

Subappalto necessario-qualificatorio: onere di immediata impugnazione della clausola del disciplinare di gara ad effetto escludente, con preclusione al giudice amministrativo della facoltà di “disapplicare” detta clausola contrastando con il diritto UE

di Rizzardo del Giudice

Data di pubblicazione: 20-3-2026

- 1. In materia di Appalti Pubblici qualora il disciplinare di gara sia chiaro, inequivoco ed abbia l'effetto di escludere immediatamente dalla gara tutte le Imprese che abbiano intenzione di non sub appaltare integralmente una categoria di lavori, le stesse hanno l'onere di impugnare tempestivamente detta clausola in quanto immediatamente escludente;*
- 2. Il Bando di gara ed il relativo Disciplinare non hanno valenza regolamentare ma integrano la fattispecie di atti generali, dalla cui qualificazione consegue che, a prescindere dal tipo di illegittimità prospettata (nazionale o eurounitaria), essi non possono mai essere disapplicati dal Giudice Amministrativo, sussistendo esclusivamente l'onere di loro diretta impugnazione allorché ne consegua l'immediata lesione, per i contenuti concernenti i requisiti di partecipazione, tali da precludere ex ante la proposizione, con esito favorevole, della domanda di ammissione da parte del concorrente.*

Guida alla lettura

Nella fattispecie decisa dalla Sentenza in commento la Stazione Appaltante – Comune di Milano – aveva bandito una gara il cui disciplinare prescriveva che le lavorazioni riferibili a talune categorie (speciali) dovevano essere eseguite dal concorrente, sia Impresa singola che associata, in possesso della relativa qualificazione e che in alternativa - ferma restando la necessità per dette categorie, riferite ad opere scorporabili, del possesso in capo al concorrente dei requisiti riferiti alla categoria prevalente - le relative lavorazioni avrebbero dovuto essere integralmente sub appaltate ad imprese titolari di idonea qualificazione.

Trattavasi quindi del c.d. “*subappalto necessario – qualificatorio*”.

La clausola del disciplinare di gara oggetto della sentenza in commento prescriveva che la dichiarazione del concorrente (non qualificato nelle categorie “scorporabili”) intesa ad avvalersi del subappalto “*necessario – qualificatorio*” doveva essere univoca e che ogni diversa, incerta o eventuale manifestazione di volontà di ricorrere al subappalto avrebbe

comportato l'esclusione.

Per quanto si legge, e si può intendere, nella Sentenza l'Impresa ricorrente – pur avendo formulato nella richiesta di partecipazione dichiarazioni non allineate ai contenuti del disciplinare – veniva tuttavia in un primo tempo ammessa alla partecipazione e solo dopo l'apertura e la valutazione delle offerte veniva esclusa per aver dichiarato, in contrasto con la legge di gara dianzi richiamata, la mera “eventualità” di subappalto con riguardo alle opere scorporabili: non essendo all'evidenza titolare della qualificazione necessaria per l'integrale esecuzione delle stesse.

Al ricorso, proposto avverso il provvedimento di esclusione, teneva seguito la notifica di Motivi Aggiunti aventi ad oggetto l'aggiudicazione della gara in favore della controinteressata e degli atti alla medesima conseguenti, nonché per la dichiarazione di invalidità e comunque di inefficacia del contratto stipulato con l'operatore economico aggiudicatario.

Il Tribunale Amministrativo, adottando il criterio della “ragione più liquida”, definiva il giudizio con declaratoria di irricevibilità del ricorso configurando come “*immediatamente escludente*” la clausola del disciplinare di tenore così configurato:

***“Le lavorazioni di cui alla categorie OS30, OS2 – A, OS18 – A, OS28, OS4 e OS3, devono essere eseguite dal concorrente, sia Impresa singola che associata, in possesso delle relative qualificazioni.*”**

In alternativa, qualora per dette categorie scorporabili il concorrente sia in possesso dei requisiti con riferimento alla categoria prevalente, dovrà integralmente subappaltare le relative lavorazioni ad Imprese con idonea qualificazione”.

Il tema del contendere verte quindi sull'istituto altrimenti noto quale “***subappalto necessario – qualificatorio***” e sulla clausola del disciplinare di gara che ne prevedeva l'affidamento in subappalto in misura integrale e ad operatori economici titolari della relativa qualificazione.

Il profilo di rilievo, nella fattispecie, è peraltro costituito dalla sanzione – preannunciata “*expressis verbis*” nel disciplinare – di esclusione del concorrente che non avesse manifestato in termini chiari, assoluti ed univoci l'impegno ad affidare integralmente in subappalto l'esecuzione delle sopra richiamate lavorazioni riferibili alle categorie scorporabili.

Da quanto sopra l'esclusione del concorrente, che il Ricorso così deciso aveva proposto, per avere quest'ultimo manifestato nella domanda di partecipazione il proposito solo “*eventuale*” di ricorrere al subappalto.

Il Tribunale Amministrativo della Lombardia non indugia in alcun approfondimento riferito alla legittimità o meno della “clausola” riferita all'istituto del subappalto *necessario e qualificatorio* - della cui attuale disciplina daremo tuttavia taluni riferimenti nel successivo paragrafo - limitandosi per contro a qualificare la clausola dianzi richiamata e trascritta quale prescrizione “*immediatamente escludente*”, divenuta inoppugnabile allo scadere del trentesimo giorno dalla pubblicazione del bando, per maturata decadenza dal termine di impugnazione di cui

all'art. 120 del CPA.

