

Pubblicato il 06/05/2025

N. 00642/2025 REG.PROV.COLL.
N. 01375/2024 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1375 del 2024, proposto da Geom. -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A015EF6017, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio digitale esclusivo presso l'indirizzo p.e.c. dell'avv. Arturo Cancrini arturo.cancrini@avvocato.pe.it;

contro

Commissario di Governo - Presidente della Regione per il Contrasto al Dissesto Idrogeologico nella Regione Puglia, in persona del Commissario in carica, Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio in carica, Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, in persona del Ministro in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari, domiciliataria *ex lege* in Bari, via Melo, n. 97;

Regione Puglia, Soggetto Attuatore Delegato agli Interventi di Mitigazione

del Rischio Idrogeologico di competenza del Commissario, non costituiti in giudizio;

nei confronti

-OMISSIS-r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonella Martellotta, con domicilio digitale come da registri di giustizia;

per l'annullamento

- del decreto n. 867 del 14 ottobre 2024, comunicato in pari data, con cui il Commissario di Governo - Presidente della Regione per il contrasto al dissesto idrogeologico nella Regione Puglia *ex art.* 10, comma 1, del Decreto legge 24 giugno 2014, n. 91, e art. 7, comma 2, del decreto legge 12 settembre 2014, n. 133, per il tramite del Soggetto Attuatore, ha disposto l'aggiudicazione della procedura aperta per l'affidamento dell'intervento denominato "16IR341/G1 – Intervento di consolidamento e messa in sicurezza dissesto idrogeologico in Via -OMISSIS-", integrante il Lotto n. 2 del "FSC 2014-2020 – Piano Operativo Ambiente – 1° Atto integrativo all'accordo di programma finalizzato alla programmazione e al finanziamento di interventi urgenti e prioritari per la mitigazione del rischio idrogeologico (c.d. Piano Frane) - n. 2 Lotti" in favore della -OMISSIS- a r.l.;

- del provvedimento prot. n. 2398 del 7 novembre 2024, con cui il Commissario di Governo - Presidente della Regione per il contrasto al dissesto idrogeologico nella Regione Puglia *ex art.* 10, comma 1, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 91, e art. 7, comma 2, del decreto legge 12 settembre 2014, n. 133, per il tramite del Soggetto Attuatore delegato agli interventi di mitigazione del rischio idrogeologico di competenza del Commissario, ha rigettato l'istanza di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione in favore della -OMISSIS- a r.l. formalizzata dalla Società ricorrente in data 31 ottobre 2024;

- ove occorra, e per quanto di ragione, della nota del R.U.P. prot. n. 1520 del 9 luglio 2024, recante la proposta di aggiudicazione in favore della -OMISSIS- a r.l.;
- ove occorra, e per quanto di ragione, della nota/atto/provvedimento, di estremi e contenuti non conosciuti, con cui la Stazione appaltante ha domandato alla -OMISSIS- a r.l. di integrare e/o regolarizzare la documentazione amministrativa, oltre a ogni altra nota/atto/provvedimento comunque afferente alla fase di soccorso istruttorio;
- ove occorra, e per quanto di ragione, di tutti i verbali di gara, siccome inviati dalla Commissione con la nota prot. n. 1334 del 20 giugno 2024 indicata nel provvedimento di aggiudicazione, non pubblicati né trasmessi alla Ditta ricorrente e quindi allo stato non conosciuti, con particolare ma non esaustivo riferimento a quelli relativi all'ammissione dell'aggiudicatario e alla decisione di procedere all'attivazione del soccorso istruttorio in suo favore;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti;
- e per la condanna dell'Ente intimato a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati e conseguente aggiudicazione della commessa controversa a favore della Ditta odierna ricorrente;
- con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato con il concorrente illegittimo aggiudicatario e subentro nell'esecuzione del contratto eventualmente stipulato *ex art. 122 Cod. proc. amm.*;
- e con riserva di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario qualora risultasse impossibile la reintegrazione in forma specifica per fatto non imputabile o comunque non dipendente dalla volontà della odierna ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Commissario di Governo - Presidente della Regione per il Contrasto al Dissesto Idrogeologico nella regione Puglia, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica e della società -OMISSIS-r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 marzo 2025 la dott.ssa Maria Luisa Rotondano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con bando allegato al decreto n. 928 del 27 settembre 2023, recante la determina a contrarre, il Commissario di Governo - Presidente della Regione per il contrasto al dissesto idrogeologico nella regione Puglia (in seguito, anche solo Commissario), per il tramite del Soggetto Attuatore, indiceva una procedura aperta ai sensi dell'art. 71 del decreto legislativo n. 36/2023 per l'affidamento dell'intervento denominato "*16IR341/G1 - Intervento di consolidamento e messa in sicurezza dissesto idrogeologico in Via - OMISSIS-*", da eseguirsi nel Comune di San Marco in Lamis (Foggia), integrante il Lotto n. 2 del "*FSC 2014-2020 - Piano Operativo Ambiente - 1° Atto integrativo all'accordo di programma finalizzato alla programmazione e al finanziamento di interventi urgenti e prioritari per la mitigazione del rischio idrogeologico (c.d. Piano Frane) - n. 2 Lotti*", dell'importo per il Lotto n. 2 qui controverso di euro 1.668.111,92, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, *ex artt. 50 e 108 del decreto legislativo n. 36/2023.*

