

Publicato il 03/01/2025

N. 00090/2025 REG.PROV.COLL.  
N. 08458/2024 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 il Lazio

(Sezione Quarta Ter)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8458 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da CME - Consorzio Imprenditori Edili Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A017C2CB1E, rappresentata e difesa dall'avvocato Dario Capotorto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Claudio Guccione, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del difensore in Roma, via Sardegna n. 50;

*nei confronti*

Infratech S.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Migliarotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari,*

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento UA 28/06/2024 RFI\_DAC/0011/P/2024/0002405 con cui RFI ha disposto l'esclusione di CME dalla procedura aperta n. DAC.0214.2023 per l'affidamento dell' "Accordo quadro per l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria di fabbricati ferroviari e relative pertinenze a servizio dell'esercizio ferroviario (fabbricati viaggiatori, fabbricati in genere, compresi i siti delle fondazioni FS italiane) comprensivi dei relativi impianti tecnologici e antintrusione ricadenti nelle località di giurisdizione di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., il tutto comprensivo, ove necessario, della relativa progettazione esecutiva" esperita ai sensi del D. Lgs. 36/2023;

- del provvedimento UA 15/07/2024 RFI\_DAC/A0011/P/2024/0002608 con cui RFI ha rigettato l'istanza di annullamento in autotutela inviata da CME il 10 luglio 2024;

- ove esistente, della proposta di aggiudicazione in favore di Infratech;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, anche ove non conosciuti;

nonché per il risarcimento dei danni subiti e subendi a causa dell'illegittima aggiudicazione dell'appalto, in forma specifica, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more, mediante affidamento del contratto per l'intera durata del servizio, anche attraverso subentro, rispetto al quale viene proposta espressa domanda, ovvero per equivalente per gli importi che verranno quantificati in corso di causa;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati dalla parte ricorrente in data il 18 novembre 2024:

- del provvedimento UA 28/06/2024 RFI\_DAC/0011/P/2024/0002405 con cui RFI ha disposto l'esclusione di CME nella gara a procedura aperta n. DAC.0214.2023 per l'affidamento dell' "Accordo quadro per l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria di fabbricati ferroviari e relative pertinenze a servizio dell'esercizio ferroviario (fabbricati viaggiatori, fabbricati in genere, compresi i siti delle fondazioni FS italiane) comprensivi dei relativi impianti tecnologici e antintrusione ricadenti nelle località di giurisdizione di

Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., il tutto comprensivo, ove necessario, della relativa progettazione esecutiva” esperita ai sensi del D. Lgs. 36/2023;

- del provvedimento UA 15/07/2024 RFI\_DAC/A0011/P/2024/0002608 con cui RFI ha rigettato l’istanza di annullamento in autotutela inviata da CME il 10 luglio 2024;

- del provvedimento di aggiudicazione efficace, disposto in favore di Infratech in data 14 novembre 2024 e comunicato in pari data all’odierna ricorrente, di cui alla nota UA 14/11/2024 [RFI\_DAC\A001\P\2024\0004216];

- di tutti i verbali di gara con cui la Commissione giudicatrice, dopo aver disposto l’esclusione di CME, ha individuato Infratech quale potenziale aggiudicatario della gara in oggetto;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, anche ove non conosciuti;

nonché per il risarcimento dei danni subiti e subendi a causa dell’illegittima aggiudicazione dell’appalto, in forma specifica, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more, mediante affidamento del contratto per l’intera durata del servizio, anche attraverso subentro, rispetto al quale viene proposta espressa domanda, ovvero per equivalente per gli importi che verranno quantificati in corso di causa.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Infratech S.c.a.r.l. e di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2024 il dott. Valerio Bello e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

