

## **Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 2894 del 3 aprile 2025**

Appalti di servizi – Requisiti tecnici – Soccorso istruttorio – Non attivabile se requisito oggettivamente mancante e vi è violazione clausola chiara della *lex specialis*

Publicato il 03/04/2025

**N. 02894/2025REG.PROV.COLL.**

**N. 08594/2024 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 8594 del 2024, proposto da (...) s.r.l, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### **contro**

(...) s.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

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

Centrale Unica di Committenza Costituita per i Comuni di (...) e (...), non costituita in giudizio;

**per la riforma**

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) n. 1204/2024.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) S.p.A. e del Comune di (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 marzo 2025 il Cons. Roberto Michele Palmieri e uditi per le parti gli avvocati (...)

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. La società (...) s.p.a. ha impugnato innanzi al TAR Toscana la Determinazione n. 1082 del 31 agosto 2023, con la quale il Dirigente del 2° Settore Lavori Pubblici Ambiente Demanio Patrimonio Manutenzioni C.U.C. del Comune di (...) ha aggiudicato il “*Servizio Energia e Tecnologico per gli impianti termici degli edifici di proprietà o in uso dell'Amministrazione Comunale e funzione di Terzo Responsabile*” alla (...) s.r.l, nonché tutti gli atti di gara e relativi allegati.

Con il ricorso, la ricorrente ha chiesto altresì la declaratoria di inefficacia e/o nullità del contratto eventualmente stipulato *medio tempore*.

Avverso i provvedimenti impugnati la ricorrente ha dedotto l'illegittimità per:

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 5.26 del Capitolato Speciale d'Appalto e dell'art. 5 del Disciplinare di Gara, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 4 d.lgs. n. 50 del 2016 in merito ai principi di buon andamento, imparzialità, ragionevolezza, proporzionalità e legittimo affidamento, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 21-octies, comma 1, l. n. 241 del 1990 per illegittimo uso del potere discrezionale tecnico in capo alla commissione giudicatrice in merito all'attribuzione dei punteggi all'operatore economico aggiudicatario, violazione dell'art. 97 della Costituzione sotto il profilo del buon andamento ed imparzialità dell'Amministrazione, eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento ed

erronea valutazione dei fatti, irragionevolezza ed illogicità dell'atto, carenza dei requisiti tecnici richiesti dalla stazione appaltante, abnormità della valutazione, nonché ingiustizia manifesta;

II. Violazione e falsa applicazione degli articoli 2.3, 18 e 19 del Disciplinare, violazione dell'art. 30 e 58 del d.lgs. n. 50 del 2016, violazione dei principi di concorrenza, di partecipazione, non discriminazione e trasparenza nelle gare ad evidenza pubblica, eccesso di potere per disparità di trattamento e sviamento di potere.

In data 2 novembre 2023, la ricorrente ha formulato istanza ex art. 116 c.p.a., affinché il Comune di (...) producesse in giudizio, in particolare, la documentazione amministrativa prodotta da (...) s.r.l., comprensiva delle dichiarazioni rese in sede di soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di (...) e la (...) s.r.l., chiedendo la reiezione del ricorso.

In data 6 novembre 2023, il Comune di (...) ha depositato in giudizio tutti gli atti inerenti alla procedura; in particolare, la documentazione relativa alla domanda di partecipazione alla gara della controinteressata (...) s.r.l., ivi compresa quella relativa al soccorso istruttorio, documentazione il cui accesso era stato negato in sede amministrativa.

In data 6 novembre 2023, anche la controinteressata (...) s.r.l. ha provveduto a depositare il DGUE e l'ulteriore documentazione relativa al soccorso istruttorio.

In data 6 dicembre 2023, alla luce della documentazione depositata in data 6 novembre 2023, sia dal Comune di (...), sia dalla stessa controinteressata, la ricorrente ha presentato motivi aggiunti avverso gli stessi provvedimenti già impugnati con il ricorso principale, deducendone l'illegittimità per:

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 7.3.1 del Disciplinare di Gara, violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, violazione dei principi di buon andamento ed

imparzialità dell'Amministrazione, nonché di par condicio tra i concorrenti, eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento ed erronea valutazione dei fatti, irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà dell'azione amministrativa;

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 7.3.1 del Disciplinare di Gara, violazione dell'art. 83 comma 9 del d.lgs. n. 50 del 2016, violazione dei principi di par condicio tra i partecipanti e di buon andamento ed imparzialità dell'Amministrazione, eccesso di potere per violazione del principio di immutabilità dell'offerta e dell'autoresponsabilità dei partecipanti, nonché per sviamento, difetto di istruttoria e di motivazione.