Il termine per la presentazione delle domande di partecipazione era fissato al 18 ottobre 2023.

L'art. 2.3.2 del disciplinare richiedeva, ai fini della partecipazione alla

procedura, il possesso - *inter alia* - di qualificazione S.O.A. nelle seguenti categorie e classifiche:

- categoria prevalente OG13 - classifica III (euro 887.748,93, pari al 53,22% del valore dell'intervento);
- categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria OS21 - classifica III (euro 624.654,72, pari al 37,45% del valore dell'intervento);
- categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria OG6 - classifica I (euro 155.708,27, pari al 9,33% del valore dell'intervento).

Per le due categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria (OS21 e OG6), il disciplinare prevedeva: *B. Categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria o, in assenza di qualificazione, obbligo di subappalto (subappalto necessario)* (punto 2.3.2. Lotto 2 - 16IR341/G1 | San Marco in Lamis).

Partecipavano alla gara, tra gli altri operatori economici, la ditta ricorrente Geom. -OMISSIS- (nel prosieguo, anche solo -OMISSIS-) e la società -OMISSIS- a r.l. (di seguito, anche solo -OMISSIS-), odierna controinteressata.

All'esito dell'esame delle offerte tecniche ed economiche, la Stazione appaltante, in applicazione della "inversione procedimentale" prevista dalla *lex specialis* ai sensi dell'art. 107, comma 3, del decreto legislativo n. 36/2023, verificava la documentazione amministrativa della -OMISSIS-, proponendola poi per l'aggiudicazione.

Con decreto commissariale n. 867 del 14 ottobre 2024, la Stazione appaltante aggiudicava la gara alla -OMISSIS-.

In data 31 ottobre 2024, la -OMISSIS- formulava istanza di autotutela, in ragione dell'omesso possesso in capo all'aggiudicataria -OMISSIS- di adeguata qualificazione SOA nella prescritta categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria OS21 - classifica III e della *manifesta inidoneità dell'avvalimento stipulato con il Consorzio Costruendo allo scopo di fornire l'altro requisito mandatorio consistente nel possesso obbligatorio di una certificazione ISO*

9001:2015.

Con nota prot. n. 2398 del 7 novembre 2024, il Commissario rigettava la succitata richiesta di autotutela del 31 ottobre 2024, argomentando di avere superato la carenza di qualificazione in OS21 della -OMISSIS- tramite soccorso istruttorio e ritenendo, quanto alla certificazione ISO, l' idoneità - allo scopo - dell'avvalimento prestato dalla Società controinteressata.

1.1 - Parte ricorrente ha impugnato, domandandone l'annullamento, il succitato decreto commissariale di aggiudicazione n. 867 del 14 ottobre 2024, in uno agli ulteriori atti, di cui in epigrafe.

Ha chiesto, altresì, la condanna dell'Ente intimato a risarcire il danno in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati e conseguente aggiudicazione della commessa controversa a suo favore, con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato con la Società aggiudicataria e subentro nell'esecuzione del contratto eventualmente stipulato, *ex art. 122 Cod. proc. amm.*.

Ha formulato riserva di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario in caso di impossibilità della reintegrazione in forma specifica per fatto non imputabile o comunque non dipendente dalla volontà della odierna ricorrente.

