

# Appalti, possibile sanare l'offerta irregolare anche davanti al giudice

Il Consiglio di Stato inaugura il «soccorso istruttorio processuale». Se c'è il requisito la carenza formale può essere regolarizzata anche nel giudizio sull'aggiudicazione

Il soccorso istruttorio può trovare spazio anche in sede processuale, nell'ipotesi in cui sia impugnata l'aggiudicazione in relazione a una ritenuta carenza documentale inerente i requisiti dell'aggiudicatario. Quest'ultimo infatti, qualora si tratti di una carenza solo formale – che presuppone quindi l'effettivo possesso del relativo requisito – può attivare una sorta di soccorso istruttorio nell'ambito del giudizio, purché sollevi la questione in sede di difesa e dia prova del possesso del requisito rispetto al quale si è verificata la carenza documentale.

Qualora tale prova sia fornita e il giudice la ritenga idonea, lo stesso giudice non deve pronunciare l'annullamento dell'aggiudicazione, ritenendo invece sanata la rilevata carenza documentale.

Sono questi i principi fondamentali sanciti dal Consiglio di Stato, Sez. III, 2 marzo 2017, n. 975 (vedere sentenza allegata) in una pronuncia di notevole interesse, che traccia la fisionomia di questo soccorso istruttorio "processuale" che si affianca a quello tradizionale che trova la sua naturale collocazione in sede di gara su iniziativa della stazione appaltante.

Si tratta di una declinazione del soccorso istruttorio per alcuni aspetti atipica e che non trova una propria autonoma disciplina normativa. Anche in considerazione di questa circostanza, risultano di grande importanza i principi affermati dal Consiglio di Stato, che peraltro vengono a impattare su una tematica generale di notevole rilievo e criticità, relativa alla delimitazione dei confini tra azione amministrativa e attività giurisdizionale.

## **Il fatto**

Una centrale di committenza aveva indetto una gara per l'affidamento del servizio di vigilanza continuativa anticendio presso un'Azienda ospedaliera. A fronte dell'intervenuta aggiudicazione il secondo classificato proponeva ricorso davanti al giudice amministrativo. Tra le varie censure formulate, veniva contestato che l'aggiudicatario non aveva presentato la dichiarazione

in merito ai requisiti generali di cui all'articolo 38 del D.lgs. 163/2016 che avrebbe dovuto essere resa dal socio di maggioranza della società aggiudicataria stessa.

Tale carenza verrebbe in rilievo in relazione alla previsione contenuta nell'ultimo periodo del comma 1, lettera c) dell'articolo 38, secondo cui nel caso di società le cause di esclusione previste dalla disposizione operano, tra l'altro, nei confronti «del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci».

Il Tar Friuli Venezia Giulia ha rigettato il ricorso, respingendo anche questa specifica censura. La stessa – insieme alle altre – è stata riproposta davanti al Consiglio di Stato, che si è pronunciato con la sentenza in commento.

### **Il caso di specie**

L'applicazione dei principi enunciati al caso di specie ha portato il giudice amministrativo ad annullare l'aggiudicazione.

Secondo l'interpretazione accolta nella pronuncia e sopra ricordata, il socio di maggioranza persona giuridica - nella persona fisica del soggetto che esercita il potere di controllo - avrebbe dovuto rendere la dichiarazione in merito all'insussistenza di determinati requisiti di idoneità morale.

Tale dichiarazione non è invece intervenuta in sede di gara, ma l'ente appaltante non ha rilevato tale carenza e non ha conseguentemente attivato il soccorso istruttorio. L'aggiudicatario, a sua volta, non ha sollevato un'eccezione difensiva formale su tale aspetto e soprattutto non ha fornito alcuna prova documentale in merito all'effettivo possesso del requisito cui la mancata dichiarazione si riferiva.

In sostanza, l'aggiudicatario non ha sfruttato nell'ambito del giudizio la possibilità di regolarizzazione documentale che presuppone un adeguato assolvimento dell'onere probatorio.

A fronte di tale omissione e facendo anche applicazione del principio di autoresponsabilità che grava su tutti i concorrenti, non vi sono gli estremi per ritenere che nel caso di specie possa trovare spazio in senso positivo il soccorso istruttorio processuale, con la naturale conseguenza del necessario annullamento dell'aggiudicazione.