Per giungere alla declaratoria di irricevibilità per tardività dell'impugnazione il Tribunale Amministrativo ha inoltre escluso la possibilità, anche solo astratta, di interpretare la precitata clausola come esclusivamente riferita all'ipotesi in cui il concorrente fosse totalmente sprovvisto di ogni qualificazione nelle categorie a qualificazione obbligatoria – requisito nella fattispecie solo parzialmente posseduto dal concorrente escluso – poiché, ad opinione del Tribunale, una tale opzione interpretativa avrebbe privato la clausola medesima di qualsivoglia ragionevole valenza.

Argomenta in proposito il Tribunale Amministrativo osservando che l'interpretazione della clausola come riferita alla sola ipotesi di totale carenza di qualificazione del concorrente nelle categorie per la quale la medesima doveva ritenersi "obbligatoria" non avrebbe richiesto un'espressa previsione nel disciplinare, essendo ragionevole e di palese evidenza che il concorrente totalmente privo del requisito deve per necessità subappaltare integralmente le lavorazioni a "*qualificazione obbligatoria*".

L'interesse suscitato alla lettura della Sentenza in commento si giustifica tuttavia anche per aver essa affrontato, nella motivazione, un tema ulteriore e distinto rispetto alla riaffermazione del principio di **necessaria e tempestiva impugnazione delle clausole "immediatamente escludenti"** contenute nei documenti di gara.

L'interesse di cui sopra va ricondotto all'esame di un ulteriore e distinto profilo: riconducibile alla **facoltà o meno per il Giudice Amministrativo di procedere** – a fronte del ricorso avverso un provvedimento di esclusione motivato dal richiamo ad una clausola (non precedentemente impugnata) del disciplinare di gara – alla **disapplicazione di detta clausola, ove ritenuta in contrasto con i principi dell'Ordinamento dell'Unione Europea**.

È chiaro infatti che una volta **ammessa la "disapplicazione" della clausola suddetta verrebbe meno la ragione fondante la declaratoria di irricevibilità dell'impugnazione per tardività della medesima rispetto alla data di pubblicazione della legge di gara**.

Il Tribunale Amministrativo perviene, comunque, alla declaratoria di irricevibilità riaffermando il principio – altre volte espresso dalla Giurisprudenza (da ultimo, e con diffuso richiamo a precedenti conformi: **Consiglio di Giust. Amm. Sicilia n. 1064 del 30.12.2025**) – secondo cui **non sono suscettibili di "disapplicazione" le prescrizioni di una procedura ad evidenza pubblica ancorché esse impongano una clausola escludente fondata su di una norma di legge nazionale passibile di contrasto con il diritto dell'Unione Europea**.

I precedenti giurisprudenziali

Giova ricordare che il subappalto c.d. "*qualificatorio*" o "*necessario*" attinge la propria identificazione – in termini di esegesi normativa – dall'**art. 92 del D.P.R. n. 207/2010** coniugato alla successiva introduzione dell'**art. 12, comma 2, lett. b) del D.L. n. 47/2014 convertito in**

L. n. 80/2014: norma quest'ultima che, come diremo a breve, non è stata abrogata dal D. L.vo n. 36/2023, bensì dal "Correttivo" al Codice di fine 2024.

Ne seguì – anche ad opera della pronuncia dell'**A.P. del C.d.S. n. 9 del 02.11.2015** – la ricostruzione dell'istituto quale subappalto non rispondente (come il "*facoltativo*" o "*classico*") ad esigenze organizzative dell'impresa bensì "*necessario*" a "**... colmare il deficit di qualificazione del contraente** [seppure qualificato per la categoria prevalente] **ad eseguire le lavorazioni scorporabili a qualificazione necessaria**".

A tale proposito si richiama **Consiglio di Stato sez. V 21.02.2024 n. 1743** (dalla cui motivazione è tratto il "*virgolettato*" di cui sopra) - la quale ha confermato **TAR Lazio sez. IV n. 15165 del 12.10.2023** – nonché la di poco successiva **TAR Lazio, sez. IV n. 1405 del 24 gennaio 2024**.

Si segnala altresì – in ragione dei contenuti della decisione qui in commento – che il Consiglio di Stato, nella sopra richiamata pronuncia n. 1743/2024, ha ritenuto sufficiente ad evitare l'esclusione che il concorrente abbia dichiarato nella fase dell'offerta l'intenzione di subappaltare le lavorazioni riconducibili alle categorie scorporabili a qualificazione necessaria.

Ancora, in tema di subappalto qualificatorio, si segnalano quali riferimenti: **Consiglio di Stato sez. V 02.01.2024 n. 26** e la precedente della medesima **sez. V 2103.2023 n. 2873**, ove si precisa che il subappalto "necessario" - in quanto previsto e disciplinato dalla legge - si applica alle procedure di gara a prescindere da un espresso richiamo nel bando, nella lettera di invito e nel corrispondente disciplinare.

In altra occasione, con pronuncia del **Consiglio di Stato sez. V 09.01.2023 n. 8761**, si è affermato essere legittima l'esclusione del concorrente che, pur avendo genericamente dichiarato l'intenzione di ricorrere al subappalto, non aveva però espressamente definito tale affidamento come "necessario" con riguardo ad opere scorporabili a qualificazione obbligatoria, per le quali non era qualificato.

Successivamente il tema ha formato oggetto di nuovo esame in quanto il "**Correttivo**" di cui al **D. L.vo n. 209 del 31.12.2024** ha abrogato l'**art. 12 della L. n. 80/2014** affidando la **disciplina della qualificazione nel settore dei lavori all'Allegato II.12 del vigente Codice**, ponendo così l'interrogativo circa la perdurante valenza dei principi riferiti all'istituto del subappalto qualificatorio.