La ricorrente, in sede di motivi aggiunti, ha insistito per la declaratoria di inefficacia e/o nullità del contratto eventualmente stipulato e, per la prima volta, ha chiesto il risarcimento del danno in forma specifica, chiedendo il conseguimento dell'aggiudicazione ed il subentro nel contratto.

In data 8 gennaio 2024, la (...) s.r.l. ha presentato ricorso incidentale per l'annullamento, in parte qua e nei limiti dell'interesse, del punto III.3 del Bando di gara, del punto 7.1.3 del Disciplinare di gara nella parte in cui, in relazione al requisito di capacità tecnico professionale consistente nell'aver eseguito nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando un servizio analogo, è prevista la soglia minima *“per un importo complessivo pari ad almeno l'importo del servizio posto a base d'asta”*, laddove tale soglia minima debba essere interpretata nel senso che l'intero importo del servizio posto a base d'asta (€ 2.128.000,00) debba essere raggiunto mediante un unico affidamento e nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando.

Con sentenza n. 1204/24 il TAR Toscana ha dichiarato la sopravvenuta carenza di interesse in relazione all'istanza ex art. 116 c.p.c.

Nel merito, ha respinto il ricorso incidentale, e in accoglimento dei motivi aggiunti, con assorbimento degli altri motivi, ivi compresi quelli formulati nel ricorso

introduttivo, ha annullato l'impugnata aggiudicazione dell'appalto in esame in favore di (...) s.r.l, dichiarando altresì l'inefficacia del contratto e il subentro della ricorrente (...) s.r.l.

Avverso tale statuizione giudiziale la società (...) s.r.l. ha interposto appello, affidato ai seguenti motivi di gravame, appresso sintetizzati:

- 1) *Error in iudicando*. Violazione dell'art. 41, 90 e 120 c. 2 c.p.a;
- 2) *Error in iudicando*. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83 e 30 D.lgs. 50/2016 e III.1.3 del Bando e 7.1.3 del Disciplinare. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1362 e ss. c.c;
- 3) *Error in iudicando*. Ulteriore violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83 e 30 D.lgs. 50/2016 e III.1.3 del Bando e 7.1.3 del Disciplinare. Ulteriore violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1362 e ss. c.c;
- 4) *Error in iudicando*. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83 e 30 D.lgs. 50/2016 e 13 del Disciplinare. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 56 c. 3 e 59 c. 4 Dir. UE 24/2014. Ulteriore violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1362 e ss. c.c;
- 5) *Error in iudicando*. Ulteriore violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83 e 30 D.lgs. 50/2016 e 13 del Disciplinare. Ulteriore violazione e/o falsa applicazione degli artt. 56 c. 3 e 59 c. 4 Dir. UE 24/2014. Ulteriore violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1362 e ss. c.c;
- 6) Sul rigetto del ricorso incidentale: *Error in iudicando*. Ulteriore violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83 e 30 D.lgs. 50/2016. Ulteriore violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1362 e ss. c.c.
- 7) Sulla declaratoria di inefficacia del contratto: *Error in iudicando*. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 122 c.p.a.
- 8) *Error in iudicando*. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 26 c.p.a.

Ha chiesto pertanto, in accoglimento dell'appello, e in riforma dell'impugnata sentenza, il rigetto del ricorso proposto da (...) s.p.a. in primo grado.

Il tutto con vittoria delle spese di lite.

Costitutosi in giudizio, il Comune di (...) ha aderito alle conclusioni formulate dall'appellante, chiedendo pertanto, anche in accoglimento dello spiegato appello incidentale, il rigetto del ricorso proposto da (...) s.p.a. in primo grado.

Costituitasi in giudizio, (...) s.p.a. ha chiesto il rigetto dell'appello principale e di quello incidentale.

