

22 settembre 2026

FOCUS GIURISPRUDENZA

[Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 6561 del 20 agosto 2026](#)

Subappalto facoltativo: l'indicazione di una quota eccedente i limiti consentiti non comporta l'esclusione ed è sanabile con soccorso istruttorio, se il concorrente è autonomamente qualificato.

La sentenza affronta due questioni di particolare rilievo applicativo nell'ambito delle procedure di affidamento disciplinate dal D. Lgs. n. 36/2023: da un lato, le conseguenze derivanti dall'indicazione, nel DGUE, di una quota **di subappalto facoltativa eccedente il limite consentito**; dall'altro, il rapporto tra ritardi nei versamenti contributivi e possesso del requisito di regolarità contributiva in presenza di **DURC regolari senza soluzione di continuità**.

La vicenda trae origine da una procedura aperta per i lavori di messa in sicurezza di aree industriali. L'aggiudicataria aveva dichiarato nel DGUE di voler subappaltare il 50% della categoria prevalente OG3. La Stazione appaltante, ritenendo che l'art. 119 del Codice imponesse all'affidatario di eseguire direttamente una quota prevalente delle lavorazioni della categoria prevalente, aveva attivato il soccorso istruttorio, consentendo all'impresa di ridurre la percentuale di subappalto.

Il TAR aveva annullato l'aggiudicazione ritenendo, tra l'altro, che una simile dichiarazione non fosse sanabile mediante soccorso istruttorio. **Il Consiglio di Stato** ribalta tale conclusione.

Il primo passaggio centrale della decisione riguarda **la natura della sanzione prevista dall'art. 119, comma 1, del D. Lgs. n. 36/2023**. Secondo il Collegio, **la nullità contemplata dalla disposizione è una nullità dell'accordo di subappalto stipulato in violazione dei limiti normativi, e non una causa automatica di esclusione dalla procedura**. La disposizione, infatti, opera essenzialmente sul piano della fase esecutiva del contratto: se il subappalto eccede la quota consentita, l'accordo tra appaltatore e subappaltatore è nullo per la parte eccedente e quelle lavorazioni dovranno essere eseguite direttamente dall'affidatario.

Il Consiglio di Stato valorizza, inoltre, **la differenza tra il subappalto facoltativo e subappalto necessario o qualificatorio**.

Nel caso esaminato, l'impresa possedeva autonomamente la qualificazione per eseguire l'intera categoria prevalente OG3, addirittura in classifica VIII rispetto alla IV richiesta dalla gara. **Il subappalto, quindi, non serviva a integrare un requisito di partecipazione mancante, ma costituiva una mera scelta organizzativa relativa all'esecuzione del contratto**.

È proprio questa distinzione a giustificare il regime del soccorso istruttorio. Quando si tratta di subappalto qualificatorio, la dichiarazione è direttamente collegata al possesso dei requisiti di partecipazione e, pertanto, non può essere liberamente modificata successivamente. Diversamente, nel subappalto facoltativo la dichiarazione non incide né sui requisiti di partecipazione né sugli elementi tecnici o economici dell'offerta.

Da qui l'affermazione secondo cui **la dichiarazione di subappalto facoltativo non costituisce un elemento essenziale dell'offerta**: la percentuale di lavorazioni che l'impresa intende affidare a terzi non modifica infatti la proposta tecnica o economica valutata dalla Stazione appaltante. Per questa ragione la percentuale originariamente indicata nel DGUE poteva essere corretta attraverso **il soccorso istruttorio sanante di cui all'art. 101, comma 1, lett. b), del Codice**.

Il secondo profilo della sentenza riguarda la **regolarità contributiva**.

Il TAR aveva ritenuto che alcuni versamenti alla Cassa Edile effettuati dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte dimostrassero la perdita del requisito, nonostante l'impresa fosse risultata titolare di DURC regolari.