A sostegno del ricorso ha dedotto le seguenti censure, così rubricate:

I) Violazione e/o falsa applicazione di legge [artt. 96, comma 15, e 98, comma 3, lett. b), 100, 101 e 119 del d.lgs. n. 36/2023)] Violazione e/o falsa applicazione della lex specialis [artt. 2.3.2, 3.1.1, n. 2), 3.4, 3.5.4, lett. b), 6.5, 6.5.1, 6.6.1 e 6.7.1 del disciplinare; parr. III.1.3 e VI, lett. n) del bando] Violazione del principio della par condicio competitorum Eccesso di potere per istruttoria assente, irragionevolezza, travisamento in fatto e diritto;

II) Violazione e/o falsa applicazione di legge (artt. 100 e 104 del d.lgs. n. 36/2023) Violazione e/o falsa applicazione di legge della lex specialis (artt. 3.1.2, 6.5.1 e 6.7.1 del disciplinare) Eccesso di potere per istruttoria assente, irragionevolezza, travisamento

in fatto e diritto.

1.2 - Si è costituita in giudizio la società aggiudicataria controinteressata - OMISSIS- a r.l., eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione della *lex specialis*, *in parte qua*, *atteso che con esso sono stati impugnati gli atti con cui è stata disposta l'aggiudicazione della gara in favore della -OMISSIS- a r.l. nonché le presupposte determinazioni assunte dalla Commissione di gara afferenti la fase del soccorso istruttorio e che parte ricorrente ha omissis, tuttavia, di considerare che la Commissione di gara ha agito applicando pedissequamente le norme del disciplinare di gara, lex specialis della procedura, le quali al punto 6.6 prevedono la possibilità per l'Impresa di integrare e/o regolarizzare la documentazione amministrativa.*

Nel merito, ha contestato le avverse pretese e chiesto il rigetto del ricorso.

1.3 - Si sono costituiti in giudizio, per il tramite dell'Avvocatura Distrettuale Erariale, il Commissario di Governo - Presidente della Regione per il Contrasto al Dissesto Idrogeologico nella regione Puglia, la Presidenza del Consiglio, il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica.

La Difesa erariale ha formulato *in limine* eccezione di inammissibilità del ricorso, in quanto *la parte ricorrente ha impugnato soltanto le determinazioni assunte in sede di gara e non già le prescrizioni della lex specialis - ossia le norme del bando e del disciplinare di gara - sulla base delle quali è avvenuta l'ammissione della -OMISSIS- e la successiva aggiudicazione della procedura a quest'ultima* (memoria difensiva del 28 novembre 2024).

Nel merito, ha contestato le avverse pretese e chiesto il rigetto del ricorso.

1.4 - Le parti hanno successivamente svolto e ribadito le rispettive difese.

1.5 - In particolare, con memoria difensiva del 6 dicembre 2024, le Amministrazioni hanno rappresentato che l'intervento *de quo* non rientra tra le opere finanziate con i fondi del P.N.R.R., ma è intervento di preminente interesse nazionale *ex art. 36 ter* della legge n. 108/2021, di conversione del decreto legge n. 77/2021.

Con memoria difensiva del 10 marzo 2025, la Difesa erariale ha ribadito che i lavori in questione non risultano finanziati con fondi del P.N.R.R. Ha rappresentato che l'intervento è finanziato con le risorse del Fondo per lo Sviluppo e la Coesione e che *Nell'ambito degli interventi elencati nel Piano operativo Ambiente - Primo atto integrativo dell'Accordo di Programma del 25 novembre 2010, c.d. "Piano Frane" è compreso l'intervento individuato con il codice ReNDiS 161R341/G1 San Marco in Lamis: "Intervento di consolidamento e messa in sicurezza dissesto idrogeologico in Via -OMISSIS-" per un importo finanziato di € 2.338437,83, di preminente interesse nazionale, a mente, dell'art. 36 ter della Legge n. 108 del 29.07.2021 di conversione del D.L. n. 77/2021 recante "Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure".*

In data 4 marzo 2025, la Difesa erariale ha depositato in giudizio relazione integrativa dell'Amministrazione, con cui è stato ribadito non trattarsi di intervento finanziato con fondi P.N.R.R. ed esclusa, pertanto, l'applicazione dell'articolo 125 Cod. proc. amm. (pag. 2).