All'udienza pubblica del 27.3.2025 l'appello è stato trattenuto in decisione.

2. L'appello principale, nonché quello incidentale proposto dal Comune di (...), sono infondati.

3. Con il primo motivo di appello principale, la società appellante ha censurato la pronuncia impugnata, nella parte in cui il giudice di prime cure ha respinto l'eccezione di tardività dei motivi Aggiunti presentati da (...) s.p.a.

Il motivo è infondato.

Solo all'esito della produzione in giudizio dei documenti richiesti da (...) s.p.a. con istanza ex art. 116 c.p.a. quest'ultima ha acquisito conoscenza che la dichiarazione di (...) s.r.l. – di un fatturato relativo al requisito di punta inferiore a quello previsto dalla legge di gara – era dipesa dall'interpretazione data da quest'ultima all'art. 7.3.1. del Disciplinare.

Ancora, solo all'esito della chiesta produzione documentale la ricorrente (...) s.p.a. ha appreso che (...) s.r.l., al fine di soddisfare il requisito di cui al citato art. 7.3.1. del Disciplinare, ha indicato per la prima volta il fatturato maturato in un ulteriore appalto.

Pertanto, è solo con la suddetta ostensione documentale che la ricorrente in primo grado ha avuto legale scienza del fatto che l'ammontare del servizio prestato in precedenti commesse costituiva il frutto non già di un mero errore materiale (come tale sanabile mediante soccorso istruttorio), ma di una – *in thesi* – illegittima interpretazione della legge di gara.

Per tali ragioni, è dalla data di ostensione della chiesta documentazione che va

computato il *dies a quo* di decorrenza del termine per la proposizione dei motivi aggiunti, che per tali ragioni risulta pertanto tempestivo.

Ne consegue il rigetto del relativo motivo di gravame.

4. Con il secondo, terzo e quarto motivo di appello (pp. 12-24), che possono essere esaminati congiuntamente, per comunanza delle relative censure, l'appellante ha censurato la pronuncia del TAR nella parte in cui il giudice di prime cure ha affermato che la clausola del requisito di capacità tecnico-professionale (art. 7.3.1 del Disciplinare,) costituisse una previsione chiara e con significato univoco della *lex specialis*, non consentendo neanche l'attivazione del soccorso istruttorio.

Le censure sono infondate.

5. Ai sensi dell'art. 7.3.1. del Disciplinare (rubricato: “*Requisiti di capacità tecnica e professionale*”) gli offerenti avrebbero dovuto documentare di: “*aver eseguito con buon esito nel triennio antecedente (il concorrente può presentare il fatturato del 2018, 2019, 2021 in considerazione dell'emergenza sanitaria relativa all'anno 2020) la data di pubblicazione del presente bando di gara da computarsi a ritroso, almeno un servizio con caratteristiche analoghe a quelle oggetto di appalto “ CPV 50700000 2 Conduzione e manutenzione impianti di condizionamento e di produzione combinata. (Riscaldamento e Condizionamento) Condizionamento)” per un importo complessivo pari ad almeno l'importo del servizio posto a base d'asta, al netto dell'IVA, a favore di amministrazioni pubbliche o privati. Il possesso del requisito di cui al presente punto 7.3.1) dovrà essere dichiarato da parte dell'operatore economico all'interno del Documento di Gara Unico Europeo, Parte IV, lettera C, punto 1 b) Dove l'o.e. dovrà indicare i relativi contratti con l'indicazione dei luoghi di esecuzione, data di inizio ed eventuale data di ultimazione ed i nominativi dei committenti (Enti Pubblici/privati) mediante specifica autodichiarazione”.*

6. Orbene, la legge di gara è del tutto chiara nel prevedere la necessità che ciascun offerente documentasse di aver eseguito con buon esito, nel triennio antecedente a quello di pubblicazione del bando di gara, “*almeno un servizio con caratteristiche analoghe*

*a quelle oggetto di appalto”, e “per un importo complessivo pari ad almeno l’importo del servizio posto a base d’asta”.*

In virtù di tale chiara previsione della legge di gara, occorre dunque che ciascun offerente dimostrasse di aver svolto:

- almeno un servizio analogo;
- per un importo complessivo pari a quello del servizio posto a base d’asta, pari ad € 2.128.000 (art. 2.4 del Disciplinare);
- nell’ultimo triennio (Bando di gara pubblicato in data 23.12.2022).