### 1. *Svolgimento del processo*

1.1. Con l'atto introduttivo del giudizio, la ricorrente CME - Consorzio Imprenditori Edili Società Cooperativa (d'ora in poi, per brevità, soltanto "CME", con consorziate designate in qualità di esecutrici ICR Impianti e Costruzioni S.r.l. e MATI Group S.p.A. a S.U. e con Progettista indicato Incico S.p.A.), potenziale aggiudicataria del lotto n. 6 (con importo a base di gara pari ad € 74.839.727,77, di cui € 3.397.919,01 per oneri della sicurezza, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), sulla base della graduatoria stilata all'esito della valutazione delle offerte, nell'ambito della procedura aperta n. DAC.0214.2023 per l'affidamento dell'*"Accordo quadro per l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria di fabbricati ferroviari e relative pertinenze a servizio dell'esercizio ferroviario (fabbricati viaggiatori, fabbricati in genere, compresi i siti delle fondazioni FS italiane) comprensivi dei relativi impianti tecnologici e antintrusione ricadenti nelle località di giurisdizione di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., il tutto comprensivo, ove necessario, della relativa progettazione esecutiva"*, suddivisa in sei lotti, indetta da Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (d'ora in avanti soltanto "RFI") con bando pubblicato in data 9 ottobre 2023, regolata dal nuovo Codice dei contratti pubblici, ha impugnato il provvedimento del 28 giugno 2024 con il quale è stata disposta la sua esclusione, unitamente al rigetto dell'istanza di riesame in autotutela del 10 luglio 2024, proponendo, altresì, domanda di risarcimento del danno in forma specifica, mediante subentro nel contratto eventualmente stipulato nelle more, previa declaratoria di inefficacia, ovvero, in subordine, per equivalente monetario, da quantificarsi in corso di causa.

1.2. Si sono costituite in giudizio RFI e la seconda graduata Infratech S.c.a.r.l. (d'ora in poi soltanto "Infratech"), nella qualità di potenziale controinteressata (divenuta tale a seguito dell'aggiudicazione: v. *infra*), concludendo per il rigetto del ricorso.

1.3. Con memoria depositata in data 28 agosto 2024, la ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare, scelta difensiva confermata in sede di

discussione orale alla camera di consiglio del giorno successivo, all'esito della quale è stata fissata l'udienza pubblica del 19 novembre 2024.

1.4. Da ultimo, con motivi aggiunti notificati in data 18 novembre 2024, la ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione disposta nelle more del giudizio (segnatamente, in data 14 novembre 2024) in favore di Infratech, con annessa istanza di sospensione.

1.5. All'udienza pubblica e contestuale camera di consiglio per l'esame della domanda cautelare formulata con i motivi aggiunti del 19 novembre 2024, la ricorrente ha nuovamente rinunciato alla sospensiva e, al contempo, le altre parti hanno rinunciato ai termini a difesa in relazione ai predetti motivi aggiunti, in favore di una celere definizione del giudizio nel merito, sicché è stata fissata nuova udienza di discussione della causa al 17 dicembre 2024, all'esito della quale la causa è stata trattenuta in decisione.

## *2. I fatti di causa*

I fatti di causa sono incontrovertiti tra le parti e possono essere sintetizzati come segue.

2.1. CME ha partecipato alla gara, dichiarando nell'originario DGUE di essere qualificata nelle seguenti categorie e classifiche: OG1 classifica VIII (qualifica illimitata per la categoria prevalente); OG2 classifica VIII; OG3 classifica VII; OG6 classifica VIII; OG7 classifica IVBIS; OG8 classifica IV; OG9 classifica V; OG11 classifica V; OG12 classifica IV BIS; OS1 classifica IV; OS3 classifica II; OS6 classifica III BIS; OS7 classifica IV BIS; OS8 classifica II; OS10 classifica I; OS18A classifica II; OS21 classifica II; OS22 classifica III; OS23 classifica II; OS24 classifica II; OS26 classifica II; OS28 classifica IV; OS30 classifica V; OS32 classifica I; OS33 classifica I.

2.2. Successivamente all'apertura delle buste amministrative dei concorrenti, in data 27 febbraio 2024, il Responsabile del Procedimento per la fase di affidamento ha attivato il soccorso istruttorio nei confronti di CME, al fine di verificare il possesso dell'ulteriore qualificazione obbligatoria nella categoria

LOC001 da SQ 0011 di RFI, prevista dal disciplinare di gara tra le categorie scorporabili.

2.3. Con nota del 6 marzo 2024, CME ha riscontrato, nel termine assegnato, il soccorso istruttorio attivato da RFI, presentando un nuovo DGUE nel quale ha dichiarato la volontà di voler subappaltare le lavorazioni riconducibili alla categoria scorporabile da sistemi di qualificazione RFI LOC001 ad impresa, non indicata nominativamente, qualificata per classifica, categoria ed importo.