La più recente giurisprudenza ha confermato l'applicabilità dell'istituto pur nel vigore del "Correttivo" anzidetto, sottolineando che tale opzione è peraltro rispondente al "*principio del risultato*" elevato a regola dall'**art. 1 del D. L.vo n. 36/2023**.

In tal senso merita richiamo, tra le più recenti, la sentenza del **Consiglio di Stato sez. V del 22.12.2025 n. 10162** e la precedente **sez. IV del 28.01.2025 n. 648**.

Significativa e rilevante, in tale contesto, è la prima tra le decisioni da ultimo richiamate (e

dunque la **sez. V n. 10162/2025**) in quanto essa esclude la facoltà di ricorso al “*soccorso istruttorio*” per emendare omissioni o inesattezze nella dichiarazione inerente al subappalto qualificatorio: essendo inibita al concorrente ogni modifica dell’originaria proposta.

Già in precedenza il **Consiglio di Stato** aveva recepito analogo severo indirizzo: come attestano le decisioni della **sez. III 18.07.2017 n. 3541** e della **sez. V 29.12.2022 n. 11596**.

Sul fronte dell’interpretazione ministeriale analoga soluzione è stata recepita – quanto all’attualità del subappalto qualificatorio nella vigenza del “Correttivo” al Codice – con **Parere del MIT n. 3562 del 03.06.2025** in riscontro a quesito posto al **Servizio Supporto Giuridico**.

Considerazioni finali e di sintesi

L’istituto del subappalto “*necessario-qualificatorio*” si conferma, anche nella sentenza in commento, quale espressione di un principio che - per quanto non espressamente regolato dal testo normativo -risponde ad **esigenze di efficacia, rapidità ed al tempo stesso affidabilità e certezza nell’esecuzione dell’opera appaltata**.

In tale prospettiva l’istituto di regolamentazione giurisprudenziale risponde senz’altro all’imperativo di privilegiare il “risultato”: quale attuazione del corrispondente principio introdotto dall’art. 1 del nuovo Codice.

La prioritaria valorizzazione di tale principio si evince, in particolare, dalla motivazione alla sentenza **Consiglio di Stato sez. V n. 10162/2025**, dianzi richiamata, ove l’istituto in esame viene correlato all’opportunità di garantire l’esecuzione delle opere riferibili a categorie scorporabili per le quali l’operatore economico che ha formulato la migliore offerta non è qualificato: assicurando tuttavia che di tale situazione la Stazione Appaltante sia immediatamente notiziata da una tempestiva e conforme dichiarazione, con assunzione di formale impegno del concorrente di avvalersi di impresa qualificata quale subappaltatrice “*necessaria*”.

Potrebbe tuttavia indurre un qualche dubbio la decisione del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia nella parte in cui ha configurato la clausola del Disciplinare – impositiva dell’obbligo suddetto – quale prescrizione ad effetto “*immediatamente escludente*”, con la conseguente decadenza per omessa impugnazione nel termine di cui all’art. 120 CPA calcolato dalla pubblicazione degli atti di avvio della gara d’appalto.

Ricordiamo infatti che per giurisprudenza costante “**... la necessità di preventiva impugnazione del bando è circoscritta al caso della contestazione di clausole riguardanti requisiti di partecipazione ex se ostative all’ammissione dell’interessato, mentre le clausole del bando che non implicano alcun automatico effetto escludente, ossia del tutto prive, in se considerate, di possibili effetti direttamente incidenti sull’accesso del concorrente alla selezione, non sono immediatamente impugnabili, ciò anche con riferimento ai criteri di valutazione e di ammissione che non abbiano effetto**

appunto escludente per il soggetto interessato” (in tal senso, testualmente: **Consiglio di Stato sez. VII 10.05.2022 n. 3636**, ed ulteriore giurisprudenza ivi richiamata).

Considerando il variegato, e per alcuni aspetti ancor di recente non omogeneo, indirizzo della giurisprudenza riferito ai contenuti della dichiarazione richiesta al concorrente in tema di subappalto necessario-qualificatorio, spesso orientata a soluzioni anche diverse in ragione delle peculiari (e per nulla “standardizzate”) formulazioni del bando, della lettera d’invito e del corrispondente disciplinare di gara, non pare del tutto agevole ricondurre la fattispecie decisa con la sentenza in commento all’ambito di una clausola ad “...automatico effetto escludente” come da paradigma giurisprudenziale da ultimo richiamato.

Pubblicato il 11/12/2025

N. 04087/2025 REG.PROV.COLL.

N. 01669/2025 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1669 del 2025, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Fratelli Navarra S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in

relazione alla procedura CIG B4FB355E5E, rappresentata e difesa dagli

avvocati Alessandro Bonanni, Patrizio Giordano, con domicilio digitale

come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Sara Pagliosa, con domicilio eletto presso lo studio Antonello Mandarano in Milano, via della Guastalla 6;

Comune di Milano - Area Gare Opere Pubbliche, non costituito in giudizio;

nei confronti

Edilcostruzioni Group S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Simona Motta, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Flavio Baracchini, 1;

per l'annullamento

? del provvedimento Prot. n. 09/04/2025.0195812.U. del 9.4.2025, comunicato in pari data, con cui il Comune di Milano ha comunicato l'esclusione, decisa nella seduta del 7.04.2025, della Soc. F.Ili Navarra S.r.l dalla procedura di gara per l'affidamento dell'appalto n. 43/2024 avente ad oggetto "novecentopiùcento" riconversione e annessione dell'edificio "secondo arengario" al museo del novecento" (CIG: B4FB355E5E);

