

## **Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 286 del 15 gennaio 2025**

Appalti di servizi – Omessa indicazione requisiti tecnici – Soccorso istruttorio – Inammissibilità –  
Principio di autoresponsabilità

Publicato il 15/01/2025

**N.00286/2025REG.PROV.COLL.**

**N.04740/2024 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4740 del 2024, proposto in relazione alla procedura CIG (...) da (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

(...), non costituita in giudizio;

nei confronti

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 00650/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di (...) e di (...) S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2024 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati (...) e (...). Si dà atto che l'avv. (...) ha depositato domanda di passaggio in decisione senza discussione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Si controverte su una gara per il servizio di trasporto scolastico indetta dal Comune di (...) per il periodo 7 gennaio 2024 – 31 maggio 2026. La gara veniva aggiudicata in favore di (...) s.r.l.

La seconda classificata (...) impugnava la aggiudicazione in favore di (...) sia per la ritenuta assenza del requisito di capacità economica e finanziaria, sia in quanto il requisito di capacità tecnico professionale (ossia un fatturato specifico per servizi analoghi, nell'ultimo triennio, di almeno 350 mila euro) non sarebbe stato posseduto in quanto dichiarati, in sede di gara, soltanto 90 mila euro.

2. Il TAR Lecce, una volta rigettata per genericità la censura relativa alla ritenuta assenza del requisito di capacità economica e finanziaria (aspetto questo sul quale si è successivamente formato il giudicato), riconosceva poi l'assenza in effetti del requisito di capacità tecnico professionale, sulla base di quanto dichiarato dalla prima classificata, ma accoglieva il ricorso ai fini della ripetizione del procedimento di gara affermando, in particolare, che la SA avrebbe dovuto ricominciare la procedura stessa dalla ammissione al soccorso istruttorio della prima classificata la

quale, poiché conferitaria di azienda operante nel medesimo segmento commerciale (trasporto pubblico comunale dal 2017), avrebbe così potuto dimostrare il possesso dei requisiti relativi al fatturato specifico.

3. L'appello di (...) si basa sulla violazione del principio di autoresponsabilità secondo cui, una volta effettuate certe dichiarazioni, ogni impresa ne deve poi sopportare le inevitabili conseguenze.

4. Si costituivano in giudizio l'appellata amministrazione comunale e l'intimata società (...), entrambe per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni di cui più avanti si terrà conto. La difesa dell'amministrazione comunale sollevava in particolare, con memoria in data 29 novembre 2024, eccezione di improcedibilità dell'appello per mancata impugnazione dell'atto in data 12 agosto 2024 con cui, a seguito di soccorso istruttorio poi attivato nei confronti della (...), la commessa era stata nuovamente aggiudicata in favore di quest'ultima.

5. Alla pubblica udienza del 17 dicembre 2024, le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso in appello veniva infine trattenuto in decisione.

6. Tutto ciò premesso, va innanzitutto rigettata la sollevata eccezione di improcedibilità dell'appello dal momento che, per giurisprudenza costante anche di questa sezione (Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2022, n. 380): *“in via di principio e per consolidato intendimento, a fronte di una nuova aggiudicazione disposta a seguito della pronuncia di primo grado non sospesa e in testuale esecuzione di quest'ultima, il canone del c.d. effetto espansivo esterno della riforma della sentenza appellata (posto ... in tema di impugnazioni, dall'art. 336, comma 2, cod. proc. civ., secondo il quale "la riforma o la cassazione estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata o cassata" e pacificamente applicabile al processo amministrativo, in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 39 cod. proc. amm.) importa che l'accoglimento dell'appello implichi l'automatica caducazione della aggiudicazione medio tempore disposta in esecuzione della sentenza esecutiva del giudice di prime cure*". Di qui il rigetto della suddetta eccezione di rito, atteso che la nuova

aggiudicazione del 12 agosto 2024 dà espressamente atto “che in tal modo viene ottemperato al pronunciamento del Giudice Amministrativo, TAR Lecce-Sezione II n. 00650/2024, che aveva richiesto la verifica di tali requisiti”.

