

Questioni sostanziali e processuali in materia di soccorso istruttorio

di Valeria Vitale

Data di pubblicazione: 23-3-2017

1. La dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), D. lgs. n. 163/2006 deve essere resa dal socio (persona giuridica) di maggioranza. In proposito, infatti, è stato chiarito che, con riferimento al "socio di maggioranza", il legislatore non ha incluso alcuna specificazione in relazione alla natura giuridica del socio medesimo, con la conseguenza che si avvalora l'opzione ermeneutica per la quale l'espressione testuale vale tanto per la persona fisica, quanto per la persona giuridica, in conformità ad un approccio sostanzialistico alla normativa che attribuisce rilievo ai requisiti di moralità di tutti i soggetti che condizionano la volontà degli operatori che stipulano contratti con la pubblica amministrazione, a prescindere dalla circostanza che siano persone fisiche o giuridiche, in ossequio ai principi di lealtà, correttezza, trasparenza e buona amministrazione".

2. La scelta sostanzialistica operata dal Legislatore e diretta ad impedire l'esclusione per vizi formali nella dichiarazione, quando vi è prova del possesso del requisito, deve applicarsi anche quando l'incompletezza della dichiarazione viene dedotta come motivo di impugnazione dell'aggiudicazione da parte di altra impresa partecipante alla selezione. In tal caso, infatti, l'irregolarità della dichiarazione si configura come vizio solo formale e non sostanziale, emendabile secondo l'obbligatoria procedura di soccorso istruttorio. Ciò non determina neppure una violazione del principio di par condicio, in quanto la successiva integrazione o correzione della dichiarazione mira ad attestare, correttamente, l'esistenza di circostanze preesistenti, riparando una incompletezza o irregolarità che la stazione appaltante, se avesse tempestivamente rilevato, avrebbe dovuto comunicare alla concorrente, attivando l'obbligatorio procedimento di soccorso istruttorio.

3. La questione riguardante l'emendabilità della riscontrata carenza documentale e la sostanziale titolarità dei requisiti di partecipazione alla gara deve essere sempre dedotta nell'ambito del giudizio proposto contro l'ammissione dell'aggiudicatario e non può essere rinviata alla rinnovazione, totale o parziale, del procedimento selettivo. Tale questione non può, inoltre, essere rilevata d'ufficio, ma si reputa necessaria un'apposita domanda della parte interessata aggiudicatario.

4. L'art. 38, comma 2-bis, D. lgs. n. 163/2006 si differenzia dall'art. 21-octies, comma 2, L.n. 241/1990, in quanto lo stesso discrimina tra irregolarità essenziali e non essenziali e solo alle seconde implicitamente riserva un trattamento del tutto simile a quello previsto dall'art. 21-octies, sancendone l'irrelevanza ai fini della legittimità. Per le irregolarità formali, ma essenziali, prevede, invece, un obbligatorio procedimento di sanatoria, ossia di produzione, integrazione, correzione, con effetto sanante. Ne consegue, quindi, che non è possibile traslare nei giudizi sulle procedure d'appalto, la regola della "non annullabilità" del provvedimento irregolare.

5. Potendo la carenza formale celare una irregolarità di tipo sostanziale, ove ciò effettivamente accada, la valutazione del giudice non cade nell'ambito dell'art. 38, comma 2-bis, ma rientra all'interno dell'art. 38, comma 1, e attiene al necessario e inderogabile possesso dei requisiti di moralità. Pertanto, ove il giudice sia certo, in ragione della natura vincolata dell'accertamento, che il requisito non sussista, egli deve annullare l'aggiudicazione ed accogliere le richieste del secondo graduato di subentrarvi, ma se le valutazioni che si richiedono dinanzi al dubbio sono invece connotate da discrezionalità, la soluzione non può che essere l'annullamento dell'ammissione del concorrente, con la conseguente regressione del procedimento alla fase dell'invito alla regolarizzazione e delle pertinenti verifiche e valutazioni in sede amministrativa di quanto prodotto.

(1). Conforme: Cons. St., Sez. V, 23 giugno 2016, n. 2813.