Anche su questo punto **il Consiglio di Stato riforma la pronuncia**. Gli artt. 94, comma 6, e 95, comma 2, del Codice rinviano all'Allegato II.10, il quale considera "gravi" le violazioni contributive ostative al rilascio del DURC. La disciplina mira, secondo il Collegio, a standardizzare il controllo demandato alle Stazioni appaltanti, ancorando la gravità della violazione a un parametro oggettivo: l'esito della verifica effettuata dagli enti previdenziali.

Di conseguenza, **in presenza di una sequenza ininterrotta di DURC regolari riferiti al periodo rilevante della procedura, la Stazione appaltante non può sostituire una propria autonoma valutazione a quella dell'ente certificato**. Tale sequenza è sufficiente a comprovare la continuità del requisito. Il Collegio precisa altresì che **non ricorre, in una simile ipotesi, una regolarizzazione postuma vietata dalla giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria**. La presenza dei DURC validi e regolari escludono, a monte, l'esistenza di una irregolarità contributiva qualificabile come ostativa alla partecipazione della gara.

Corte dei Conti - Sezione Regionale di Controllo per la Puglia. Delibera n. 141 del 14 agosto 2026. (in allegato)

Project financing. Il diritto di prelazione del promotore è incompatibile con il diritto dell'Unione europea espresso nella sentenza CGUE del 5 febbraio 2026, causa C-810/24. E' legittima la disapplicazione della disciplina nazionale incompatibile attraverso l'esercizio del potere di annullamento d'Ufficio. Obbligo di motivazione in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico.

Nel project financing il diritto di prelazione viola il principio di parità di trattamento e le prerogative di concorrenza effettiva, oltre a porsi in contrasto con la libertà di stabilimento. L'Amministrazione non può ignorare la pronuncia della Corte di Giustizia Europea, dotata di valore interpretativo generale e vincolante, impone allo Stato membro, compreso l'apparato amministrativo e funzionari, la non applicazione della norma nazionale incompatibile. Spetta alla Pubblica amministrazione esercitare il potere di annullamento d'ufficio degli atti di gara incompatibili con il diritto unionale.

Questo è quanto affermato dalla **Sezione Regionale di Controllo per la Puglia della Corte dei Conti**, con la **delibera n. 141/2026**, oggetto di disamina, investita da una richiesta di parere avanzata da una S.A., nell'ambito di una procedura di **project financing** e precisamente sulla possibilità di annullare la procedura di gara e la relativa aggiudicazione per contrasto del meccanismo di prelazione con il diritto dell'Unione Europea e sulla conseguente responsabilità dei funzionari e degli amministratori per aver avviato una procedura di gara non conforme alle nuove regole europee.

In merito al primo quesito, la Corte dei Conti chiarisce che la S.A. deve riesaminare la situazione alla luce della recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 5 febbraio 2026 – Causa C-810/24, la quale, essendo dotata di valore interpretativo generale e vincolante, impone "...allo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche all'apparato amministrativo e ai suoi funzionari (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, 9 novembre 2021, n. 18), la non applicazione della norma incompatibile, stante la primazia del diritto unionale ex art. 11 e 17 della Costituzione.

Alla luce di ciò, la Corte dei Conti ribadisce che "...l'aspettativa del promotore di mantenere il diritto di prelazione, pur essendo degna di attenzione, non costituisce un diritto assoluto e deve sempre cedere il passo alla necessità di rispettare la normativa europea sovraordinata."

Nell'ipotesi in cui, dunque, il contratto non è stato ancora stipulato, ma sono spirati i termini di impugnazione della procedura di gara e della conseguente aggiudicazione, "...**residua in capo alla pubblica amministrazione il potere di annullamento d'ufficio dei menzionati atti**".

In siffatta ipotesi, come chiarisce la Corte dei Conti, l'autotutela non deve costituire una scelta discrezionale e astratta, ma deve essere effettuata dietro una valutazione concreta dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto illegittimo e degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, mediante una adeguata motivazione in seno al provvedimento di annullamento d'ufficio, così come impone l'art. 3 della legge n. 241/90.