7. Nel merito l'appello è peraltro fondato per le ragioni che verranno di seguito esposte.

8. La tesi del giudice di primo grado si fonda sul seguente percorso argomentativo:

8.1. (...) s.r.l., ai fini del possesso del requisito di capacità tecnico e professionale (fatturato specifico nell'ultimo triennio pari ad almeno 350 mila euro per servizi analoghi a quello di gara ossia trasporto pubblico), ha dichiarato 90 mila euro basandosi unicamente sul fatturato prodotto dal momento in cui è stata creata (2022). Dunque ha indicato non il “requisito pieno” (350 mila euro nel triennio 2020 – 2022) ma il “requisito ridotto” ossia a partire dalla sua effettiva costituzione. Tale possibilità di presentare il “requisito ridotto” era tuttavia previsto per il requisito economico - finanziario (par. 6.2. disciplinare di gara) e non anche per quello tecnico – professionale (par. 6.3.);

8.2. Ad ogni modo la stessa società è conferitaria di azienda da parte della ditta (...) (soggetto conferente) la quale aveva invece svolto tale servizio di trasporto scolastico sin dal 2017;

8.3. Dunque, poiché con il conferimento di azienda si sono trasferiti alla nuova società tutti i rapporti giuridici attivi e passivi, va da sé che anche il suddetto requisito tecnico professionale (ossia il fatturato specifico per servizi analoghi) si è parimenti trasferito alla nuova società;

8.4. Di qui la possibilità di contare su un fatturato specifico pari ad oltre 473 mila euro (e non solo di 90 mila euro), come tale idoneo a soddisfare il requisito di fatturato specifico richiesto dalla legge di gara (350 mila euro nell'ultimo triennio);

8.5. Da quanto detto risulta dunque una sorta di omissione dovuta ad errore materiale, e soprattutto riconoscibile, ad opera della prima classificata;

8.6. Di qui ancora la possibilità di ammettere tale errore a soccorso istruttorio di

tipo sanante, anche in applicazione dei parametri a tal fine stabiliti dalla sentenza n. 7870 del 21 agosto 2023 di questa stessa sezione.

9. Tale ragionamento, seppure ben articolato, si presta comunque ai seguenti rilievi critici:

9.1. Ad un esame della dichiarazione prodotta in sede di gara, emerge chiara la spontanea e consapevole volontà della prima classificata “(...)” di non avvalersi del requisito esperienziale della conferente ditta “(...)” non solo per il requisito economico ma anche per quello tecnico-professionale. Una simile volontà non sarebbe del resto indagabile da questo giudice, né tanto meno dalla stazione appaltante;

9.2. In particolare il disciplinare di gara prevedeva in modo piuttosto chiaro: a) al paragrafo 6.2., ossia per il requisito economico-finanziario, che occorreva dimostrare un fatturato globale degli ultimi tre anni (2020-2022) pari ad 800 mila euro, salvo un fatturato proporzionalmente minore in caso di attività iniziata più di recente (c.d. “requisito ridotto”, in base al quale “per le imprese che abbiano iniziato l’attività da meno di tre anni, i requisiti di fatturato devono essere rapportati al periodo di attività”); b) al successivo paragrafo 6.3., ossia per il requisito di capacità tecnico-professionale, che occorreva invece dimostrare un fatturato specifico pari a 350 mila euro nell’ultimo triennio e senza possibilità di presentare un “requisito ridotto” (la specifica formulazione di cui al par. 6.2. non veniva infatti espressamente ripetuta);

9.3. Ebbene la prima classificata, nonostante questa chiara distinzione contenuta nella legge di gara, spendeva espressamente il “requisito ridotto” – giova ripetere in modo spontaneo e consapevole – sia per la capacità economica (consentito), sia per quella tecnico-professionale (non consentito). Si vedano in tal senso i paragrafi n. 12 e n. 13 dell’offerta tecnica di (...). Al riguardo la difesa di quest’ultima fa presente (pag. 14 della memoria in data 24 giugno 2024) che la modulistica allegata al bando di gara avrebbe contenuto degli erronei riferimenti al disciplinare di gara,

tali da avere ingenerato una certa confusione nella redazione degli stessi. Osserva al riguardo il collegio che, sebbene nei suddetti modelli di domanda fossero in effetti riportate disposizioni non corrispondenti a quelle del disciplinare (es. par. 3.4., a proposito del requisito tecnico-professionale, che nel disciplinare risulta invece trattato al paragrafo 6.3.) si trattava comunque di meri refusi inidonei ad alterare il contenuto sostanziale del disciplinare stesso che infatti, sul punto specifico dei requisiti tecnico-professionali, non veniva in alcun modo modificato o integrato dai suddetti modelli allegati;