? del verbale di gara della seduta del 07.04.2025, e delle operazioni svolte nella seduta medesima, con cui è stata decisa l'esclusione della Soc. Fratelli Navarra S.r.l.;

? della proposta di aggiudicazione del 28.04.2025 intervenuta in favore di Edilcostruzioni Group S.r.l.;

? dell'aggiudicazione dell'appalto in favore di Edilcostruzioni Group S.r.l. ove intervenuta;

? del disciplinare di gara, ove occorra, nella parte in cui ha precisato che “le lavorazioni di cui alle categorie OS30, OS2-A, OS18-A, OS28, OS4 e OS3, devono essere eseguite dal concorrente, sia impresa singola che associata, in possesso delle relative qualificazioni. In alternativa, qualora per dette categorie scorporabili il concorrente sia in possesso dei requisiti con riferimento alla categoria prevalente, dovrà integralmente subappaltare le relative lavorazioni ad imprese con idonea qualificazione. Trattandosi di subappalto necessario-qualificatorio, la dichiarazione di subappalto non dovrà contenere espressioni che riconducano ad una “eventuale” volontà di ricorrere al subappalto, pena l'esclusione dalla procedura per mancanza del requisito di qualificazione” e che “considerato che nell'oggetto dell'appalto rientrano opere scorporabili di cui alle categorie OS30 (...) OS28, se non possono essere eseguite dal concorrente, sia impresa singola che associata, in quanto non in possesso delle relative qualificazioni devono obbligatoriamente, pena l'esclusione, essere subappaltate ad imprese in possesso di idonea qualificazione”, laddove possa interpretarsi (in malam partem) nel senso di imporre al concorrente il subappalto totale dell'intera categoria scorporabile anche nei casi in cui lo stesso sia qualificato ai sensi di legge per eseguirne una parte;

? ove occorra, del chiarimento n. 14, con cui il Comune di Milano ha affermato che “come previsto dal disciplinare di gara, tutte le categorie scorporabili, e quindi anche le categorie OS18-A e OS4, sono interamente subappaltabili; il concorrente che non possiede le qualificazioni per le categorie OS18-A e OS4, deve possedere i relativi requisiti con riferimento alla cat. prevalente OG2 e, pena l'esclusione, trattandosi di subappalto necessario-qualificatorio, deve subappaltare interamente le predette

categorie OS18-A e OS4, come previsto dal disciplinare di gara”, laddove possa interpretarsi (in malam partem) nel senso di imporre al concorrente il subappalto totale dell’intera categoria scorporabile anche nei casi in cui lo stesso sia qualificato ai sensi di legge per eseguirne una parte;

? ove occorra, della Determina Dirigenziale n. 11974 del 18.12.2024, con cui è stato autorizzato l’espletamento della procedura di gara di cui si discute, laddove possa interpretarsi (in malam partem) nel senso di imporre al concorrente il subappalto totale dell’intera categoria scorporabile anche nei casi in cui lo stesso sia qualificato ai sensi di legge per eseguirne una parte;

? ove occorra, di tutti gli atti di indizione della procedura, anche se ignoti, sconosciuti e non comunicati;

? di ogni altro atto ad essi presupposto, preordinato, connesso, consequenziale ed esecutivo, anche se ignoto e non comunicato, che comunque incida sui diritti e/o interessi legittimi vantati dalla ricorrente;

NONCHÉ

per la dichiarazione di invalidità e comunque di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con altro operatore economico (dichiarandosi, ad ogni effetto, ed ove occorra, la piena disponibilità della ricorrente a subentrare nell’esecuzione del contratto ai sensi di quanto previsto dall’art. 122 C.P.A),

e per la conseguente condanna dell’Ente a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente monetario nella misura che sarà determinata in causa.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da FRATELLI NAVARRA S.R.L. il 472025:

- degli atti gravati con il ricorso introduttivo;

? del provvedimento di aggiudicazione adottato con DD 4653 del

10.06.2025, comunicata il successivo 11.06.2025;

? della nota Prot. 11/06/2025.0310259.I di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione;

? ove occorra, della nota del 5.06.2025- Prot. 06/06/2025.0299578.U. con cui il Comune di Milano ha disatteso la richiesta della soc. Fratelli Navarra di soprassedere dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione in favore di altro operatore economico sino alla conclusione del presente giudizio innanzi al TAR;

? di ogni altro atto ad essi presupposto, preordinato, connesso, consequenziale ed esecutivo, anche se ignoto e non comunicato, che comunque incida sui diritti e/o interessi legittimi vantati dalla ricorrente;

NONCHÉ

per la dichiarazione di invalidità e comunque di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con altro operatore economico (dichiarandosi, ad ogni effetto, ed ove occorra, la piena disponibilità della ricorrente a subentrare nell'esecuzione del contratto ai sensi di quanto previsto dall'art. 122 C.P.A),

e per la conseguente condanna dell'Ente a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente monetario nella misura che sarà determinata in causa.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da FRATELLI NAVARRA S.R.L. il 29/06/2025 :

NEL RICORSO R.G. n. 1669/2025 PROPOSTO

“PER L'ANNULLAMENTO,

? del provvedimento Prot. n. 09/04/2025.0195812.U. del 9.4.2025, comunicato in pari data, con cui il Comune di Milano ha comunicato l'esclusione, decisa nella seduta del 7.04.2025, della Soc. F.lli Navarra S.r.l

dalla procedura di gara per l'affidamento dell'appalto n. 43/2024 avente

ad oggetto "novecentopiùcento" riconversione e annessione dell'edificio "secondo arengario" al museo del novecento" (CIG: B4FB355E5E) (doc. 6);