Guida alla lettura

Con la decisione in commento, il Consiglio di Stato si sofferma sull'**art. 38, comma 1, del D. lgs. n. 163/2006** e, più in particolare, sui **presupposti e sui limiti dell'istituto del soccorso istruttorio**. Nello specifico, il Collegio intende chiarire quale sia la **disciplina sostanziale e processuale** nelle ipotesi in cui la stazione appaltante abbia illegittimamente ammesso alla gara un'offerta carente, sotto il profilo meramente formale, del richiesto supporto documentale, idoneo a dimostrare in modo adeguato il possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione del concorrente, e anche dell'ipotesi in cui l'indicata carenza documentale e probatoria, se riscontrata tempestivamente nel corso dello svolgimento della procedura di gara, non avrebbe consentito l'immediata esclusione dell'offerta, ma avrebbe imposto alla stazione appaltante l'attivazione del procedimento del soccorso istruttorio sostanziale, disciplinato dal codice dei contratti pubblici.

Così delineato il perimetro della pronuncia in oggetto, appare utile, in via preliminare, chiarire che il Consesso, in applicazione di una consolidata giurisprudenza in materia, tende, in generale, per la **portata oggettiva e sistematica della disciplina del soccorso istruttorio**, in considerazione del fatto che la disciplina della procedura di gara non deve essere intesa come *“una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all'amministrazione aggiudicatrice”*, ma deve essere diretta all'individuazione dell'offerta migliore.

Tanto chiarito, è necessario verificare **se, intervenuta l'aggiudicazione, si possa ancora prospettare un problema di “soccorso istruttorio” con riguardo ai requisiti di partecipazione**. In proposito, la Sezione ritiene che, in virtù del richiamato approccio sostanzialistico seguito dal Legislatore, **nel caso in cui vi sia la prova del possesso del requisito, la disciplina del soccorso istruttorio deve applicarsi anche quando l'incompletezza della dichiarazione viene dedotta come motivo di impugnazione**

dell'aggiudicazione da parte di altra impresa partecipante alla selezione. Viene, infatti, in rilievo una mera irregolarità formale, sanabile con il ricorso alla procedura obbligatoria del soccorso istruttorio. Tale procedura, inoltre, non comporta una violazione del principio di *par condicio* tra i concorrenti, in quanto con l'integrazione o la correzione della documentazione, si intende certificare la sussistenza di requisiti preesistenti, con conseguente riparazione dell'irregolarità a cui avrebbe dovuto provvedere, mediante attivazione della suddetta procedura di soccorso istruttorio, la stessa stazione appaltante.

Accertato che la procedura del soccorso istruttorio è attivabile anche ove sia già intervenuta l'aggiudicazione, è opportuno chiarire in che termini, sostanziali e processuali, rilevi la procedura medesima.

In prima battuta, si è prospettata la soluzione della delimitazione della portata della eventuale pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione e dei conseguenti effetti conformativi. In tal senso, il giudice, una volta accertata l'illegittima ammissione alla gara dell'aggiudicatario, per carenza della documentazione necessaria, annullati i provvedimenti della stazione appaltante, dovrebbe lasciare spazio all'attivazione del soccorso istruttorio, con la conseguenza che, in virtù della documentazione eventualmente prodotta dall'interessata, la stazione appaltante potrà effettuare le determinazioni definitive in ordine all'esclusione o all'ammissione della concorrente. Tale impostazione, tuttavia, non sembra essere in linea con il principio di concentrazione delle tutele e, pertanto, il Consiglio di Stato ritiene che **la questione in parola debba essere sempre dedotta nell'ambito del giudizio proposto contro l'ammissione dell'aggiudicatario e non possa essere rinviata alla rinnovazione, totale o parziale, del procedimento selettivo.**

La Sezione precisa, inoltre, che la questione non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, ma presuppone sempre un'iniziativa della parte aggiudicatario. Quest'ultima, inoltre, è gravata dall'onere, ex art. 2697 c.c., della dimostrazione della natura meramente formale dell'errore contenuto nella dichiarazione: in particolare, la medesima deve provare che, qualora fosse stato attivato, correttamente, il rimedio del soccorso istruttorio, l'esito sarebbe stato ad essa favorevole, disponendo del requisito in contestazione, pena la violazione del principio dell'onere della prova, nonché la compromissione della finalità di accelerazione che permea le controversie in materia di contratti pubblici.

