparmio di spesa, assicurando, nel contempo, la partecipazione alla gara di una pluralità di concorrenti che

consenta all'amministrazione di aggiudicare l'appalto a quella ritenuta più vantaggiosa dopo aver vagliato una molteplicità di offerte (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 novembre 2021, n. 7597).

23.9. Nel caso di specie, il Disciplinare di gara ha correttamente previsto l'obbligo, per i partecipanti, di dimostrare, a pena di esclusione, il possesso delle qualifiche abilitanti all'esecuzione delle lavorazioni oggetto di appalto, con la conseguenza che legittimamente l'Amministrazione avrebbe potuto (e dovuto) escludere il concorrente che ne fosse risultato sprovvisto. Ad ulteriore presidio di tale regola, il medesimo Disciplinare ha limitato la facoltà dell'amministrazione di verificare l'effettiva sussistenza del requisito al momento della presentazione del DGUE, impedendo ai partecipanti di esplicitare il carattere "obbligatorio" del subappalto mediante il ricorso al soccorso istruttorio.

23.10. Tale limitazione, funzionale ad impedire elusioni della *lex specialis* e

dirette a precludere l'ammissione postuma alla gara delle imprese

sprovviste dei requisiti di partecipazione, deve ritenersi legittimamente

apposta e non può ritenersi nulla perché contrastante con l’art. 10 c. 2 del

D.Lgs. n. 26/2023.

A tal riguardo, è necessario precisare che la clausola recepisce l'art. 12 del D.L. n. 47/2014, convertito con modifiche in l. 23 maggio 2014, n. 80, il

quale dispone quanto segue: "*b) 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, OS

2-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, OS 34, OS 35. Le predette lavorazioni sono comunque

subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni".

La norma consente, in ottica concorrenziale, 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 le lavorazioni riconducibili alle predette categorie, se a qualificazione obbligatoria, ad imprese in possesso delle necessarie qualificazioni.

Detta norma, applicabile alla presente procedura di gara, poiché abrogata solo con l'art. 226 c. 3 bis del decreto legislativo 31 dicembre 2024, n. 209 (cd. Correttivo al codice degli appalti, entrato in vigore in data 31 dicembre 2024) è espressione di un principio generale che presidia la fase di attestazione dei requisiti di partecipazione, funzionali al rispetto dei principi della

par condicio e di trasparenza, che permeano le gare pubbliche. Essa,

pertanto, è idonea ad integrare un requisito di partecipazione previsto a

pena di esclusione, perché presidia rilevanti interessi pubblici e non impone

oneri sproporzionati od irragionevoli in capo ai concorrenti.

Al cospetto di una dichiarazione inerente ai requisiti di ordine speciale, come tali idonei a strutturare i termini dell’offerta con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale per le esecuzioni delle prestazioni messe a gara, non è ammissibile, tanto meno in sede processuale, apportare alcun adattamento e/o interpretazione postuma dell’offerta.

La questione non si pone in termini meramente formali (l’inserimento del predicato "facoltativo" o "necessario"), ma investe la sussistenza stessa di elementi idonei a manifestare in modo esplicito e incontrovertibile la volontà di applicare il subappalto per la categoria OS28, a fini di colmare un

deficit

di qualificazione del concorrente ad eseguire le lavorazioni scorporabili a

qualificazione necessaria.

23.11. A ciò deve aggiungersi che anche in relazione alle lavorazioni in cat. OS3 e OS30 l'operatore -OMISSIS- ha sostanzialmente modificato le percentuali di subappalto inizialmente dichiarate, aumentando la relativa percentuale dal 30% al 100% delle lavorazioni.

23.12. In considerazione di tali modifiche sostanziali dell'offerta, la stazione appaltante avrebbe dovuto sicuramente escludere l'offerta di -OMISSIS-.

23.13. Né, in senso contrario, possono essere valorizzate le deduzioni formulate, anche nel presente grado di appello, dall'Azienda Usl Toscana Centro, in relazione alla necessaria prevalenza del principio del risultato, che avrebbe dovuto condurre l'Amministrazione, in ogni caso, a ritiene sufficiente, ai fini del subappalto necessario, la compilazione del riquadro del DGUE dedicato al subappalto con indicazione delle categorie e della volontà di subappaltare, senza necessità di dichiarazioni formalmente

distinte.