9.4. Non si trattava dunque di un mero errore ma di volontà inequivoca, quello di spendere i soli requisiti maturati autonomamente dal 2022 (poco oltre 90mila euro, dunque insufficienti ai fini del requisito esperienziale) e senza attingere dall'esperienza maturata dalla ditta conferitaria del ramo di azienda (...). Del resto, come correttamente evidenziato dalla difesa di parte appellante (cfr. pag. 12 della memoria in data 6 dicembre 2024) la possibilità di utilizzare i requisiti maturati dai soggetti conferenti costituisce, per i soggetti conferitari, facoltà da esercitare solo in modo espresso dal momento che un simile utilizzo non può essere "il frutto di un meccanismo automatico". Qualora le nuove realtà societarie, proprio come nel caso di specie, non indichino altresì i requisiti posseduti dalle imprese conferenti manifestano, evidentemente, la volontà di non volersene giovare;

9.5. Nonostante questa inequivoca e spontanea manifestazione di volontà, la commissione di gara ha comunque ritenuto di procedere, nella sostanza, all'istituto della "rettifica d'ufficio" di fatto estendendo alla "(...)" – *ex officio* – i requisiti maturati dalla ditta conferitaria "(...)";

9.6. Questa la giurisprudenza, anche della sezione (si veda sul punto Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2024, n. 358) che ha avuto modo di soffermarsi sul tema della *rettifica d'ufficio* dei dati dell'offerta da parte della stazione appaltante:

- *"sussiste ... la possibilità che la stazione appaltante corregga gli errori materiali inficianti l'offerta, a condizione che l'effettiva volontà negoziale dell'impresa partecipante alla gara sia*

*individuabile in modo certo nell'offerta presentata, senza margini di opacità o ambiguità, così che si possa giungere a esiti univoci circa la portata dell'impegno ivi assunto; in altri termini, la ricerca della volontà dell'offerente ben può consistere anche nell'individuazione e nella rettifica di eventuali errori di scritturazione o di calcolo, a condizione, però, che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta: l'errore materiale direttamente emendabile è infatti solo quello che può essere percepito e rilevato immediatamente e ictu oculi dal contesto stesso dell'atto, e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive della volontà, che deve risultare agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile da chiunque. In definitiva, il potere di rettifica di errori materiali e refusi è circoscritto alle sole ipotesi in cui l'effettiva volontà negoziale sia stata comunque espressa nell'offerta (tra tante, Cons. Stato, V, 5 aprile 2022, n. 2529; III, 24 febbraio 2020, n. 1347; VI, 2 marzo 2017, n. 978)” [così Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2022, n. 8481];*

*- “la rettifica d'ufficio dell'offerta - costituendo un'operazione assai delicata, in quanto impattante sull'essenziale interesse dei concorrenti all'imparzialità della competizione - è misura che può essere adottata, come si è esposto, solo prendendo in considerazione la manifestazione oggettiva di volontà veicolata nel singolo atto di gara ed un errore ivi emergente, sub specie di lapsus calami, nella sua immediata e manifesta evidenza materiale e grafica. Non è invece esigibile da parte della stazione appaltante uno sforzo di ricostruzione logica dell'offerta esteso a più atti da inquadrare sinotticamente, men che meno se mediato - come pretenderebbe la parte qui appellante - da una sorta di immedesimazione soggettiva dell'interprete nella prospettiva valutativa dell'operatore economico. Neppure pare ragionevole gravare l'amministrazione di un obbligo di diligenza ricostruttiva addirittura maggiore di quello che ci si aspetta e si può esigere dallo stesso concorrente nella fase di compilazione e confezionamento della sua offerta” (Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2022, n. 5650).*

La rettifica d'ufficio è dunque possibile, sulla base della citata giurisprudenza, soltanto in caso di errore manifesto e immediatamente percepibile (*lapsus calami*). Inoltre tale errore deve essere emendabile “senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta”. In altre parole l'errore, per essere riconoscibile dalla stazione

appaltante, deve risultare *ex actis* ossia ricavabile dai soli atti prodotti in sede di gara (offerta tecnica e dichiarazioni sui requisiti di carattere generale) senza poter essere eterointegrabile sulla base di elementi non direttamente attinenti alla procedura stessa;