In merito al secondo quesito, la Corte dei Conti chiarisce che, non ogni procedura difforme alle nuove regole europee significa automaticamente che qualcuno debba pagare un danno erariale.

La responsabilità erariale, infatti, richiede la presenza dei suoi presupposti, tra cui un danno erariale, una condotta imputabile a titolo di dolo o colpa grave e il necessario nesso causale.

In conclusione per la Corte dei Conti, alla luce dei principi espressi, "...*spetta al Comune richiedente effettuare le proprie valutazioni, nella piena ed esclusiva discrezionalità e responsabilità in ordine alle scelte gestorie da compiere, al fine di una corretta applicazione della disciplina legislativa in materia di project financing conforme al diritto unionale*".

Corte d'Appello di Firenze, sent. n. 2729 del 07 settembre 2026 (in allegato)

La riserva tempestivamente e ritualmente iscritta non deve essere reiterata in ciascun SAL successivo, fermo restando l'obbligo di conferma nel conto finale.

La sottoscrizione di un atto di sottomissione non comporta, di per sé, rinuncia alle riserve già formulate, in assenza di una volontà abdicativa espressa o inequivoca.

La Corte d'Appello di Firenze, con sentenza n. 2729, interviene sulla disciplina delle **riserve nell'esecuzione dei lavori pubblici**, chiarendo due aspetti di particolare rilievo operativo.

In primo luogo, **una volta che la riserva sia stata tempestivamente e ritualmente iscritta nel primo atto idoneo a riceverla e nel registro di contabilità, l'appaltatore non è tenuto a reiterarla in occasione di ciascuno successivo SAL.**

Secondo la Corte, infatti, la **disciplina delle riserve**, dal R.D. n. 350/1895 fino all'attuale D. Lgs. n. 36/2023, non ha mai previsto un obbligo di continua riproposizione delle riserve già formulate nei

successivi stati di avanzamento. Ciò che assume carattere essenziale, ai fini della conservazione della pretesa, è invece la loro espressa conferma in sede di conto finale, in mancanza della quale le riserve devono ritenersi abbandonate.

L'assunto della Stazione appaltante, dunque, secondo cui le riserve, una volta che siano state ritualmente e tempestivamente iscritte in relazione al SAL di pertinenza, debbano essere reiterate a pena di decadenza dall'impresa appaltatrice anche in occasione dell'approvazione dei successivi SAL, non è conforme a diritto.

La pronuncia ribadisce quindi la distinzione tra **tempestiva iscrizione della riserva**, che **deve avvenire sul primo atto idoneo successivo all'insorgenza o alla cessazione del fatto pregiudizievole**, e la successiva **conferma della domanda nel conto finale**, senza che tra i due momenti sia necessaria una pedissequa reiterazione nei singoli SAL.

Il passaggio sulla non necessità della reiterazione nei SAL è particolarmente netto: **la Corte osserva che dall'originaria disciplina del R.D. 350/1895 sino all'art. 115 e all'art. 7 dell'Allegato II.14 del D. Lgs. n. 36/2023 il sistema richiede la tempestiva iscrizione e la conferma finale, non la ripetizione ad ogni SAL.**

Ulteriore principio affrontato dalla Corte riguarda gli **atti di sottomissione**. La sottoscrizione da parte dell'appaltatore di un atto relativo ad una variante o all'assestamento del progetto **non determina automaticamente la rinuncia alle riserve precedentemente iscritte.**

Per costante giurisprudenza di legittimità, la rinuncia, infatti, richiede una specifica manifestazione di volontà dell'appaltatore oppure un comportamento concludente dello stesso dal quale emerga in maniera univoca la volontà di abbandonare definitivamente le proprie pretese (cfr., fra le più recenti, Cass. civ. 10603/24). La semplice accettazione della variante e delle nuove condizioni esecutive non è quindi sufficiente.