? del verbale di gara della seduta del 07.04.2025, e delle operazioni svolte nella seduta medesima, con cui è stata decisa l'esclusione della Soc. Fratelli Navarra S.r.l (doc. 5);

? della proposta di aggiudicazione del 28.04.2025 intervenuta in favore di Edilcostruzioni Group S.r.l. (doc. 7);

? dell'aggiudicazione dell'appalto in favore di Edilcostruzioni Group S.r.l. ove intervenuta;

? del disciplinare di gara, ove occorra, nella parte in cui ha precisato che "le lavorazioni di cui alle categorie OS30, OS2-A, OS18-A, OS28, OS4 e OS3, devono essere eseguite dal concorrente, sia impresa singola che associata, in possesso delle relative qualificazioni. In alternativa, qualora per dette categorie scorporabili il concorrente sia in possesso dei requisiti con riferimento alla categoria prevalente, dovrà integralmente subappaltare le relative lavorazioni ad imprese con idonea qualificazione. Trattandosi di subappalto necessario-qualificatorio, la dichiarazione di subappalto non dovrà contenere espressioni che riconducano ad una "eventuale" volontà di ricorrere al subappalto, pena l'esclusione dalla procedura per mancanza del requisito di qualificazione" (pag. 5) e che "considerato che nell'oggetto dell'appalto rientrano opere scorporabili di cui alle categorie OS30 (...) OS28, se non possono essere eseguite dal concorrente, sia impresa singola che associata, in quanto non in possesso delle relative qualificazioni devono obbligatoriamente, pena l'esclusione, essere subappaltate ad imprese in possesso di idonea qualificazione" (pag. 19), laddove possa interpretarsi (in malam partem) nel senso di imporre al concorrente il subappalto totale dell'intera categoria scorporabile anche nei casi in cui lo stesso sia qualificato ai sensi di legge per eseguirne una parte (doc. 3);

? ove occorra, del chiarimento n. 14, con cui il Comune di Milano ha

affermato che “come previsto dal disciplinare di gara, tutte le categorie scorporabili, e quindi anche le categorie OS18-A e OS4, sono interamente subappaltabili; il concorrente che non possiede le qualificazioni per le categorie OS18-A e OS4, deve possedere i relativi requisiti con riferimento alla cat. prevalente OG2 e, pena l’esclusione, trattandosi di subappalto necessario-qualificatorio, deve subappaltare interamente le predette categorie OS18-A e OS4, come previsto dal disciplinare di gara (pag. 5)”, laddove possa interpretarsi (in malam partem) nel senso di imporre al concorrente il subappalto totale dell’intera

categoria scorporabile anche nei casi in cui lo stesso sia qualificato ai sensi di legge per eseguirne una parte (doc. 4);

? ove occorra, della Determina Dirigenziale n. 11974 del 18.12.2024, con cui è stato autorizzato l’espletamento della procedura di gara di cui si discute, laddove possa interpretarsi (in malam partem) nel senso di imporre al concorrente il subappalto totale dell’intera categoria scorporabile anche nei casi in cui lo stesso sia qualificato ai sensi di legge per eseguirne una parte (doc. 1);

? ove occorra, di tutti gli atti di indizione della procedura, anche se ignoti, sconosciuti e non comunicati;

? di ogni altro atto ad essi presupposto, preordinato, connesso, consequenziale ed esecutivo, anche se ignoto e non comunicato, che comunque incida sui diritti e/o interessi legittimi vantati dalla ricorrente;

nonché, in ragione del primo atto di motivi aggiunti, “per l’annullamento, previa sospensiva

? del provvedimento di aggiudicazione adottato con DD 4653 del 10.06.2025 (doc. 12), comunicata il successivo 11.06.2025;

della nota Prot. 11/06/2025.0310259.I di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione (doc. 13);

? ove occorra, della nota del 5.06.2025- Prot. 06/06/2025.0299578.U. con

cui il Comune di Milano ha disatteso la richiesta della soc. Fratelli Navarra di soprassedere dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione in favore di altro operatore economico sino alla conclusione del presente giudizio innanzi al TAR (doc. 11);

? di ogni altro atto ad essi presupposto, preordinato, connesso, consequenziale ed esecutivo, anche se ignoto e non comunicato, che comunque incida sui diritti e/o interessi legittimi vantati dalla ricorrente”;

nonché, in ragione del presente atto di motivi aggiunti, per l'annullamento, previa sospensiva

? del provvedimento di esclusione assunto dalla Commissione di Gara nella seduta del 10.09.2025 in cui “Il Presidente di gara, visto l'Atto di Valutazione Prot. 08/09/2025.0457467.I., dichiara che a carico dell'operatore economico FRATELLI NAVARRA SRL, già escluso dalla presente procedura per le ragioni indicate nel verbale di gara

del 07/04/2025, sussiste un ulteriore motivo di esclusione in quanto, a seguito della verifica dell'offerta anomala del suddetto operatore economico, non risulta dimostrata l'attendibilità dell'offerta presentata per le motivazioni di cui in premessa” (cfr. Verbale seduta del 10.09.2025, doc. 23);

? della nota Prot. 10/09/2025.0463093.U. del 10.09.2025 con cui il Comune di Milano ha comunicato il suddetto provvedimento di esclusione (doc. 24);