*In claris non fit interpretatio.*

7. Ciò premesso, emerge dalla documentazione in atti che l’odierna appellante, in relazione al requisito in esame (c.d. requisito di punta), in luogo dall’indicare di aver svolto nell’ultimo triennio un servizio di importo almeno pari a quello posto a base d’asta (€ 2.128.000) ha parcellizzato tale importo nei sette anni del servizio ( $2.128.000/7 = 304.000$ ), indicando l’esecuzione di servizi svolti negli anni precedenti nei seguenti termini:

- anno 1/7/2017-30/6/2018: € 325.185,44;
- anno 1/7/2018-30/6/2019: € 372.879,60;
- anno 1/7/2019-30/6/2020: € 257.787,91;
- anno 1/7/2020-30/6/2021: € 322.245,39;
- anno 1/7/2021-30/6/2022: € 476.600,60,

per un totale complessivo pari ad € 1.754.698,94, inferiore alla soglia minima di € 2.128.000.

Ma, tale interpretazione rivela una lettura della legge di gara gravemente distorta, e manifestamente contraria al suo significato letterale: ciò che il Disciplinare (art. 7.3.1) richiedeva, infatti, era di aver svolto, nel triennio precedente, un servizio analogo a quello in esame, e non certamente di aver svolto plurimi micro-contratti di soglia inferiore a quella richiesta, da sommarsi tra loro in vista del risultato finale.

8. In particolare, l'appellante lamenta una presunta incongruenza della legge di gara in ordine al requisito del valore a base d'asta, sulla base di valori del tutto inconferenti ai fini in esame. In particolare, non rileva in alcun modo – ai fini della prova del rispetto del suddetto requisito tecnico-professionale – il valore stimato dell'appalto (€ 2.432.000), che rappresenta il valore preso in considerazione al fine della verifica del superamento o meno delle soglie di rilevanza europea.

Alla stessa stregua, non assume alcun rilievo l'importo di € 2.166.360, che rappresenta l'importo del servizio comprensivo degli oneri per la sicurezza.

Ciò che rileva ai fini in esame, invece – e la legge di gara è assolutamente chiara al riguardo – è il valore del servizio posto a base d'asta, indicato dall'art. 2.4 del Disciplinare in € 2.128.000.

9. A ciò aggiungasi altresì che l'odierna appellante:

- ha preso in considerazione i servizi resi nell'ultimo quinquennio, e non nell'ultimo triennio, come invece richiesto dalla legge di gara. Al qual riguardo, per: *“triennio antecedente (il concorrente può presentare il fatturato del 2018, 2019, 2021 in considerazione dell'emergenza sanitaria relativa all'anno 2020) la data di pubblicazione del presente bando di gara da computarsi a ritroso”* (art. 7.3.1 del Disciplinare) non può che intendersi il triennio antecedente, senza alcuna possibilità di inserimento di termini spuri, quali le *“annualità termiche”*, ovvero *“i tempi di fatturazione”*, come invece erroneamente sostenuto dall'appellante (atto di appello, p. 18), con chiara e manifesta distorsione interpretativa della suddetta legge di gara;
- anche cumulando i servizi del quinquennio (ma non si vede in qual modo), si è comunque al di sotto della soglia (€ 2.128.000) richiesta dalla legge di gara.

Pertanto, anche accedendo all'interpretazione del tutto soggettiva della legge di gara proposta dall'appellante (cosa peraltro assolutamente da escludere, stante il palese contrasto con la chiara lettera della suddetta previsione), l'odierna appellante pacificamente non soddisfa il requisito di *“capacità tecnica e professionale”* richiesto dall'art. 7.3.1 del Disciplinare.

Per tali ragioni, l'aggiudicazione disposta in suo favore era illegittima, sicché del tutto correttamente (*rectius*: doverosamente) il giudice di prime cure, in accoglimento del gravame proposto da (...) s.r.l, ne ha disposto annullamento.