Tanto rilevato, il Consesso passa all'esame della ratio dell'**art. 38, comma 2-bis, del D. lgs. n. 163/2006**, anche al fine di tracciarne la **differenza con l'art. 21-octies, comma 2, L. n. 241/1990**. Sul punto, si mette in evidenza che, pur riguardando l'art. 38, comma 2-bis, la sanabilità delle irregolarità formali in ossequio al già citato approccio sostanzialistico, con lo stesso si chiarisce che le irregolarità formali essenziali devono essere, in ogni caso, sanate prima dell'aggiudicazione. Ciò determina, quindi, la distinzione rispetto all'art. 21-octies, comma 2, L. n. 241/1990, a mente del quale, invece, si sancisce il principio di irrilevanza, ai fini dell'annullamento (in sede giurisdizionale o amministrativa), delle violazioni di forma o di procedimento nell'emanazione di atti a contenuto vincolato quando esse non abbiano inciso sulla sostanza. **Mentre, quindi, l'art. 38, comma 2-bis, D. lgs. n. 163/2006 distingue tra irregolarità essenziali e irregolarità non essenziali, l'art. 21-octies, comma 2, L.n. 241/1990 non fa menzione di tale discrimen.** La *ratio* di tale differenza è da rinvenirsi nella

circostanza per cui le procedure concorsuali, pur finalizzate alla scelta della migliore offerta o del miglior candidato, operano all'interno di un quadro di regole poste a garanzia della leale e trasparente competizione.

Precisato che, nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, le irregolarità essenziali necessitano di una obbligatoria regolarizzazione, il Collegio si sofferma sulle conseguenze di tipo processuale. Osserva la Sezione che, ove sia provato che sussista la irregolarità essenziale e che la stessa non sia stata rilevata e sanata in virtù dell'art. 38, comma 2-*bis*, il giudice dovrebbe procedere con l'annullamento dell'aggiudicazione finale, perchè viziata, sancendo, in via conformativa, la riedizione del procedimento, a partire dall'ultimo segmento valido. Tale esito risulterebbe, tuttavia, contrario alla ratio dell'art. 38, nonché all'impostazione di base del nuovo processo amministrativo. Ne consegue, quindi, che, in siffatte ipotesi, **il g.a. potrebbe accertare, all'esito del processo, i termini della dedotta irregolarità essenziale e, ove risulti provato che ad essa non si accompagna anche una carenza sostanziale del requisito, dichiarare che il vizio era sanabile e che l'offerente aveva interesse a sanarlo, previo pagamento della sanzione pecuniaria.** In tal modo, l'ulteriore procedimento amministrativo rappresenterebbe una riproduzione dell'iter seguito dal giudice e l'accertamento sarebbe deputato a vincolare l'amministrazione, imponendo all'amministrazione di ingiungere la sanzione.

Individuato il percorso più ragionevole avuto riguardo alle irregolarità essenziali di tipo formale, è necessario esaminare il diverso caso delle **irregolarità essenziali formali che celino una irregolarità sostanziale.** Ove ricorra tale ipotesi, infatti, **la valutazione del giudice esula dall'art. 38 comma 2-*bis*, e rientra nell'ambito applicativo dell'art. 38, comma 1, sul necessario ed inderogabile possesso dei requisiti di moralità.**

In ordine a tale questione, occorre, infatti, considerare che la valutazione sulla sussistenza dei requisiti morali non è necessariamente vincolata, ragion per cui, il giudice annulla l'aggiudicazione, con accoglimento delle richieste del secondo classificato soltanto quando sia certo che il requisito non sussista. Ove, invece, le valutazioni da effettuare siano connotate da discrezionalità, la soluzione non può che essere l'annullamento dell'ammissione del concorrente, con la conseguente regressione del procedimento alla fase dell'invito alla regolarizzazione e delle pertinenti verifiche e valutazioni in sede amministrativa di quanto prodotto.