? dell'“atto di valutazione finale relativo all'offerta dichiarata anomala dell'operatore economico Fratelli Navarra S.r.l.” Prot. 08/09/2025.0457467.I del 8.9.2025, richiamato nel provvedimento di esclusione, con cui il RUP ha concluso che “non risulta dimostrata l'attendibilità dell'offerta” (doc. 22);

? delle operazioni di verifica di congruità svolte dall'Ente, con i relativi verbali successivamente conosciuti (verbale n. 1 del 31.07.2025; doc. 20; verbale n. 2 del 3.09.2025 con cui “il Responsabile Unico del Progetto ritiene conclusa con esito negativo la verifica dell'offerta presentata

dall'operatore economico FRATELLI NAVARRA SRL per l'appalto in oggetto"; doc. 21);

? ove occorra, della nota Prot. 08/07/2025.0366527.U. con cui il Comune di Milano ha avviato la verifica di congruità dell'offerta della Fratelli Navarra S.r.l. (doc. 16);

? ove occorra, della nota Prot. 01/08/2025.0412266.U. con cui il Comune di Milano ha richiesto integrazioni alle spiegazioni fornite dalla Fratelli Navarra S.r.l. (doc. 18);

? di ogni altro atto ad essi presupposto, preordinato, connesso, consequenziale ed esecutivo, anche se ignoto e non comunicato, che comunque incida sui diritti e/o interessi legittimi vantati dalla ricorrente;

nonché

per la dichiarazione di invalidità e comunque di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con altro operatore economico (dichiarandosi, ad ogni effetto, ed ove occorra, la piena disponibilità della ricorrente a subentrare nell'esecuzione del contratto ai sensi di quanto previsto dall'art. 122 C.P.A),

e per la conseguente condanna

dell'Ente a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente monetario nella misura che sarà determinata in causa.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano e di Edilcostruzioni Group S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2025 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente è stata esclusa dal Comune di Milano dalla procedura di gara per l'affidamento dell'appalto n. 43/2024 avente ad oggetto "novecentopiùcento" riconversione e annessione dell'edificio "secondo arengario" al museo del novecento" (CIG: B4FB355E5E), sul

presupposto che *"non risulta qualificato nella misura prevista dal*

disciplinare; infatti, essendo in possesso dei requisiti di partecipazione per

le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria OS30 e OS28 con

riferimento alla categoria prevalente, non ha dichiarato il subappalto

necessario-qualificatorio in misura integrale, avendo indicato di voler

subappaltare una percentuale dei lavori pari all' 80%, contrariamente a

quanto previsto dal disciplinare di gara (pag.5 e pag. 19 punto 9) in

applicazione dell'art. 12, comma 2, lett. b) del D.L. n. 47/2014 convertito

con modificazioni con legge n. 80/2014”.

Contro il suddetto atto ha sollevato i seguenti motivi di ricorso.

I. Illegittimità dell'esclusione per erronea interpretazione del regime normativo in materia di subappalto – violazione e/o falsa applicazione degli artt.1, 2, 3, 5, 10 e 100 del d.lgs. n. 36/2023 e degli artt.1, 2 e 30 dell'allegato ii.12 al d.lgs. n. 36/2023; violazione e/o falsa applicazione dell'art.12, co. 2 del d.l. n. 47/2014; violazione e/o falsa applicazione delle pertinenti disposizioni del disciplinare di gara (pag. 5 e 19); violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 cost. (irragionevolezza) e dell'art. 41 cost. (libertà dell'iniziativa economica). violazione dell'art. 1655 del cod. civ.(organizzazione dell'appalto a cura e responsabilità dell'appaltatore). violazione del principio di concorrenza, proporzionalità e risultato. contraddittorietà e violazione dell'auto-vincolo; violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione; eccesso di potere.

II. Violazione e/o falsa applicazione del principio del risultato di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023. violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97, cost. irragionevolezza e perplessità dell'istruttoria svolta.

III. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 2, 3, 5 e 10 del d.lgs. n. 36/2023. violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97, cost. violazione e/o falsa applicazione dei principi del clare loqui, del favor participationis e della par condicio competitorum.

IV. violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 2, 3, 5 e 119 del d.lgs. n. 36/2023. violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97, cost. violazione e/o falsa applicazione dell'auto-vincolo assunto in sede di determina a contrarre n. 11974 del 18.12.2024.

IV. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 2, 3, 5 e 119 del d.lgs. n. 36/2023. violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97, cost. violazione e/o falsa applicazione dell'auto-vincolo assunto in sede di determina a contrarre n. 11974 del 18.12.2024.

V. Violazione del contraddittorio e del soccorso istruttorio – violazione e/o falsa applicazione dell'art. 101 del d.lgs. n. 36/2023. violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 2, 3, 5 e 10 e 119 del d.lgs. n. 36/2023. violazione e/o falsa applicazione dell'art. 10-bis della l. n. 241/1990. violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97, cost. violazione e/o falsa applicazione del principio del contraddittorio.

VI. In via subordinata: illegittimità della lex specialis ove in ipotesi interpretabile nel senso fatto proprio dall'ente – violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 2, 3, 5, 10 e 119 del d.lgs. n. 36/2023. violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97, cost. violazione e/o falsa applicazione dei principi di tassatività delle cause di esclusione, del favor participationis e della par condicio competitorum.

VII. In via ulteriormente subordinata – violazione e/o falsa applicazione degli artt. 63 e 61 della direttiva ue 2014/24 e degli artt. 49 e 56 del tfue. richiesta di rinvio pregiudiziale alla corte di giustizia dell'unione europea.