10. Per tali considerazioni, i suddetti motivi di gravame sono infondati, e vanno dunque disattesi.

11. Con parte del quarto motivo, e con il quinto motivo di appello (pp. 23-26), la società appellante censura la pronuncia del giudice di prime cure, nella parte in cui quest'ultimo non ha ritenuto applicabile, nella fattispecie in esame, il soccorso istruttorio disposto dalla stazione appaltante.

Analoga censura è stata formulata dal Comune di (...) nel suo appello incidentale.

Le censure sono infondate.

12. Premette anzitutto il Collegio che, per pacifica giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, anche di questa Sezione: *“Il soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui configge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti della gara d'appalto, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione, dovendo conseguentemente rilevare che in presenza di una previsione chiara e della sua inosservanza da parte di un concorrente, l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio”* (C.d.S, V, 23.11.2022, n. 10325).

13. Pertanto, il soccorso istruttorio è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara, dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del potere di soccorso.

In questo caso, evidentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi altrimenti in un *vulnus* del principio di parità di trattamento.

Viceversa, sono sanabili eventuali sviste e/o errori di calcolo, sempreché esse emergono *ictu oculi* dalla documentazione depositata in sede di gara. Laddove invece essi non emergano dalla documentazione già ritualmente depositata,

occorrendo invece attingere a documentazione ulteriore, che l'offerente – per propria libera scelta – abbia ritenuto di non allegare alla domanda di partecipazione alla gara, si è evidentemente al di fuori del potere-dovere di soccorso istruttorio (pur considerato nella sua massima latitudine interpretativa), e si entra in quello dell'integrazione documentale postuma, evidentemente non consentito, in quanto contrastante con la *par condicio competitorum*.

14. Per tali ragioni, la documentazione attestante lo svolgimento di un servizio aggiuntivo presso il Comune di (...) nel periodo 2017-2022 (peraltro in periodi maggiori rispetto al triennio antecedente la pubblicazione del bando, richiesto dalla legge di gara) si risolve in un'integrazione postuma di una documentazione mancante *ab origine*, attestante il possesso di requisiti di capacità tecnico-professionale altrimenti non provati.

Pertanto, del tutto correttamente il giudice di prime cure ha censurato tale *modus operandi* da parte dell'Amministrazione comunale, sicché anche sotto tale profilo l'impugnata pronuncia deve ritenersi immune dalle lamentate censure.

15. Ne consegue il rigetto del relativo motivo di gravame principale e incidentale.

16. Con il sesto motivo di appello, l'appellante lamenta il mancato accoglimento del ricorso incidentale da essa proposto in prime cure.

In particolare, l'appellante ha affermato che: “*la propria dichiarazione per come originariamente resa in sede di gara fosse già satisfattiva rispetto al significato desumibile dalla lex specialis. Ogni diversa interpretazione della medesima clausola avrebbe, del resto, condotto alla illegittimità della clausola che prevede tale requisito palesemente sproporzionato e affetto da manifesta irragionevolezza*” (atto di appello, p. 27).

In particolare, l'appellante lamenta che: “*il requisito della pregressa esecuzione del servizio analogo con un fatturato per singolo contratto di € 2.128.000 in tre anni, finirebbe per pretendere la dimostrazione dell'avvenuta esecuzione di un servizio analogo non per un importo almeno pari alla base d'asta, bensì pari a più del doppio della base d'asta medesima*” (atto di appello, p. 27), sì da risultare sproporzionato, in quanto potenzialmente escludente un'ampia

platea di possibili concorrenti.

Le censure sono infondate.

17. Come correttamente affermato dal giudice di prime cure: *“Nelle gare pubbliche la Stazione appaltante dispone di ampia discrezionalità nella redazione degli atti di gara ed è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti, purché tale scelta non sia eccessivamente ed irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito e risponda, quindi, ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto”* (C.d.S, III, 20.3.2020, n. 2004).

Tanto premesso – e considerato quanto sopra detto in ordine all'intrinseca irrazionalità dell'operazione ermeneutica compiuta da parte appellante in ordine al significato da attribuirsi alla previsione di cui all'art. 7.3.1 del Disciplinare – rileva il Collegio che l'aver previsto un requisito di punta parametrato al valore base d'asta (€ 2.128.000) è del tutto in linea con l'intento dell'Amministrazione di individuare una platea di concorrenti dotati di solida capacità tecnico-professionale, soprattutto in un settore – quale quello della fornitura di servizi termici – che non può ammettere soluzioni di continuità.