2.4. Nelle more delle verifiche di congruità dell'offerta e del possesso dei requisiti in capo all'odierna ricorrente, potenziale aggiudicataria, anche a fronte di un'istanza di esclusione di CME dalla procedura competitiva presentata in data 12 giugno 2024 dalla seconda graduata Infratech, il RUP, con provvedimento del 28 giugno 2024, gravato in questa sede, ne ha disposto l'esclusione, giacché:

- *“l'operatore economico in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori può partecipare alla gara, anche se non in possesso dei requisiti di qualificazione relativi alle categorie scorporabili, a patto che, se il difetto di qualificazione attiene alle categorie a qualificazione obbligatoria, le lavorazioni corrispondenti alle predette categorie siano comunque eseguite da un soggetto in possesso delle relative qualificazioni?”*;
- *“a tal fine il concorrente può ricorrere al subappalto, c.d. qualificatorio o necessario, per colmare il deficit di qualificazione ad eseguire le predette lavorazioni?”*;
- *“CME Consorzio Imprenditori Edili Società Cooperativa in fase di gara non ha reso la dichiarazione circa il possesso della qualificazione nella categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria LOC001 da SQ 0011 di RFI e non ha dichiarato di voler ricorrere al subappalto c.d. necessario delle relative lavorazioni?”*;
- *“l'iscrizione al Sistema di Qualificazione RFI, in corso di validità, per le categorie e classifiche adeguate alle categorie e all'importo dei lavori da eseguire costituisce requisito necessario per la partecipazione alla procedura (cfr. paragrafo VI.2.3.1 del Disciplinare di gara)”*;

- *“all’esito del soccorso istruttorio, CME Consorzio Imprenditori Edili Società Cooperativa ha integrato il DGUE, dichiarando l’assenza di qualifica in detta categoria e la volontà di subappaltarne le relative lavorazioni?”*;
- *“la dichiarazione di subappalto c.d. necessario costituisce una delle modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione”*, con la conseguenza che *“la mancata dichiarazione della volontà di far ricorso al subappalto c.d. necessario non può essere oggetto di soccorso istruttorio una volta che la stazione appaltante abbia accertato la carenza dei requisiti di partecipazione”*, come prescritto dal paragrafo X del Disciplinare di gara;
- pertanto, CME *“al momento del termine di scadenza per la presentazione delle offerte non era in possesso di un requisito di partecipazione”*.

2.5. Con istanza di annullamento in autotutela inviata il 10 luglio 2024, CME ha evidenziato che, diversamente da quanto rilevato da RFI, questa possedeva la qualificazione nella categoria LOC001 da SQ 0011 di RFI per il tramite di una delle imprese appartenenti al consorzio (Costruzioni Edili Baraldini Quirino S.p.A., non designata quale esecutrice), iscritta nel Sistema di Qualificazione di RFI, SQ011, Categoria LOC001 e LOC002 (entrambe in classifica 7 - oltre € 13.000.000,00), come si evince dalla pagina estratta dall’Elenco degli operatori qualificati SQ11.

Nell’istanza in questione, l’odierna ricorrente ha, dunque, invocato l’applicazione della regola del c.d. cumulo alla rinfusa, applicabile ai consorzi stabili di cui all’art. 67 del Codice.

Con nota del 15 luglio 2024 (parimenti gravata in questa sede), il RUP, *“considerato che codesto Consorzio non risulta iscritto nei sistemi di Qualificazione di RFI (e pertanto non può assumersi qualificato nella categoria LOC001)”*, ha rigettato l’istanza di riesame, confermandone l’esclusione.

### 3. I motivi di ricorso

Ad avviso della ricorrente, l’esclusione sarebbe illegittima per le ragioni di seguito illustrate.

3.1. In primo luogo, CME avrebbe “*per errore*” (cfr. pag. 6 del ricorso) omesso di dichiarare nell’originario DGUE la volontà di subappaltare ad un’impresa qualificata le lavorazioni relative alla categoria scorporabile LOC-001.

In ogni caso, RFI non avrebbe potuto escludere il consorzio in quanto questo possedeva tutti i requisiti richiesti dalla *lex specialis*, costituendo la qualificazione obbligatoria nella categoria prevalente per l’intero importo dei lavori condizione necessaria e sufficiente per la partecipazione alla gara. In tale ipotesi, sostiene la ricorrente, la dichiarazione di subappalto, anche ove “necessario” o “qualificatorio”, verrebbe in rilievo esclusivamente nella fase esecutiva del rapporto contrattuale e non varrebbe ad integrare un requisito di partecipazione, come previsto dall’art. 30, All. II.12, d.lgs n. 36/2023 e dall’art. 12, comma 2, d.l. n. 47/2014, conv. in l. 23 maggio 2014, n. 80.