VIII. Chiede quindi il risarcimento del danno nel caso in cui non sia possibile l'esecuzione diretta.

2. Con il primo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione adottato con DD 4653 del 10.06.2025 (doc.12), comunicata il successivo 11.06.2025, sollevando i seguenti motivi di impugnazione.

I. Illegittimità propria e derivata per i motivi già esposti con il ricorso introduttivo.

3. Con il secondo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato il provvedimento di esclusione assunto dalla Commissione di Gara nella seduta del 10.09.2025 in cui "Il Presidente di gara, visto l'Atto di Valutazione Prot. 08/09/2025.0457467.I., dichiara che a carico dell'operatore economico FRATELLI NAVARRA SRL, già escluso dalla presente procedura per le ragioni indicate nel verbale di gara del 07/04/2025, sussiste un ulteriore motivo di esclusione in quanto, a seguito della verifica dell'offerta anomala del suddetto operatore economico, non risulta dimostrata l'attendibilità dell'offerta presentata per le motivazioni di cui in premessa", sollevando i seguenti motivi di ricorso.

I. Superficialità della verifica e grave travisamento del contenuto dei giustificativi. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2, 5 e 110 del d.lgs. n. 36/2023. violazione e/o falsa applicazione dell'art. 69 della direttiva 2014/24/ue; violazione e/o falsa applicazione delle clausole del disciplinare di gara riguardanti la verifica di congruità. violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 cost. difetto di istruttoria. travisamento dei fatti; difetto di contraddittorio. arbitrarietà dell'azione amministrativa; sviamento di potere.

II. Mancanza del dovuto contraddittorio. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 cost., degli artt. 2, 5 e 110 del d.lgs. n. 36/2023. dell'art. 69 della direttiva 2014/24/ue; violazione e/o falsa applicazione delle clausole del disciplinare di gara riguardanti la verifica di congruità. violazione del principio del contraddittorio positivizzato nella l. 241/90; eccesso di potere per difetto di contraddittorio, difetto di istruttoria; travisamento dei fatti; sviamento di potere.

La difesa del Comune di Milano ha chiesto il ricorso sia prioritariamente dichiarato irricevibile per tardività, in quanto le censure ivi svolte avverso l'atto di esclusione presuppongono, in tesi, una

pretesa difforme applicazione della legge di gara relativamente all'istituto del subappalto

necessario (integrale) che avrebbe dovuto essere impugnata in via diretta. In subordine chiede la reiezione nel merito del ricorso in quanto trattandosi di subappalto qualificante -come espressamente e chiaramente disposto dal disciplinare in conformità alla normativa vigente all'epoca di pubblicazione del bando (cfr. art. 12, comma 2, lett. b) DL n. 47/2014)- il subappalto avrebbe dovuto essere integrale. Chiede inoltre la reiezione del secondo ricorso per motivi aggiunti in quanto l'anomalia dell'offerta sarebbe stata correttamente valutata.

La difesa della controinteressata Edilcostruzioni Group S.r.l. chiede la reiezione di tutti i ricorsi.

All'udienza del 3 dicembre 2025 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

4.1 Il ricorso introduttivo è irricevibile nella parte in cui impugna la clausola

del disciplinare di gara, nella parte in cui ha precisato che "*le lavorazioni di*

cui alle categorie OS30, OS2-A, OS18-A, OS28, OS4 e OS3, devono

essere eseguite dal concorrente, sia impresa singola che associata, in

possesso delle relative qualificazioni. In alternativa, qualora per dette

categorie scorporabili il concorrente sia in possesso dei requisiti con

riferimento alla categoria prevalente, dovrà integralmente subappaltare le

relative lavorazioni ad imprese con idonea qualificazione”, insieme

all'esclusione.

Infatti, come chiarito nell'atto di esclusione, ai fini della qualificazione non è possibile l'utilizzo della categoria OG11 posseduta in SOA dal concorrente, in quanto la stessa risulta di classifica insufficiente (OG11 class. IV-bis anziché V) a coprire gli importi indicati nella legge di gara (OS30 € 3.685.457,10 + OS28 € 1.260.496,66= € 4.945.953,76).

Ne consegue che la clausola del disciplinare di gara è immediatamente escludente, trattandosi di subappalto necessario-qualificatorio per il quale la suddetta clausola prevede il subappalto in misura integrale.

Si tratta di clausola riguardante requisiti di partecipazione legati a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara, esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento (cfr. già Cons. St., Ad. Plen. 29 gennaio 2003, n. 1 e id., Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4; art. 44 della legge 07.07.2009 n. 88 (c.d.

Comunitaria 2008)).

In materia la giurisprudenza (CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE – sentenza 23 settembre 2025, n. 722) ha chiarito che in materia di appalti pubblici, qualora il disciplinare di gara sia chiaro, inequivoco e abbia l'effetto di escludere immediatamente dalla gara tutte le imprese che abbiano l'intenzione di subappaltare integralmente una categoria di lavori, le stesse hanno l'onere di impugnare tempestivamente la clausola immediatamente escludente (v. anche Cons. Stato, Sez. III, n. 5050 del 2024; C.g.a.r.s., sez. giur., n. 283 del 2024).

In merito alla chiarezza della clausola non è possibile interpretare la clausola nel senso che essa “si

riferisce esclusivamente all'ipotesi in cui il concorrente sia sprovvisto totalmente di ogni qualificazione nelle categorie a qualificazione obbligatoria” come pretende il ricorrente, in quanto ritenere che la clausola si applichi solo al caso in cui il partecipante alla gara non abbia alcuna qualificazione nelle categorie a qualificazione obbligatoria significa privarla di qualsiasi significato, trattandosi, evidentemente, di un'ipotesi che non richiede una previsione espressa del bando in quanto chi non ha per nulla il requisito deve per natura subappaltare integralmente.