1.6 - In data 29 gennaio 2025, -OMISSIS- ha depositato in giudizio copia del contratto stipulato *inter partes* in data 10 gennaio 2025.

1.7 - All'udienza pubblica del 26 marzo 2025, l'Avvocatura erariale ha rappresentato che l'Amministrazione non ha dato evidenza della concorrenza, anche parziale, del finanziamento dell'intervento con fondi strutturali dell'Unione Europea. Indi, dopo ampia discussione, la causa è stata introitata per la decisione.

2. - *In limine*, va respinta l'eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso formulata dalla Difesa erariale e dall'aggiudicataria controinteressata, secondo cui, essenzialmente, il ricorso sarebbe inammissibile, per non avere parte ricorrente impugnato le disposizioni della *lex specialis* che, in tesi, consentirebbero il soccorso istruttorio, come espletato nella fattispecie concreta in esame.

Invero, l'eccezione va disattesa, in ragione - come pure controdedotto da parte ricorrente - della corretta interpretazione della legge di gara, in particolare del punto 6.6.1 (cfr. punto 6.6, rubricato *Soccorso istruttorio*), il quale reca la disciplina delle *Irregolarità e carenze suscettibili di soccorso istruttorio*, premettendo - significativamente, in conformità alla *ratio* dell'istituto - che *L'ammissione con riserva di soccorso istruttorio è ammessa solo se le irregolarità o carenze sono rimediabili nel senso che l'assenza delle cause di esclusione sussista e i requisiti siano posseduti utilmente alla data di scadenza per la presentazione delle offerte*; mentre, per quanto in seguito illustrato, la Società controinteressata aggiudicataria non era in possesso, alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, dei requisiti necessari alla partecipazione né delle - necessariamente contestuali - dichiarazioni suppletive del requisito di qualificazione mancante (nella specie, la qualificazione S.O.A. nella categoria scorporabile OS21 a qualificazione obbligatoria o, in assenza di questa qualificazione, la dichiarazione obbligatoria di subappalto necessario - cfr. punto n. 2.3.2 del Disciplinare, lettera "B").

3. - Nel merito, il ricorso è fondato e deve essere accolto, per le ragioni e nei sensi di seguito indicati.

4. - Con la prima censura, parte ricorrente deduce, essenzialmente, l'illegittimità della disposta aggiudicazione in favore della -OMISSIS-, *per essere la controinteressata sprovvista degli ineludibili requisiti di qualificazione SOA nella categoria scorporabile OS 21, non posseduta in proprio (-OMISSIS- è priva di attestazione SOA), non oggetto di avalimento (stipulato con un operatore economico ausiliario per altre e diverse categorie di lavorazioni), né tanto meno di subappalto necessario dichiarato in sede di gara (la -OMISSIS- ha dichiarato di non voler ricorrere al subappalto).*

Lamenta che non si può ricorrere al soccorso istruttorio per rimediare *ex post* alla oggettiva originaria carenza di una dichiarazione di subappalto necessario per la categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria OS21,

al momento della scadenza del termine (perentorio) per la presentazione delle offerte.

Assume, in particolare, che *alla mancanza di requisiti di qualificazione non possa validamente sopperirsi per il tramite di una dichiarazione di subappalto "qualificatorio" resa a posteriori in altro e diverso DGUE (a sua volta postumo), in un momento addirittura successivo all'esame delle offerte tecniche ed economiche.*

Sostiene che presupposto dell'attivazione del soccorso istruttorio è la piena sussistenza *ab initio* dei requisiti di partecipazione alla gara, onde garantire il rispetto del principio di continuità nel possesso dei requisiti sin dal momento di presentazione della domanda, e che il difetto di adeguata qualificazione nella categoria OS21 in capo alla -OMISSIS-, peraltro non oggetto di avvalimento da parte del Consorzio Stabile Costruendo, non può essere ovviato per il tramite di una dichiarazione di subappalto necessario tardivamente resa in sede di soccorso istruttorio, considerata, altresì, la mancanza radicale della dichiarazione, sicchè neppure può argomentarsi in ordine alla equivoca natura del subappalto (facoltativo ovvero necessario/obbligatorio/qualificante).

5. - Le censure sono fondate.

6. - Viene qui in rilievo la questione del subappalto c.d. necessario/qualificante/obbligatorio, che differisce dal subappalto facoltativo.