Pertanto, tale scelta disvela un esercizio non irragionevole della discrezionalità amministrativa, e non può dunque essere censurata in sede giurisdizionale.

Per tali ragioni, le relative censure di parte appellante sono infondate, e vanno dunque disattese.

18. Con l'ulteriore motivo di gravame, l'appellante lamenta *“l'inconferenza dell'argomentazione del Giudice di prime cure sulla distinzione del requisito di capacità economico finanziaria rispetto a quello di capacità tecnico professionale. Tale argomentazione, infatti, non supera la censurata manifesta inconferenza della previsione di cui all'art. 7.3.1 come sostenuta dalla ricorrente principale (dimostrare di aver svolto un unico servizio di importo almeno pari ad € 2.128.000 fatturato nel triennio antecedente al bando) che vanifica del tutto e rende irragionevolmente inutile la richiesta del requisito di capacità economico-finanziaria per come*

*richiesto nella lex specialis?* (atto di appello, p. 28).

La censura è infondata, in quanto muove dall'erroneo assunto della sostanziale sovrapponibilità dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziari.

Al contrario, trattasi di requisiti del tutto diversi tra di loro, in quanto il primo è volto a misurare la solidità patrimoniale dell'operatore economico, e dunque la capacità di far fronte con il proprio patrimonio agli obblighi risultanti dall'esecuzione del servizio; il secondo, invece, mira a garantire che l'impresa abbia la capacità tecnica di eseguire il servizio richiesto, e dunque che possieda quel bagaglio di risorse umane e tecniche necessario alla corretta esecuzione di un servizio, secondo gli standard di qualità richiesti dalla legge di gara.

Per tali ragioni, non vi è alcuna discrasia tra l'importo richiesto ai fini della prova del requisito economico-finanziario, e quello richiesto ai fini del possesso del requisito tecnico-professionale.

Ne consegue il rigetto della relativa censura.

19. Va parimenti disatteso l'ulteriore motivo di gravame, con il quale, in rigetto del secondo motivo di ricorso incidentale, il giudice di prime cure ha ritenuto che l'odierna appellante non avesse interesse a sindacare la legittimità del requisito di punta, non avendo dimostrato in sede di domanda di partecipazione il possesso del suddetto requisito tecnico-professionale, neppure in modo frazionato.

Sul punto, è sufficiente richiamare quanto sopra detto in ordine all'erronea interpretazione dell'art. 7.3.1 del Disciplinare, da un lato, e all'inammissibilità del ricorso istruttorio, dall'altro, per concludere che l'odierna appellante non aveva in alcun modo dimostrato il possesso del requisito tecnico-professionale, neanche in forma frazionata.

Per tali ragioni, essa non aveva interesse ad impugnare una clausola del bando che, interpretata nel solo modo in cui essa avrebbe dovuto (necessità di esecuzione, nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando, di almeno un servizio analogo,

per un importo complessivo pari a quello del servizio posto a base d'asta, pari ad € 2.128.000), stabiliva requisiti di partecipazione leciti e proporzionati, nei termini sopra esposti; requisiti di cui l'appellante pacificamente non era in possesso.

20. Con l'ulteriore motivo di gravame, l'appellante censura il rigetto del terzo motivo di ricorso incidentale da parte del giudice di prime cure. In particolare, ad avviso dell'appellante il soccorso istruttorio avrebbe dovuto essere ammesso “... anche per l'ulteriore servizio svolto da (...) in favore del Comune. Ed è in tale ottica che con tale motivo si è chiesta l'applicazione dell'art. 85 c. 6, D.lgs. 50/2016. Infatti, in sede di comprova dei requisiti, su iniziativa della Stazione Appaltante medesima e senza alcun onere di allegazione del concorrente, la CUC avrebbe comunque potuto verificare la sussistenza del requisito in esame in applicazione della citata disposizione” (atto di appello, p. 32).

La censura è infondata.