A tal riguardo, è utile richiamare le osservazioni già formulate da questa Sezione in relazione al rapporto tra il principio del risultato e gli altri principi

che presidiano l'evidenza pubblica (*par condicio competitorum* e

immodificabilità dell’offerta). In particolare, è stato osservato che, sulla

scorta di una eventuale ipostatizzazione del neo-codificato principio del

risultato, ovvero senza raccordarlo con gli inderogabili principi che, come

quello di immodificabilità dell'offerta, permeano il procedimento di

aggiudicazione, nessun baluardo giuridico sarebbe più opponibile alla

pretesa di dimostrare in via postuma (ovvero nel contesto del procedimento

di autotutela eventualmente susseguente a quello di aggiudicazione) i

requisiti di partecipazione, compresi quelli afferenti all'offerta, potendo

l'ammissione dei concorrenti ed il conseguente provvedimento di

aggiudicazione essere sempre rimessi in discussione sulla scorta di

elementi documentali non ritualmente e tempestivamente acquisiti al

procedimento di gara. Pertanto, anche il perseguimento del risultato

dell'azione amministrativa, non può avvenire attraverso il sacrificio degli altri

interessi che vengono in rilievo, quali in primo luogo l'esigenza di tutela

della *par condicio* dei concorrenti, cui è strumentale il possesso dei requisiti

richiesti dalla *lex specialis* fin dal momento della scadenza del termine per

la presentazione delle offerte (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 9 dicembre 2025, n.

9663).

24. Chiarito quanto sopra, può ora passarsi all'esame della domanda risarcitoria.

24.1. Con il ricorso introduttivo del giudizio -OMISSIS- -OMISSIS- aveva avanzato richiesta di risarcimento del danno in forma specifica nella veste di secondo classificato, manifestando la sua disponibilità a subentrare nella titolarità dell'affidamento, non risultando ancora stipulato, in quel momento, il contratto tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario.

Intervenuta la stipula del contratto in data 4 giugno 2025, si è perfezionata la preclusione al risarcimento del danno in forma specifica prevista per gli appalti PNRR dal combinato disposto dell'articolo 48 del D.L. n. 77/2021 e dell'articolo 125 Cod. Proc. Amm., con la conseguenza che l'appellante ha correttamente modificato la propria richiesta risarcitoria, istando affinché il risarcimento dei danni avvenisse per equivalente pecuniario.

24.2. Tale domanda deve essere accolta, entro i seguenti limiti, dovendosi ritenere, per quanto sopra diffusamente argomentato, che la condotta della

stazione appaltante si sia atteggiata in violazione delle regole previste dalla

lex specialis di gara, con conseguente responsabilità risarcitoria

dell’Azienda USL Toscana Centro.

24.3. A tal riguardo, è opportuno evidenziare che la giurisprudenza euro-unitaria ha qualificato come oggettiva la responsabilità della stazione appaltante in relazione al danno ingiusto da mancata aggiudicazione di una commessa pubblica, senza necessità di alcuna ulteriore indagine in punto di colpevolezza (cfr. Corte di Giustizia, 30 settembre 2010, C314/09).

24.4. Può, quindi, passarsi alla selezione delle voci rilevanti ai fini del

quantum debeatur.

24.5 Vanno a tal proposito ribaditi i principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di appalti pubblici (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 12 maggio 2017 n. 2), dai quali questo Collegio non intende discostarsi:

- ai sensi degli artt. 30, 40 e 124, co. 1, cod. proc. amm., il danneggiato

deve offrire la prova del *quantum* del danno che assume di aver sofferto;

- nel caso di mancata aggiudicazione il risarcimento del danno conseguente al lucro cessante si identifica con l'interesse c.d. positivo, che ricomprende sia il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno c.d. curricolare (ovvero il pregiudizio subìto dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto);

- spetta all'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, cod. proc. amm.);

- la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità - o di estrema difficoltà - di una precisa prova sull'ammontare del danno;

- la prova in ordine alla quantificazione del danno può essere raggiunta anche mediante presunzioni (alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'*id quod plerumque accidit* in virtù della regola della "inferenza

probabilistica");

- va esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, sia perché non può essere oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata (non potendo formularsi un giudizio di probabilità fondato

sull'*id quod plerumque accidit* secondo il quale, allegato l'importo a base

d'asta, può presumersi che il danno da lucro cessante del danneggiato sia

commisurabile al 10% del detto importo);

- anche per il c.d. danno curricolare il creditore deve offrire una prova puntuale del nocumento che asserisce di aver subito (il mancato arricchimento del proprio *curriculum* professionale), quantificandolo in una

misura percentuale specifica applicata sulle somme liquidata a titolo di lucro

cessante;

- il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi sulla base che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori ovvero che avrebbe potuto riutilizzarli, usando l'ordinaria diligenza dovuta anche al fine di non concorrere all'aggravamento del danno (art. 1227 cod.

civ.), a titolo di *aliunde perceptum vel percipiendum*.

24.6. Applicando tali principi al caso di specie, si osserva quanto segue.

24.7. Va, innanzitutto, riconosciuto, a titolo di lucro cessante, l'utile che il consorzio appellante avrebbe conseguito in ragione dell'esecuzione del rapporto contrattuale nel quale sarebbe presumibilmente subentrato, in

quanto secondo classificato, qualora l'Amministrazione non avesse illegittimamente aggiudicato la commessa a -OMISSIS-.