Giova rammentare che, nel subappalto facoltativo, l'operatore economico che concorre alla gara possiede in proprio tutti i requisiti richiesti per l'esecuzione delle lavorazioni di cui si compone l'opera e la scelta di affidare l'esecuzione di una parte dei lavori a un'impresa terza risponde a mere ragioni di opportunità o di convenienza economica.

Nel subappalto necessario, invece, l'operatore economico concorrente fa affidamento sui requisiti di un'altra impresa ai fini della legittima partecipazione alla gara dalla quale, altrimenti, verrebbe escluso per difetto di qualificazione (delibera A.N.A.C. n. 278 del 5 giugno 2024, in

riferimento all'art. 119 del decreto legislativo n. 36/2023).

6.1 - In linea generale, condivisibile giurisprudenza amministrativa ha osservato che, *Laddove privo del requisito di gara, il concorrente è tenuto a dare espressa indicazione della volontà di ricorrere al subappalto per qualificarsi: viene così in rilievo una specifica dichiarazione che non coincide con quella generale inerente l'intenzione di subappaltare una parte dei lavori, servizi o forniture (Consiglio di Stato, Sez. V, 13 agosto 2020, n. 5030).*

16.5. *Il concorrente non è tenuto a indicare il nominativo del subappaltatore già in sede di offerta, ma è tenuto senz'altro a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante. Detto più chiaramente, l'operatore economico deve dichiarare sin dalla domanda di partecipazione la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario (in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. V, 1° luglio 2022, n. 5491, ove è ben evidenziata la diversità di presupposti e di funzioni delle due dichiarazioni, di ricorrere al subappalto facoltativo oppure a quello necessario, in quanto "...nella dichiarazione di subappalto "necessario" viene in rilievo non una mera esternazione di volontà dell'operatore economico quale è la dichiarazione di subappalto "facoltativo", bensì 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. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 31 marzo 2022, n. 2365 e, ancora più recentemente, Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596) (Consiglio di Stato, Sez. V, 28 maggio 2024, n. 4724; in termini, Consiglio di Stato, Sez. V, 28 marzo 2023, n. 3180 e giurisprudenza ivi citata - cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 31 marzo 2022, n. 2365 e, ancora più recentemente, Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596).*

D'altronde, *in ipotesi di tal fatta viene in evidenza il principio di autoresponsabilità dei concorrenti e la normale diligenza richiesta agli stessi, in forza del quale ogni operatore economico deve sopportare le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione dell'offerta (T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I,*

20.2.2019, n.304) (T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 21 dicembre 2023, n. 1661).

Condivisibile giurisprudenza amministrativa ha, altresì, affermato 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) (Consiglio di Stato, Sez. V, 28 maggio 2024, n. 4724; in termini, Consiglio di Stato, Sez. V, 28 marzo 2023, n. 3180): invero, qualora fosse consentito il soccorso istruttorio, la stazione appaltante darebbe la facoltà ad un operatore di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione dell'offerta in contrasto con la par condicio competitorum (Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596 e giurisprudenza ivi citata - cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2019, n. 471).*

6.2 - Anche nella vigenza del nuovo Codice degli appalti (decreto legislativo n. 36/2023), è stato condivisibilmente ritenuto che, *In ragione della diversa funzione assolta dal subappalto necessario rispetto a quello facoltativo, l'operatore economico, sfornito dei requisiti per l'esecuzione in proprio delle lavorazioni scorporabili a qualificazione obbligatoria, è tenuto a rendere una chiara e univoca manifestazione di volontà circa l'intenzione di ricorrere al subappalto necessario (delibera A.N.A.C. n. 278 del 5 giugno 2024).*

Parimenti, condivisibile giurisprudenza amministrativa ha osservato che *in base alla nuova disciplina in materia di qualificazione degli operatori economici (art. 100, comma 4, d.lgs. n. 36/23) e nella perdurante vigenza della disciplina extracodicistica di cui all'art. 12, d.l. n. 47/14 (non abrogato dal nuovo Codice in quanto collocato al di fuori dell'impianto del previgente d.lgs. n. 50/16) - abrogato solo dall'art. 71, comma 1 del decreto legislativo 31 dicembre 2024, n. 209, a decorrere dal 31 dicembre 2024, quindi successivamente all'adozione degli atti per cui è causa - tutte le categorie di opere scorporabili sono da considerare a qualificazione obbligatoria ed eseguibili soltanto dall'operatore economico in possesso*

della relativa attestazione, fatta salva la possibilità di ricorrere all'istituto del c.d. subappalto necessario.