La sentenza assume particolare interesse operativo perché conferma che **l'atto di sottomissione disciplina le nuove o diverse lavorazioni, ma non ha normalmente efficacia transattiva sulle pregresse pretese dell'impresa.** Le riserve già correttamente formulate rimangono pertanto ferme, salvo un'espressa ed univoca rinuncia dell'appaltatore.

TAR Liguria, Sez. I, sent. n. 995 del 1 agosto 2026

Contratti Pubblici. Fermo restando il divieto di subappalto totale, nel caso di subappalto prossimo alla totalità del 99% della prestazione è necessaria una verifica caso per caso tesa ad escludere un'ipotesi di affidamento integrale a terzi, in violazione dell'art. 119 del Codice dei Contratti

Nel caso in cui la quota dei lavori subappaltabili è prossima alla totalità, non essendo possibile ipotizzare la fissazione di una soglia astratta, in quanto si tratta di un'impostazione già chiaramente ripudiata dalla Corte di Giustizia, l'unica soluzione efficacemente praticabile sia quella di una valutazione caso per caso, tesa ad apprezzare se nel concreto assetto esecutivo proposto dal concorrente il subappaltatore si affianchi all'operatore economico oppure sia sostanzialmente destinato a sostituirlo.

Questo è quanto chiarito dal **TAR Liguria**, con la sentenza in esame.

La controversia trae origine dall'impugnazione di un provvedimento di aggiudicazione di un accordo quadro relativamente a uno dei tre lotti, assegnato ad un'impresa che, secondo la prospettazione di parte ricorrente, avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per il fatto che nella propria offerta aveva dichiarato di voler subappaltare il 99% delle prestazioni.

Istruita la causa, il **Collegio** ha ritenuto fondato il ricorso sulla base delle seguenti argomentazioni di diritto.

Il **TAR Liguria**, richiamando l'**art. 119 del D.lgs. 36/2023**, ha affermato che dal quadro normativo della suddetta disposizione emergono “...due principi, tra loro correlati. Il primo è quello dell'esecuzione in proprio della prestazione, funzionale ad assicurare che il soggetto selezionato sulla base dei requisiti dichiarati e dell'offerta presentata sia effettivamente quello che esegue la commessa. Il secondo è quello per il quale il subappalto può avere ad oggetto una parte delle prestazioni dedotte nel contratto: ciò si evince dalla inequivoca definizione di cui all'art. 119, co. 2, che peraltro ricalca il disposto di cui all'art. 71 della Direttiva 2014/24/UE, ove si discorre di «parti dell'appalto» da «subappaltare a terzi»”.

Tanto premesso, il **Collegio**, nel caso di specie, ha dovuto conciliare due principi, da un lato il divieto di fissare una soglia astratta di subappalto, così come imposto dal diritto unionale (cfr. Corte di Giustizia Europea, sentenza del 26 settembre 2019), dall'altro il divieto del subappalto totale imposto dall'**art. 119 del Codice dei Contratti**; in buona sostanza, vige il divieto per il subappaltatore di sostituire integralmente l'appaltatore.

Orbene, per il Collegio, cercando di fare applicazione di tali coordinate, ha ritenuto che, nel caso di specie, anche se il 99% di subappalto, dichiarato dall'appaltatore in sede di offerta, non costituisce una soglia vietata, è implausibile che l'1% residuo venga direttamente svolto dall'aggiudicatario con i propri mezzi e personale.

In definitiva, il TAR Ligure ha ritenuto configurabile un subappalto integrale e, in quanto tale, inammissibile; pertanto alla luce delle superiori argomentazioni, la S.A. avrebbe dovuto escludere l'offerta della controinteressata.

Tar Campania, Napoli sez. I, sent. n. 5163 del 11 settembre 2026

La revoca dell'aggiudicazione per sopravvenuto definanziamento non esclude la responsabilità precontrattuale della P.A. quando la perdita del finanziamento dipende da una carenza originaria, conoscibile e imputabile alla stessa Amministrazione. In tal caso, l'aggiudicatario ha diritto al risarcimento nei limiti dell'interesse negativo, purché il danno sia rigorosamente provato.