24.8. -OMISSIS- appellante, prescindendo da ogni automatismo, ha offerto documentati elementi probatori ai fini della determinazione dell'utile netto conseguibile dall'esecuzione dell'appalto, pari alla differenza tra il prezzo dell'appalto al netto dello sconto (€ 2.754.944,28) e la somma delle voci di costo, che conduce ad un utile atteso di Euro 273.012,50 (pari all'11% del valore della commessa).

Tale stima risulta congrua ed accettabile alla luce del prezzo offerto, della percentuale di ribasso rispetto all'importo a base d'asta e, infine, delle voci di costo indicate riportate dalla società. Rispetto a tale puntuale allegazione (supportata dall'offerta e dai prospetti depositati in giudizio), l'Amministrazione non ha mosso contestazioni specifiche. Pertanto, anche in applicazione del principio di non contestazione enunciato espressamente dall'art. 64, co. 2, cod. proc. amm., tale utile deve ritenersi provato nella misura indicata.

24.9. Sempre in applicazione dei principi sopra richiamati, deve, inoltre, procedersi alla decurtazione del c.d. *aliunde perceptum vel percipiendum*.

Rileva, sotto tale profilo, la circostanza che l’appellante ha ammesso di

aver utilizzato nel frattempo i beni e gli strumenti aziendali - e fra essi anche

quelli che avrebbero dovuto essere destinati all’esecuzione dell’appalto

per cui è causa - per la realizzazione di altri lavori e per la produzione di

altri utili in qualità di titolare di varie commesse in tema di PNRR (ivi

compresa un’aggiudicazione da parte della Azienda Usl Toscana Sud Est,

richiamata dall'Amministrazione nelle proprie memorie). Pertanto, l'utile

ritraibile dall’esecuzione dell’appalto deve essere prudenzialmente ridotto

di un terzo, in applicazione degli articoli 2056 e 1226 c.c., e

conseguentemente stimato nella somma di € 91.004,16.

24.10. Trattandosi di debito di valore derivante da un’azione risarcitoria, il complessivo importo così riconosciuto va incrementato della rivalutazione monetaria, dalla data della stipula del contratto da parte dell'impresa che è risultata illegittimamente aggiudicataria fino a quella di deposito della decisione del giudice del risarcimento, data quest'ultima che costituisce il momento in cui il debito di valore si trasforma in debito di valuta (Cons. Stato, Sez. V, 31 agosto 2017, n. 4136) e degli interessi legali sulla somma di anno in anno rivalutata, fino all’effettivo soddisfo (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 10 luglio 2019, n. 4857).

28.5. Non può invece riconoscersi il c.d. danno curricolare, in quanto anche per il danno curricolare il creditore deve offrire una prova puntuale del nocumento che asserisce di aver subito (il mancato arricchimento del proprio

curriculum professionale), quantificandolo in una misura percentuale

specifica applicata sulla somma liquidata a titolo di lucro cessante e

dimostrando che la mancata aggiudicazione ed esecuzione del servizio ha

precluso di acquisire ulteriori commesse pubbliche (di pari o superiore

rilievo), o specificando quali sarebbero state le negative ricadute della

mancata acquisizione della commessa, in termini di minore capacità

competitiva e reddituale, sulle sue credenziali tecniche e commerciali (si

confronti, a tale ultimo riguardo, Cons. Stato, Sez. VI, 14 novembre 2023,

9755). Nel caso di specie, deve infatti ritenersi che, l'aver conseguito un

arricchimento curricolare in relazione all’affidamento di altri appalti

rientranti nel PNRR, anche da parte della Azienda Usl Toscana Sud Est,

renda la mancata aggiudicazione dell’appalto oggetto di causa non idonea

ad incidere negativamente sulla futura possibilità di conseguire le

commesse economicamente più appetibili e, più in generale, sul

posizionamento dell'impresa nello specifico settore di mercato in cui è

chiamata ad operare (cfr., Cons. Stato, Sez. V, 28 gennaio 2019, n. 689 e 7

novembre 2022, n. 9785).

28.6. In conclusione, l’appello deve essere accolto, nei sensi e nei termini di cui in motivazione, con condanna dell’Azienda Usl Toscana Centro al risarcimento del danno in favore del -OMISSIS- appellante quantificato nella somma complessiva di € 91.004,16 oltre alla rivalutazione monetaria ed agli interessi legali.

28.7. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso del -OMISSIS- -OMISSIS-, condannando l’Azienda Usl Toscana Centro al risarcimento del danno in favore dell’appellante, liquidato nella somma

complessiva di € 91.004,16, oltre alla rivalutazione monetaria ed agli interessi legali, nei termini di cui in motivazione.

Condanna l'Azienda Usl Toscana Centro al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio in favore dell'appellante e le liquida nella somma complessiva di € 5.000,00, oltre accessori di legge. Compensa le spese nei confronti del Ministero della Salute.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare l'appellante e la società appellata.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2026 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere

Raffaello Scarpato, Consigliere, Estensore