Conseguentemente, l’assunto secondo il quale “*al momento del termine di scadenza per la presentazione delle offerte non era in possesso di un requisito di partecipazione*” risulterebbe del tutto erroneo.

3.2. Con il secondo motivo di ricorso, ferma restando la prospettazione circa la possibilità di rendere la dichiarazione di subappalto “necessario” in un momento successivo alla scadenza del termine per la presentazione della domanda (in particolare, ai fini della sottoscrizione del contratto), CME lamenta la violazione dell’art. 101, d.lgs. n. 36/23, nella parte in cui RFI ha ritenuto inammissibile il soccorso istruttorio (pur inizialmente attivato) volto a sanare la mancanza della predetta dichiarazione, ancorché la ricorrente possedesse tutti i requisiti per la partecipazione alla gara (segnatamente, la qualificazione illimitata nella categoria prevalente). L’ambito di applicazione dell’istituto, per come ampliato dal nuovo Codice dei contratti pubblici, consentirebbe, infatti, nelle forme del “soccorso integrativo” o del “soccorso sanante”, la regolarizzazione di qualsivoglia elemento che non attenga ad una carenza sostanziale di un requisito di partecipazione, in un’ottica antiformalistica ed improntata al principio del risultato.

Non operando la dichiarazione di subappalto “necessario” sul piano dei requisiti di partecipazione, sarebbe, dunque, inconferente l’affermazione di RFI, fondata sui paragrafi IX e X del disciplinare di gara, secondo cui *“il mancato possesso dei prescritti requisiti di partecipazione non è sanabile mediante soccorso istruttorio ed è causa di esclusione dalla gara”*, sicché *“si procederà all’esclusione delle offerte nei seguenti casi: a) mancato rispetto delle condizioni poste a base di gara e/o mancato possesso dei requisiti di partecipazione”*. Al contrario, RFI avrebbe dovuto applicare la previsione in forza della quale *“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”*, accettando senz’altro la rettifica effettuata nel secondo DGUE presentato in sede di soccorso istruttorio.

3.3. Con il terzo e il quarto motivo di ricorso, la ricorrente lamenta l’erroneità dell’asserzione secondo cui CME non potrebbe partecipare alla gara poiché, pur avendo al proprio interno una consorziata in possesso della qualificazione relativa alla categoria LOC001 (circostanza rappresentata solo in sede di istanza di riesame), non dispone in proprio di detta attestazione, ragione di esclusione ritenuta in contrasto con la disciplina in tema di consorzi stabili dettata dal combinato disposto degli artt. 65, comma 2, lett. d), e 67, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 36/23, dal quale si ricava che *“per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l’ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate”* (c.d. cumulo alla rinfusa). Essendo CME, a suo dire, qualificabile come consorzio stabile, non avrebbe dovuto essere esclusa, tantomeno per l’originaria assenza della dichiarazione di subappalto “necessario”, atteso che, a norma dell’art. 67, comma 4, del Codice, *“L’affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all’articolo 65, comma 2, lettere b) e c), ai propri consorziati non costituisce subappalto”* (disposizione concernente i consorzi fra imprese artigiane, natura giuridica formalmente

rivestita dalla ricorrente in base alle disposizioni statutarie e dichiarata in sede di partecipazione).

3.4. Infine, con i motivi aggiunti proposti avverso l'aggiudicazione, la ricorrente ha ribadito le medesime censure in via di illegittimità derivata.

#### 4. *La decisione del Collegio*

Sono suscettibili di trattazione congiunta, in quanto strettamente connessi, rispettivamente, il primo e il secondo motivo di ricorso, così come il terzo e il quarto.

##### 4.1. *Sui primi due motivi di ricorso*

Il *thema decidendum* introdotto dai primi due motivi di ricorso è costituito dalla necessità o meno per il concorrente in possesso del requisito di qualificazione per la categoria prevalente di rendere la dichiarazione di subappalto "necessario" in relazione ai lavori a qualificazione obbligatoria per una categoria scorporabile in sede di presentazione della domanda di partecipazione e, al contempo, dalla possibilità che l'eventuale omissione dichiarativa sia sanabile attraverso l'istituto del soccorso istruttorio.

4.1.1. In primo luogo, va affermato 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), 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 istituto spendibile in sede di qualificazione alla gara sulla base della corretta prospettazione effettuata dal concorrente nella domanda di partecipazione e nel dgué”* (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.