Neppure può ritenersi che la clausola debba disapplicarsi per violazione del diritto comunitario in quanto il Consiglio di Stato, Sez. V, (sentenza n. 321

del 10 gennaio 2024) ha chiarito che “6.2.2. Più nel dettaglio, va affermato

che va impugnato, e non può essere soltanto “disapplicato”, il bando di

una procedura ad evidenza pubblica contenente una clausola escludente

che, applicando una norma di legge nazionale ritenuta dalla Corte di

Giustizia in contrasto col diritto dell'Unione, ne impone l'osservanza nella

singola gara; qualora poi si tratti, come nel caso di specie, di una clausola

immediatamente escludente, l'impugnazione del bando deve essere

proposta nel termine di trenta giorni dalla sua pubblicazione ai sensi

dell'art. 120, comma 5, c.p.a.....La Corte di Giustizia si è pronunciata

diverse volte su norme nazionali che prevedono termini di decadenza per le

impugnazioni avverso decisioni delle autorità aggiudicatrici dei pubblici

appalti, affermandone la compatibilità con la direttiva 89/665 a condizione

che il termine sia ragionevole e non determini discriminazioni tra violazioni

di diritto interno e di diritto comunitario, sempreché nessun ulteriore

ostacolo impedisca l'effettiva applicazione del diritto comunitario (cfr. già

Corte di Giustizia, 12 dicembre 2002, C-470/99).

Nella sentenza Santex su citata, la Corte UE, è stata chiamata a pronunciarsi in un caso in cui i motivi addotti dal ricorrente erano basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario ed era chiesto di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non era più possibile invocare una

tale incompatibilità.

In tale situazione, analoga alla presente, la CGUE ha constatato che «sebbene spetti all'ordinamento nazionale di ogni Stato membro definire le modalità relative al termine di ricorso destinate ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto comunitario ai candidati e agli offerenti lesi da decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici, tali modalità non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva, la quale è intesa a garantire che le decisioni illegittime di tali amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più

rapido possibile».

La Corte ne ha fatto conseguire la valutazione di ragionevolezza del termine (decorrente dalla notifica dell'atto o dalla data in cui l'interessato ne ha avuto piena conoscenza), all'epoca, di sessanta giorni ed ha ritenuto la fissazione del termine di decadenza rispondente all'esigenza di effettività derivante dalla direttiva c.d. ricorsi ed al principio di certezza del diritto, salva la verifica in concreto – a salvaguardia della detta effettività – che nel singolo caso la norma processuale non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di diritti eventualmente riconosciuti

all'interessato nel diritto comunitario.

In linea con la giurisprudenza della Corte UE, è quella del Consiglio di Stato, secondo cui “in via generale, il rispetto dei principi di parità di trattamento ed effettività non osta a che lo Stato membro assoggetti la tutela di una posizione giuridica di diritto comunitario derivato ad un termine di decadenza, a condizione che la fissazione di tale termine sia equivalente a quella prevista per posizioni giuridiche di diritto interno, e che il termine non sia di esiguità tale da rendere impossibile o estremamente difficile l’esercizio effettivo della tutela delle posizioni giuridiche di matrice

comunitaria” (Cons. Stato, VI, 31 marzo 2011, n. 1983).”

Nel caso di specie il termine di decadenza di trenta giorni, oltre a valere anche per l’impugnazione degli atti contrari al diritto interno, non è di per sé idoneo a rendere impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti (cfr. CGUE, IV, 14 febbraio 2019, C-54/18, in riferimento al termine di trenta giorni all’epoca fissato dall’art. 120, comma 2 bis, c.p.a.) in quanto la clausola era chiara ed il suo contenuto era stato ribadito con nota di chiarimenti della stazione appaltante.

4.2 La tardività dell’impugnazione del bando di gara comporta l’inammissibilità dell’impugnazione dell’atto di esclusione in quanto il provvedimento di esclusione riproduce meramente le citate previsioni della *lex specialis*.

5. Il primo ricorso per motivi aggiunti, diretto contro l’aggiudicazione deve quindi dichiararsi inammissibile in quanto la definitiva esclusione di un concorrente conclude, per lui, il procedimento di gara e la sua posizione rispetto al bene della vita su cui verte la procedura non assume altra

configurazione che quella di interesse di fatto, del tutto privo di rilevanza e tutela giuridica, atteso che è la partecipazione alla gara che costituisce il fatto legittimante che radica nel concorrente l'interesse ad impugnarne l'esito.

6. Il secondo ricorso per motivi aggiunti, diretto contro il giudizio di anomalia dell'offerta prodotta in gara, è a sua volta inammissibile per carenza originaria di interesse all'impugnazione in quanto la definitività dell'esclusione non permette al ricorrente di ottenere qualsiasi vantaggio dal suo accoglimento.

7. In definitiva quindi il ricorso introduttivo va dichiarato in parte irricevibile per tardività ed in parte inammissibile. Sono invece inammissibili i ricorsi per motivi aggiunti.

8. Sussistono giustificati motivi per compensare le spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, dichiara in parte irricevibile per tardività ed in parte inammissibile il ricorso introduttivo e dichiara inammissibili i ricorsi per motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2025 con l'intervento dei magistrati:

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Marilena Di Paolo, Referendario