9.7. Ebbene nel caso di specie il conferimento aziendale non era ricavabile dagli atti prodotti in sede di gara ed una tale riformulazione della dichiarazione (e non mera correzione o integrazione della medesima) è stata resa possibile soltanto perché la stazione appaltante conosceva da vicino le pregresse esperienze professionali della conferente (...) nonché la vicenda relativa alla cessione del ramo di azienda alla conferitaria (...). Per altri concorrenti non meglio conosciuti, la stessa operazione di rettifica d'ufficio non sarebbe stata invece possibile;

9.8. Una simile rettifica d'ufficio, per errori immediatamente percepibili ed emendabili senza ricorrere a fonti esterne di conoscenza rispetto ai dati che emergono dalla domanda di partecipazione alla gara, deve piuttosto poter essere applicata in astratto ossia in via generale e indistinta per tutti i concorrenti e non in concreto ossia soltanto per alcuni di essi ed in ragione di situazioni contingenti come la occasionale conoscenza di pregressi rapporti contrattuali. Deve in altre parole sussistere una possibilità astratta (e non concreta) di riconoscibilità dell'errore da parte della stazione appaltante;

9.9. Con ciò si vuole dire che, ove la stessa dichiarazione fosse stata presentata da un altro concorrente, una simile rettifica d'ufficio da parte della SA non sarebbe stata possibile vuoi perché l'errore non sarebbe stato obiettivamente e immediatamente percepibile, vuoi perché la SA non sarebbe stata tenuta a conoscere le vicende societarie che avevano interessato quel dato operatore, ossia l'eventuale conferimento del ramo di azienda da cui attingere i requisiti professionali pregressi;

9.10. In questa direzione la decisione della SA, traducendosi in una inammissibile rimessione in termini della odierna società appellata, si è quindi rivelata contraria al

principio della *par condicio competitorum*;

9.11. Né risulterebbe applicabile la disposizione di cui all'art. 99, comma 3, del decreto legislativo n. 36 del 2023 (Verifica del possesso dei requisiti), a norma del quale: “*Agli operatori economici non possono essere richiesti documenti che comprovano il possesso dei requisiti di partecipazione ... se questi ... sono già in possesso della stazione appaltante ... per effetto di una precedente aggiudicazione*”. E ciò per un duplice ordine di ragioni:

9.11.1. L'invocata disposizione disciplina la fase *post* aggiudicazione della comprova dei requisiti, laddove il caso di specie si colloca nella fase *pre* aggiudicazione della dichiarazione circa il possesso dei requisiti stessi;

9.11.2. In ogni caso la “precedente aggiudicazione”, quella ossia utile al fine di raggiungere il requisito richiesto (fatturato specifico per servizi analoghi), era stata disposta in favore di un altro soggetto ossia la ditta (...) che, sebbene conferente del suddetto ramo d'azienda, avrebbe comunque dovuto essere a tal fine nominata, dalla conferitaria (...), mediante atto espresso di volontà negoziale (il che non è pacificamente avvenuto, nella specie, come sopra evidenziato in punto di fatto);

9.12. Sul piano del *soccorso istruttorio* si osserva inoltre che:

9.12.1. La decisione del TAR di accordare la possibilità di estendere i requisiti professionali della conferente anche alla conferitaria (la quale aveva espresso, in sede di domanda, una inequivoca volontà di avvalersi dei soli requisiti maturati a partire dalla sua costituzione, ossia dal 2022, e dunque di non godere delle esperienze professionali pregresse della conferente a partire dal 2017) non si rivela condivisibile perché non si tratterebbe di emendare o di integrare la domanda ma, piuttosto, di riformularla in chiave strategica e dunque sostanziale, almeno *in parte qua*;

9.12.2. La scelta di attingere dalle esperienze professionali della conferente (...), giova ripetere, non è stata deliberatamente adottata in sede di domanda originaria. Ne consegue che l'indicazione di (...) relativa ai requisiti di capacità tecnica e professionali, in cui si afferma di volersi giovare dei soli requisiti maturati dalla sua