La perdita della copertura finanziaria dell'intervento può legittimare la revoca dell'aggiudicazione, ma ciò non esclude la responsabilità precontrattuale della Stazione appaltante quando il venir meno del finanziamento sia riconducibile ad una situazione che l'Amministrazione conosceva, o avrebbe dovuto conoscere, già prima dell'avvio della procedura.

È questo il principio centrale affermato dal TAR Campania, Napoli, con la sentenza n. 5163/2026, relativa ad un appalto per l'ampiamiento di una scuola dell'infanzia finanziato con risorse PNRR. L'aggiudicazione era stata revocata ai sensi dell'art. 21-quinques della legge n. 241/1990 a seguito del venir meno della copertura finanziaria.

La particolarità della vicenda risiedeva però nella **causa del definanziamento**: l'avviso di finanziamento imponeva che l'area destinata all'intervento fosse, già alla scadenza dell'avviso, di proprietà pubblica e nella disponibilità dell'ente locale, nonché libera da vincoli e contenziosi ostativi. Tale requisito non era stato rispettato e il Ministero aveva conseguentemente disposto l'esclusione dell'intervento dalla procedura di finanziamento.

Il TAR distingue nettamente due piani.

Da un lato, la **revoca dell'aggiudicazione era sostanzialmente inevitabile**, poiché il venir meno della copertura finanziaria rendeva impossibile realizzare l'opera. La stessa aggiudicataria, infatti, non contestava tale ragione sostanziale della revoca. Per questo motivo il Tribunale dichiara inammissibile, per carenza di interesse, la domanda di annullamento.

Dall'altro lato, tuttavia, la legittimità della revoca **non esonera automaticamente l'Amministrazione della responsabilità per il comportamento tenuto durante la procedura.**

Il TAR richiama infatti il principio, ormai consolidato a partire dall'**Adunanza plenaria n. 5/2018**, secondo cui la responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione può sussistere anche in presenza di un provvedimento amministrativo legittimo, perché ciò che rileva non è l'illegittimità dell'atto finale, bensì la violazione dei doveri di correttezza, lealtà e buona fede e la conseguente lesione dell'affidamento incolpevole del privato.

Nel caso concreto il Comune aveva avviato e portato a conclusione la gara, giungendo sino all'aggiudicazione, nonostante mancasse sin dall'origine un requisito essenziale per ottenere il finanziamento. Secondo il TAR, l'ente **“non poteva non essere consapevole”** della prescrizione che imponeva la disponibilità dell'area prima dell'attivazione della procedura. La gara risultava quindi destinata sin dall'origine a essere vanificata per l'assenza di un requisito essenziale, circostanza che il Comune aveva negligenemente omissso di rilevare.

Proprio l'avvio e la prosecuzione della procedura hanno ingenerato nell'aggiudicatario un **affidamento incolpevole sulla possibilità di eseguire i lavori, facendo sorgere la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione.**

Il profilo più importante: quali danni sono risarcibili. La pronuncia è significativa anche sul piano della quantificazione del danno. Il TAR ribadisce che **la responsabilità precontrattuale tutela il cosiddetto interesse negativo**: l'impresa deve essere riportata, sotto il profilo patrimoniale, nella situazione in cui si sarebbe trovata se non avesse fatto affidamento sulla conclusione del contratto.

Sono pertanto astrattamente risarcibili le spese inutilmente sostenute (**danno emergente**) e la perdita di concrete occasioni alternative di guadagno (**lucro cessante**), **ma non l'utile che l'impresa avrebbe conseguito dall'esecuzione dell'appalto**, che appartiene invece all'interesse positivo.

Il TAR applica però con particolare rigore **l'onere della prova**: il lucro cessante richiesto dall'impresa viene escluso perché non adeguatamente provato; vengono invece riconosciute le spese effettivamente documentate e casualmente collegate alla gara e, soprattutto, alla progettazione esecutiva svolta dopo l'aggiudicazione.