Ritiene il Collegio che la necessità per la stazione appaltante di appurare *ex ante* la possibilità di affidare il contratto al concorrente privo della qualificazione necessaria per le categorie scorporabili non può che dipendere dalla necessaria indicazione nel DGUE dell’intento di sopperire a tale lacuna mediante un istituto tipico messo a disposizione dall’ordinamento, indicazione che non può di certo desumersi *per facta concludentia* - neanche allorché, come contraddittoriamente affermato dalla ricorrente, tale omissione sia dipesa da un indimostrato “*errore*” - dalla mancanza di qualsivoglia dichiarazione se ed in quanto accompagnata dall’indicazione del possesso della qualificazione per la categoria prevalente.

Fattispecie che, a ben vedere, in nulla differisce da quella concernente una domanda presentata da un operatore economico sprovvisto delle attestazioni di qualificazione richieste dall’art. 100 del Codice e che, pertanto, non potrebbe in alcun modo risultare aggiudicatario ed eseguire il contratto.

Ciò anche in attuazione del fondamentale principio del risultato, “*che non tollera, in sede di aggiudicazione, incertezze circa la possibilità, per l’operatore economico, di eseguire correttamente e tempestivamente il contratto, di cui il giudice amministrativo deve tener conto*” (di recente, in questi termini, T.A.R. Lazio, sez. IV *ter*, 9 dicembre 2024, n. 22130).

Peraltro, nel caso di specie, il disciplinare di gara (par. XV.1. “Subappalto) precisa che “*Resta fermo l’obbligo per gli operatori economici di indicare all’atto dell’offerta le prestazioni o lavorazioni che intendono subappaltare e le relative quote percentuali*”, in coerenza con l’art. 119, comma 4, lett. c), del Codice, in virtù del quale “*I soggetti affidatari dei contratti di cui al codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante a condizione che: (...) all’atto dell’offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende*

*subappaltare*”, previsione di carattere generale idonea a ricomprendere qualsiasi tipologia di subappalto (a *fortiori*, quello di natura “qualificatoria”, per le ragioni anzidette legate all’anticipazione del momento valutativo).

Il menzionato passaggio della Relazione Illustrativa, infatti, si limita a precisare che con l’art. 119 non si è voluto prendere posizione in ordine alle condizioni di ammissibilità del subappalto necessario, giacché avente una funzione tipica diversa da quella propria del subappalto ordinario descritta nel secondo comma (secondo una tecnica definitoria del tipo contrattuale mutuata dalle disposizioni codicistiche in materia di contratti), opzione che, tuttavia, non esclude l’applicazione delle restanti regole ivi contenute, segnatamente quelle di carattere procedimentale, che esprimono in entrambe le ipotesi l’*eadem ratio* di porre la stazione appaltante in condizione di conoscere la qualità e la quantità dei lavori, delle forniture o dei servizi di cui l’aspirante aggiudicatario intende spogliarsi in sede di esecuzione.

Conclusivamente sul punto, il Collegio intende dare continuità all’orientamento più recente espresso da questo Tribunale, secondo il quale “*Nel caso in cui il concorrente intenda ricorrere al subappalto nelle categorie scorporabili a base di gara per sopperire ad un difetto di qualificazione (c.d. subappalto qualificante/ necessario) nella dichiarazione di subappalto dovrà espressamente manifestare la volontà di avvalersi di subappalto necessario, cioè di subappaltare i lavori della / e categoria/ e perché privo di corrispondente qualificazione*”, potendo predicarsi soltanto l’illegittimità dell’esclusione, ad esempio, dell’operatore “*qualificato per la categoria prevalente e per tutte le categorie scorporabili, meno una per la quale ha però dichiarato in modo inequivoco nel proprio DGUE di voler ricorrere al subappalto*” (T.A.R. Lazio, Roma, sez. IV, 24 gennaio 2024, n. 1405).

Peraltro, nello stesso senso si è espressa, di recente, condivisibilmente, anche l’Anac (parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 278 del 5 giugno 2024), affermando come, “*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”.*

Ne deriva l'infondatezza del primo motivo di ricorso.