“Il subappalto «necessario» o «qualificante» presenta delle peculiarità rispetto al subappalto c.d. ordinario. Difatti, mentre nelle ipotesi di subappalto «classico» o «facoltativo» l'affidamento a terzi di una parte delle prestazioni oggetto dell'appalto è frutto di una libera scelta imprenditoriale (essendo il concorrente già in possesso di tutti i requisiti di partecipazione), il subappalto necessario si caratterizza, al contrario, per la circostanza che il concorrente non possiede tutte le qualifiche relative alle lavorazioni previste dal bando; il subappalto si configura allora come «necessario» perché l'affidamento in subappalto (ad un soggetto in possesso delle pertinenti qualificazioni) dell'esecuzione delle lavorazioni riconducibili alle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria è imposto dal difetto di qualifica del concorrente ad eseguire tale tipo di prestazioni” (T.A.R. Lazio, Roma, sez. IV, 12 ottobre 2023, n. 15165).

Coerentemente, la Relazione Illustrativa del nuovo Codice dei **contratti pubblici**, con riferimento alla nuova disciplina del subappalto introdotta dall'art. 119, precisa come “La disposizione proposta, così come quella attuale, non affronta il tema del subappalto c.d. qualificatorio o necessario, perché, a rigore, è quest'ultimo istituto ad essere eccentrico rispetto alla causa del contratto di subappalto quale delineata nel comma 2. La questione dell'ammissibilità del subappalto per l'esecuzione dei lavori riguardanti le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria (...) attiene alla qualificazione degli operatori economici, di cui, in particolare, all'art. 100”.

Conseguentemente, pur non attenendo il possesso della qualificazione necessaria per le categorie scorporabili ai requisiti di partecipazione in senso stretto - come sostenuto dalla ricorrente ed affermato, senza alcuna ambiguità, dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza del 2 novembre 2015, n. 9, la quale ha ulteriormente precisato che “per la partecipazione alla gara è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori e non è, quindi, necessaria anche la qualificazione nelle categorie scorporabili” - non può negarsi che l'istituto in esame presenta una indubbia “contaminazione delle regole di gara con le regole esecutive”, con

la conseguenza che “il subappalto necessario è istituito spendibile in sede di qualificazione alla gara sulla base della corretta prospettazione effettuata dal concorrente nella domanda di partecipazione e nel dgue” (Cons. St., Sez. V, 23 febbraio 2024, n. 1793), così da colmare il deficit dell’offerente sul punto, che deve emergere dalla stessa domanda di partecipazione a presidio dell’esigenza di assicurare che i lavori siano eseguiti da soggetti muniti dei necessari requisiti di qualificazione.

Del resto, la stessa pronuncia dell’Adunanza plenaria appena richiamata ha avuto cura di precisare che “la validità e l’efficacia del subappalto postula, quali condizioni indefettibili, che il concorrente abbia indicato nella fase dell’offerta le lavorazioni che intende subappaltare”, pur potendo essere rinviata ad un momento successivo l’indicazione del nominativo del subappaltatore (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. IV ter, 3 gennaio 2025, n. 90; in termini, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 26 ottobre 2023, n. 782).

In siffatte ipotesi, l’omissione della dichiarazione di volersi avvalere del subappalto necessario non è ascrivibile alle ipotesi del “soccorso integrativo” o del “soccorso sanante”: invero, Il “soccorso integrativo” (art. 101, comma 1, lett. a del Codice) “mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara”, mentre il “soccorso sanante” (art. 101, comma 1, lett. b) del Codice) “consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa” (cfr. Cons. St., sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870).

Mentre il richiamo al “soccorso integrativo” appare del tutto inconferente, non discorrendosi, nel caso di specie, della possibilità di produrre ex post un documento comunque formato in data certa anteriore alla scadenza del termine di presentazione della domanda, il “soccorso sanante” incontra pur sempre il limite dell’impossibilità di emendare carenze “atte a strutturare i termini dell’offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l’esecuzione delle prestazioni messe a gara” (Cons. St., Sez. V, n. 7870 cit.), tra le quali vanno senz’altro ricompresi (compendiandoli) anche i profili attinenti alla qualificazione dell’operatore economico,

alla stregua dell'art. 100, comma 4, del Codice, sede naturale cui ricondurre l'ubi consistam del subappalto necessario (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. IV ter, 3 gennaio 2025, n. 90, cit.).