PROVVEDIMENTI E ATTI NORMATIVI

ANAC – Delibera n. 294 del 21 Luglio 2026

Lavori Pubblici. E' illegittimo il modus operandi della S.A., la quale ottenuto un finanziamento pubblico per una determinata opera, lo destina ad altri interventi diversi da quelli finanziati senza l'autorizzazione dell'Amministrazione finanziatrice. Grave sviamento della causa del finanziamento pubblico per il quale era stato concesso. Possibili conseguenze in termini di responsabilità amministrativo-contabile.

Con **delibera n. 294 del 21 luglio 2016**, l'**ANAC**, in sede di esercizio dell'attività di vigilanza, ha fornito importanti chiarimenti sulla condotta della stazione appaltante **che, ottenuta l'ammissione a un contributo vincolato sulla base di una proposta conforme alle condizioni del bando, destini le risorse a un intervento strutturalmente diverso e non finanziabile per mancata coerenza del progetto a quello ammesso al finanziamento.**

La vicenda trae origine da una segnalazione della Guardia di Finanza, dalla quale sono emersi delle irregolarità nella conduzione di un appalto integrato finanziato con risorse del Fondo Complementare al PNRR destinato, originariamente, alla riqualificazione di 35 immobili comunali, per poi destinare le risorse verso l'esproprio e la demolizione-ricostruzione di immobili in larghissima parte privati, non contemplati dal bando regionale e senza darne comunicazione al soggetto erogatore.

Istruiti gli atti, l'**ANAC** ha rilevato che siffatto mutamento, unitamente: 1) ai gravi errori di progettazione; 2) all'indizione dell'appalto in assenza di disponibilità delle aree; 3) all'omesso tempestivo avvio della procedura espropriativa e ai conseguenti ritardi, ha determinato l'inattuabilità dell'opera e la revoca integrale del finanziamento, con restituzione dell'anticipazione percepita.

L'**ANAC**, ha quindi, individuato uno **“sviamento della causa del finanziamento pubblico”**, in considerazione del fatto che i fondi pubblici, vincolati a una specifica finalità, erano stati indirizzati verso un'opera strutturalmente diversa da quella contemplata dalla *lex specialis* e non prevista dal programma finanziato.

Per l'**ANAC**, siffatto illegittimo *modus operandi*, è risultato ulteriormente aggravato dal mancato rispetto dei termini di stipula e del cronoprogramma, e dei termini afferenti la nomina del direttore dei lavori.

In sintesi l'**ANAC** ha sottolineato che la stipula del contratto non conclude gli obblighi della S.A., la quale deve assicurare che il contratto possa essere concretamente eseguito e che le risorse pubbliche siano utilizzate conformemente alla finalità per cui sono state stanziare.

La Delibera in esame può, quindi, essere ricondotta al seguente principio: **la stazione appaltante deve garantire la coerenza e la concreta fattibilità dell'intervento lungo l'intero ciclo dell'appalto, dalla programmazione alla progettazione, dalla gara alla stipula del contratto e fino alla sua esecuzione, assicurando la disponibilità delle aree, la coerenza con il finanziamento, il rispetto delle regole di concorrenza e la corretta utilizzazione delle risorse pubbliche.**

Siffatto **modus operandi**, ha rilevato l'**ANAC**, ha determinato anche un grave danno erariale a causa della revoca del finanziamento, della restituzione dell'anticipazione e delle somme erogate per la progettazione di un'opera mai realizzata.

Sulla base delle superiori considerazioni l'**ANAC** ha invitato la S.A. a tenere presenti i rilievi esplicitati nella suddetta delibera, con particolare riguardo alla coerenza tra le proposte ammesse a finanziamento e gli interventi effettivamente realizzati, al divieto di mutamento non autorizzato della destinazione dei fondi vincolati, alla preventiva disponibilità delle aree e al tempestivo avvio delle procedure espropriative, alla nomina del direttore dei lavori nei termini di legge, al rispetto dei termini di stipula e del cronoprogramma.