Ai sensi dell'art. 85 co. 6 d. lgs. n. 50/16 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame): “... agli operatori economici non è richiesto di presentare documenti complementari o altre prove documentali qualora questi siano presenti nella banca dati di cui all'articolo 81 [...]”.

Tanto premesso, rileva il Collegio che, nella fattispecie in esame, non si è al cospetto di documenti complementari, ma di documentazione necessaria ai fini della prova del possesso dei requisiti di partecipazione. Per tali ragioni, è evidente che tale prova doveva essere fornita direttamente dall'appellante, non potendo essa delegarla alla stazione appaltante, sulla quale non grava alcun onere di verifica del se i requisiti di partecipazione dichiarati in una precedente gara – e sulla base di regole proprie di quest'ultima – possano valere anche in altra gara, governata da regole in tutto o in parte diverse.

Pertanto, non avendo l'appellante – sulla quale gravava il relativo onere di produzione documentale – fornito la prova del requisito tecnico-professionale previsto dall'art. 7.3.1 del Disciplinare, l'aggiudicazione intervenuta in suo favore deve senz'altro reputarsi illegittima, talché anche sotto tale profilo l'impugnata pronuncia è esente da mende.

Ne consegue il rigetto della relativa censura.

21. Con il settimo motivo di gravame l'appellata si duole della declaratoria di inefficacia del contratto disposta dal giudice di prime cure, con relativo subentro in favore dell'odierna appellata. Ad avviso dell'appellante “... *oltre ad aver formulato la dichiarazione di disponibilità al subentro soltanto nei motivi aggiunti (come anche si dà atto in sentenza), ha rinunciato alla sospensiva cui ha fatto seguito la stipula del contratto. Ciò ha comportato l'inizio dell'esecuzione e di prestazioni complesse previste dal Capitolato*” (atto di appello, p. 32).

Analoga censura è stata proposta dal Comune di (...) nel proprio appello incidentale.

Le censure sono infondate.

21.1. Ai sensi dell'art. 122 c.p.a, la statuizione di inefficacia del contratto è subordinata al ricorrere di determinati presupposti (interessi delle parti; effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati; stato di esecuzione del contratto; possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta), tra i quali non rientra in alcun modo la condotta processuale della parte.

21.2. Piuttosto, il giudice di prime cure ha correttamente valutato tutte le suddette circostanze, concludendo correttamente nel senso della sussistenza dei requisiti richiesti ai fini della declaratoria di inefficacia del contratto e del relativo subentro in favore dell'odierna appellata. In particolare, quelli evidenziati dall'appellante (censimento delle criticità degli impianti; progettazione ed esecuzione di interventi di riqualificazione energetica; fornitura del combustibile – atto di appello, pp. 32-33) sono impedimenti di mero fatto, fisiologicamente connessi al cambio di un operatore economico, sicché non assumono alcuna efficacia ostativa alla declaratoria di inefficacia del contratto e al relativo subentro in favore dell'operatore immediatamente successivo.

21.3. Ne consegue il rigetto delle relative censure.

22. Da ultimo, va disatteso l'ottavo motivo di appello principale, nonché il terzo motivo di appello incidentale articolato dal Comune di (...), con il quale si censura la condanna dell'Amministrazione e della controinteressata (ed odierna appellante) al pagamento delle spese di lite.

Sul punto, è sufficiente osservare che, sotto un primo profilo, la condanna consegue *naturaliter* alla soccombenza in giudizio.

In secondo luogo, non sussisteva alcun elemento (soccombenza reciproca; sopravvenienze normative; mutamenti giurisprudenziali) tale da consentire la compensazione delle spese di lite.

23. Conclusivamente, l'appello principale e quello incidentale proposto dal Comune di (...) sono infondati.

Ne consegue il loro rigetto.

24. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale, come in epigrafe proposto, nonché sull'appello incidentale proposto dal Comune di (...), li rigetta.

Condanna solidalmente l'appellante (...) s.r.l. e il Comune di (...) al rimborso delle spese di lite sostenute dall'appellata (...) s.r.l, che si liquidano in € 3.500 per onorario, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2025, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Roberto Michele Palmieri, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Roberto Michele Palmieri**

**IL PRESIDENTE**

**Francesco Caringella**

**IL SEGRETARIO**