costituzione ossia dal 13 luglio 2022 (c.d. “requisito ridotto”), deve essere considerata alla stregua di dichiarazione non di *scienza* (con cui limitarsi a dare atto di una certa situazione) ma *negoziale* in senso proprio poiché diretta, in modo inequivoco, a disporre della propria sfera di interessi manifestando la chiara e specifica volontà di avvalersi dei soli requisiti dalla stessa maturati e dunque esprimendo, allo stesso tempo, l'intenzione di non avvalersi altresì dei requisiti esperienziali della conferente (...). La dichiarazione di gara, con particolare riguardo al requisito esperienziale, non è mera comunicazione di un fatto (dichiarazione di scienza) ma atto dispositivo dei propri interessi (dichiarazione negoziale) nella misura in cui si decide di avvalersi soltanto dei requisiti maturati in proprio e non anche dei requisiti maturati da altri soggetti (conferente). Ad una siffatta conclusione si giunge anche sulla base di quanto testé affermato al paragrafo 9.4. secondo cui la possibilità di utilizzare i requisiti maturati dai soggetti conferenti costituisce, per i soggetti conferitari, facoltà da esercitare solo in modo espresso dal momento che un simile utilizzo non può darsi per scontato, non essendo “il frutto di un meccanismo automatico”;

9.12.3. In siffatta direzione, la spendita dei requisiti in modo divergente dal disciplinare di gara scaturisce peraltro da un errore interpretativo (della legge di gara, per l'appunto) che rileva proprio come vizio della volontà. Errore interpretativo che, in quanto tale, non potrebbe essere invocato al fine di superare il vizio stesso e dunque, ancora prima, onde consentire l'ammissione al soccorso istruttorio;

9.12.4. D'altro canto ammettere una simile opzione in corso di gara, consentire ossia alla prima classificata di giovare dei requisiti esperienziali anche della conferente, equivarrebbe ad una modifica sostanziale della dichiarazione contenuta nella domanda di partecipazione. E ciò proprio a causa di scelte strategiche *ab origine* consapevolmente non adottate (giovare dei requisiti esperienziali della conferente) che dunque, se modificate in senso radicale durante la procedura

stessa, darebbe luogo ad una operazione non corrispondente né ad *integrazione* [art. 101, comma 1, lettera a), del nuovo codice appalti], né a *correzione sanante* [art. 101, comma 1, lettera b)] della domanda originaria. Lo stesso disciplinare di gara, al paragrafo 13, consente del resto il soccorso istruttorio per operazioni di “correzione o integrazione documentale”, non anche per modifiche sostanziali o riformulazioni (anche solo *in parte qua*) delle dichiarazioni rese in sede di domanda di partecipazione;

9.12.5. In altre parole si tratterebbe non di integrare o di correggere elementi della domanda o di documenti mancanti (operazione consentita dall’art. 101 del codice dei contratti) ma, piuttosto, di rivedere in senso proprio alcune fondamentali opzioni di carattere aziendale (avvalersi o meno dell’esperienza pregressa del conferente), operazione questa non altrettanto consentita dall’ordinamento codicistico;

9.12.6. Con ciò si vuole dire che il divieto di modifica non riguarda solo l’*oggetto* del soccorso istruttorio (consentito per i requisiti di ordine generale ma non altrettanto per l’offerta tecnica oppure quella economica) ma anche la tipologia di *operazione* che si attiva con il soccorso stesso (consentito per la mera integrazione o correzione ma non anche per la riformulazione sostanziale ed integrale della domanda o anche soltanto di una parte di essa);

9.12.7. Ammettere una simile opzione modificativa in sede di soccorso istruttorio (come già detto: riformulazione sostanziale ed integrale della domanda) si porrebbe effettivamente in frontale contrasto con il principio di autoresponsabilità nelle pubbliche gare;

9.13. Alla luce di tutte le considerazioni sopra esposte, l’unico motivo di appello deve dunque essere accolto.

10. Per tutte le ragioni sopra evidenziate l’appello di (...), ad un più attento esame che è proprio di questa fase di merito, deve dunque trovare accoglimento. Per l’effetto la sentenza di primo grado deve essere riformata, nei sensi di cui sopra,

con conseguente accoglimento integrale, altresì, del ricorso di primo grado.

Le spese di lite possono essere integralmente compensate tra tutte le parti costituite stante la peculiarità e la complessità delle esaminate questioni.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della gravata sentenza, accoglie altresì il ricorso di primo grado con conseguente annullamento della determinazione comunale di aggiudicazione in data 3 gennaio 2024 nonché della successiva determinazione in data 12 agosto 2024.

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:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Massimo Santini**

**IL PRESIDENTE**

**Francesco Caringella**

**IL SEGRETARIO**