4.1.2. Per quanto sia condivisibile la prospettazione di CME secondo cui la nuova disciplina del soccorso istruttorio si inquadra in un'ottica antiformalistica, pur nel rispetto del principio della *par condicio* tra i concorrenti ma in aderenza al principio del risultato e della fiducia, che postula una proficua collaborazione fra operatore economico e stazione appaltante, va osservato che, nel caso di specie, ad avviso del Collegio, l'omissione della dichiarazione di volersi avvalere del subappalto necessario non è ascrivibile alle ipotesi del “soccorso integrativo” o del “soccorso sanante” invocate dalla ricorrente.

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 scorrendosi, 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, come meglio precisato al paragrafo che precede.

Ne consegue, pertanto, l'infondatezza anche del secondo motivo di ricorso, avendo RFI operato correttamente, indipendentemente dall'utilizzo improprio, nel provvedimento di esclusione, della nozione di "requisito di partecipazione".

#### 4.2. *Sul terzo e sul quarto motivo di ricorso*

Anche tali censure, ad avviso del Collegio, si palesano infondate.

4.2.1. Quanto alla qualificazione della ricorrente come "consorzio stabile" - in disparte il fatto che CME ha dichiarato di partecipare alla gara come "consorzio fra imprese artigiane" (art. 65, comma 2, lett. c del Codice), cui non si applica il principio del c.d. cumulo alla rinfusa, dichiarazione che il Collegio dubita possa essere revocata successivamente, attesa la natura sostanzialmente negoziale dell'offerta - questa va comunque esclusa per l'assorbente ragione che l'aver una "*propria sede legale*", "*propri organi sociali*", un "*proprio patrimonio sociale*" e di redigere "*un proprio bilancio*" (cfr. pag. 3 del ricorso introduttivo) non costituiscono elementi sufficienti, in mancanza della dimostrazione dell'esistenza e della consistenza di un autonomo patrimonio aziendale (che non emerge dai documenti societari allegati da CME), ad integrare l'elemento qualificante della "comune struttura d'impresa", "*da intendersi quale «azienda consortile» utile ad eseguire in proprio, ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni affidate a mezzo del contratto*" (Cons. St., sez. V, 11 luglio 2023, n. 6777).

4.2.2. Anche l'ultimo motivo è infondato, posto che, a prescindere dall'esattezza della ricostruzione di parte ricorrente, fondata sul disposto di cui all'art. 67, comma 4, del Codice ("*L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettere b) e c), ai propri consorziati non costituisce subappalto*"), dal quale deriverebbe, in sostanza, la superfluità dell'intera interlocuzione avvenuta tra il consorzio e l'amministrazione, in sede di gara, sui profili inerenti il subappalto necessario, CME non ha mai formalmente dichiarato (neppure *in limine litis*, con l'istanza di autotutela, la quale fa leva esclusivamente sull'argomento del c.d. cumulo alla rinfusa) di voler affidare le

prestazioni alla propria consorziata in possesso del requisito di qualificazione, come sarebbe stato suo onere in ossequio al principio di autoresponsabilità che informa la materia dei procedimenti ad evidenza pubblica, a prescindere dalla (dubbia) tempestività di un'eventuale manifestazione di volontà in tal senso, una volta esauritasi la parentesi endoprocedimentale attivata con il soccorso istruttorio (*“sottoposto a termini perentori anche per le elementari esigenze di celerità nelle procedure di appalto nel cui contesto ogni possibile ritardo, con riferimento a qualsivoglia passaggio, è idoneo ad arrecare comunque un certo “effetto negativo”, e ciò proprio per gli obiettivi di politica economica cui da anni si lega ormai il sistema degli appalti”*: Cons. St., sez. V, 9 febbraio 2024, n. 1333), nella quale, all'opposto e contraddittoriamente, è stata indicata l'intenzione di ricorrere al subappalto.

#### 5. Sui motivi aggiunti

Dall'infondatezza delle censure articolate con il ricorso introduttivo consegue il rigetto dei motivi aggiunti articolati in via di illegittimità derivata avverso l'aggiudicazione, rilevandosi, *ad abundantiam*, che, in ogni caso, dalla accertata legittimità dell'esclusione deriverebbe l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse all'impugnazione dei successivi atti della procedura (cfr. T.A.R. Lazio, sez. II, 18 gennaio 2022, n. 535).

6. In considerazione della complessità della lite, le spese possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente

Valerio Bello, Referendario, Estensore

Valentino Battiloro, Referendario

**L'ESTENSORE**

**Valerio Bello**

**IL PRESIDENTE**

**Rita Tricarico**

IL SEGRETARIO