7. - Orbene, nella fattispecie concreta in esame, come detto, la *lex specialis* prevedeva il possesso, in capo agli operatori economici concorrenti, delle seguenti qualificazioni SOA:

- categoria prevalente OG13 - classifica III;
- categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria OS21 - classifica III;
- categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria OG6 - classifica I.

Inoltre, per le due categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria (OS21 e OG6), il disciplinare di gara prescriveva, *in assenza di qualificazione, obbligo di subappalto (subappalto necessario)*.

L'odierna controinteressata ricorreva all'avvalimento per le sole attestazioni SOA OG 13 e OG6 nonché per la certificazione del sistema di garanzia della qualità aziendale della serie UNI EN ISO 9001:2015.

La -OMISSIS- non era in possesso, alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, della prescritta qualificazione nella categoria scorporabile OS21 - classifica III.

Nel D.G.U.E. presentato in sede di offerta, -OMISSIS- dichiarava di non voler ricorrere al subappalto, crociando la locuzione "no".

Pertanto, alla data di scadenza del termine perentorio per la presentazione delle offerte, l'aggiudicataria -OMISSIS- era priva della qualificazione nella categoria scorporabile OS21 e non aveva dichiarato nel D.G.U.E. in sede di presentazione dell'offerta - come, invece, necessario - l'intento di sopperire a tale lacuna mediante l'indicazione di voler ricorrere al subappalto qualificante, istituto tipico messo a disposizione dall'ordinamento giuridico per sopperire a siffatta carenza.

La Stazione appaltante consentiva - poi - il soccorso istruttorio per la "rettifica" della dichiarazione del possesso della categoria scorporabile a

qualificazione obbligatoria (con obbligo di subappalto) OS21 e acquisiva un ulteriore/nuovo D.G.U.E., in cui -OMISSIS- dichiarava - tardivamente - di voler ricorrere al subappalto necessario per la categoria OS21: si tratta, tuttavia, per le ragioni innanzi esposte, di soccorso istruttorio non ammissibile, configurandosi - per converso - il *deficit* dell'offerente sul punto, non colmato - come invece dovuto - dalla domanda di partecipazione e dal D.G.U.E. prodotto entro il termine perentorio di scadenza della presentazione delle offerte.

Né la dichiarazione negativa di subappalto può ritenersi ambigua o incompleta, in quanto l'originario D.G.U.E. non contiene alcun riferimento ad alcun tipo di subappalto: in presenza di siffatta radicale omissione (mancanza di qualsivoglia dichiarazione di subappalto all'atto di presentazione delle offerte), non può desumersi implicitamente *per facta concludentia* alcuna indicazione di subappalto necessario neanche allorchè tale omissione sia dipesa da un asserito indimostrato "errore" (la radicale omissione, appunto), che, comunque, non può ridursi a un mero "refuso" rettificabile, come preteso dalla Difesa della Società controinteressata, venendo in rilievo il principio di autoresponsabilità dei concorrenti e la diligenza qualificata richiesta agli stessi, operatori economici professionali del settore.

Inoltre, la mancanza radicale della dichiarazione di voler ricorrere al subappalto (in alcuna forma) non può essere colmata - come invece sostenuto dall'aggiudicataria controinteressata - dal possesso dell'attestato SOA nella categoria OS21 in classifica sovrabbondante (OS21 - classifica VI) da parte del Consorzio Stabile Costruendo ausiliario, in quanto detto Consorzio riveste nella gara in questione la qualifica di impresa ausiliaria (avvalimento) e non di subappaltatore, e neppure dal rinvio operato nel D.G.U.E. del Consorzio, quanto al subappalto, alla dichiarazione dell'ausiliata -OMISSIS-, che - però, come pure censurato da parte

ricorrente - sul punto, come innanzi rilevato, nulla dice (dichiarazione di non voler ricorrere al subappalto).

8. - Il carattere assorbente delle doglianze esaminate esonera il Collegio dal soffermarsi sulle ulteriori censure dedotte e consente di accogliere il ricorso, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

9. - Il Collegio ritiene, altresì, che ricorrano i presupposti di cui all'art. 122 Cod. proc. amm. per la dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto, essendo stata presentata da parte ricorrente la domanda di subentro nel contratto, ferme le dovute verifiche di rito di competenza della Stazione appaltante.

Invero, dagli atti di causa, risulta non trattarsi di appalto P.N.R.R. né è comprovata - o comunque l'Amministrazione non ne ha dato evidenza - la concorrenza, anche parziale, del finanziamento dell'intervento in questione con fondi strutturali dell'Unione Europea (art. 48 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 e ss.mm.ii.).

Inoltre, la qualificazione come intervento di preminente interesse nazionale, *ex art. 36 ter* della legge n. 108/2021, di conversione del decreto legge n. 77/2021, non implica, in difetto di allegazione e prova, che si tratti - altresì - di intervento di infrastrutturazione strategica *ex art. 125* Cod. proc. amm., recante *Ulteriori disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutturazioni strategiche*, queste ultime definite dalla succitata norma processuale con il rinvio alla *parte II, titolo III, capo IV del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163* (avente a oggetto *Lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi*), da intendersi ora, con rinvio dinamico, in riferimento all'art. 39 del decreto legislativo n. 36/2023, relativo alle *infrastrutture strategiche la cui realizzazione riveste carattere di urgenza e di preminente interesse nazionale ai fini della modernizzazione e dello sviluppo della Nazione*, previa relativa qualificazione con delibera del Consiglio dei Ministri (art. 39, cit., comma 2) e inserimento nell'elenco delle infrastrutture di cui al documento di

programmazione, aggiornato, di norma, con cadenza annuale, denominato “Documento di programmazione delle infrastrutture strategiche” (DPIS) (art. 39, cit., comma 3).

Peraltro, non risulta documentato in atti alcun concreto avvio delle attività esecutive del contratto medesimo, come incontestatamente rappresentato da parte ricorrente con la memoria di replica del 14 marzo 2025, con cui si è preso atto del *rispetto dell'impegno a mantenere la res adhuc integra assunto dalla Difesa erariale alla scorsa udienza pubblica del 26 febbraio 2025*, in riferimento a quanto evidenziato dall'Avvocatura distrettuale dello Stato nella memoria difensiva del 10 marzo 2025, laddove questa ha precisato che *tuttora non risultano essere stati avviati i lavori, in quanto allo stato sono in corso di nomina, da parte del R.U.P., le figure necessarie all'avviamento del cantiere (es. Direttore dei Lavori, responsabile sicurezza ecc.)*.

10. - Ne consegue che il contratto di appalto stipulato deve essere dichiarato inefficace, a decorrere dalla data di comunicazione della presente sentenza o dalla sua notifica a cura di parte, se anteriore, con subentro di parte ricorrente nel contratto stesso, ai sensi degli artt. 122 e 124 del decreto legislativo n. 104/2010, previe le dovute verifiche di rito da parte della Stazione appaltante.

11. - Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (sezione prima), accoglie il ricorso, di cui in epigrafe, nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto:

- annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato e gli ulteriori atti gravati, di cui in epigrafe, nei limiti dell'interesse di parte ricorrente;
- dichiara l'inefficacia del contratto di appalto stipulato, a decorrere dalla data di comunicazione della presente sentenza o dalla sua notifica a cura di

parte, se anteriore, con subentro di parte ricorrente nel contratto stesso, ai sensi degli artt. 122 e 124 del decreto legislativo n. 104/2010, previa le dovute verifiche di rito da parte della Stazione appaltante.

Condanna in solido il Commissario di Governo - Presidente della Regione per il Contrasto al Dissesto Idrogeologico nella regione Puglia e la società controinteressata -OMISSIS- a r.l. al pagamento delle spese processuali in favore di parte ricorrente, liquidate in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge, di cui 3/4 (tre quarti) a carico del Commissario di Governo - Presidente della Regione per il Contrasto al Dissesto Idrogeologico nella regione Puglia e 1/4 (un quarto) a carico della Società controinteressata -OMISSIS- a r.l..

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Spagnoletti, Presidente

Maria Luisa Rotondano, Consigliere, Estensore

Donatella Testini, Consigliere

L'ESTENSORE
Maria Luisa Rotondano

IL PRESIDENTE
Leonardo Spagnoletti

IL SEGRETARIO