Infine, per quel che concerne la consistenza della prova e il riparto del relativo onere, il ricorrente che invoca l'esclusione dell'aggiudicatario, può limitarsi ad addurre la mancanza o l'incompletezza della produzione documentale, collegando a tali difetti una possibile carenza del requisito sostanziale. Il resistente controinteressato, invece, deve, tramite eccezione, invocare l'applicazione dell'art. 38 comma 2-*bis*, provando che il requisito esiste e che, per l'appunto, si tratta di una mera, sia pur essenziale, irregolarità documentale.

La pronuncia oggetto di nota costituisce l'occasione per mettere in luce alcune novità introdotte con la **disciplina del soccorso istruttorio di cui al nuovo Codice dei contratti pubblici.** L'art. 83, comma 9, del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, stabilisce che sono escluse dalla disciplina del soccorso istruttorio le irregolarità documentali insanabili, vale a dire quelle

carenze documentali che non permettono di individuare il contenuto dell'offerta, il soggetto a cui ricondurre la medesima, o che alterino il principio di segretezza dell'offerta. Fatta eccezione per tali ipotesi, la richiamata disposizione, in accordo con lo spirito della Direttiva 24/2014/UE, tende a dare seguito all'impostazione sostanzialistica, per cui le irregolarità sono, in via generale, sanabili. L'articolo in questione, inoltre, individua anche le cosiddette irregolarità formali non essenziali, le quali possono essere sanate, senza previo pagamento della sanzione (Cfr. P. Pignolo, Nuovo soccorso istruttorio, in www.anticorruzione.eu). La disposizione in esame contiene, poi, una apposita disciplina per il procedimento di regolarizzazione. In particolare, si prevede l'obbligo, per l'operatore che intenda regolarizzare e, quindi, rimanere in gara, di fornire la prova dell'avvenuto pagamento della sanzione.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di [registro](#) generale 6464 del 2016, proposto da: Evolve Consorzio Stabile, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Lodovico Visone (C.F. VSNLVC57D15G796D), Angelo Clarizia C.F. (CLRNGI48P06H703Z), con domicilio eletto presso Lodovico Visone in Roma, via del Gesù, 62;

contro

EGAS - Ente per la Gestione Accentrata dei Servizi Condivisi, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Fabio Balducci Romano (C.F. BLDFBA75H01E472J), Carlo Malinconico (C.F. MLNCRL50E31H501L), con domicilio eletto presso Carlo Malinconico in Roma, corso Vittorio Emanuele II N. 284;

nei confronti di

GSA Gruppo Servizi Associati Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Ponti (C.F. PNTLCU59E13L483K), Luca De Pauli (C.F. DPLLCU71L16C758N), Luca Mazzeo (C.F. MZZLHR70H08L219U), con domicilio eletto presso Luca Mazzeo in Roma, via Eustachio Manfredi, 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sezione I, n. 345/2016, resa tra le parti,

concernente affidamento del servizio di vigilanza continuativo antincendio per tre anni per l'Azienda Ospedaliero-Universitaria, gli Ospedali Riuniti di Trieste e per l'Istituto Burlo-Garofalo.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Egas - Ente per la Gestione Accentrata dei Servizi Condivisi e della Gsa Gruppo Servizi Associati Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2017 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Lodovico Visone, Angelo Clarizia, Carlo Malinconico e Luca Mazzeo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Ente per la gestione accentrata dei servizi condivisi in Friuli Venezia Giulia (nel prosieguo, EGAS), quale centrale di committenza indiceva gara relativa all'affidamento del servizio di vigilanza continuativa antincendio presso l'Azienda Ospedaliera U.O.R. di Trieste e l'Istituto Burlo Garofolo da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito della gara, il primo lotto (alla cui aggiudicazione concorrevano quattro partecipanti, dei quali tre poi ammessi alla fase finale di apertura delle offerte economiche) veniva aggiudicato al R.T.I. con mandataria GSA S.p.A.

Al secondo posto si collocava il Consorzio Stabile Evolve (nel prosieguo, Evolve).

Questi impugnava dinanzi al TAR Friuli Venezia Giulia l'esito della procedura, articolando quattro motivi di ricorso.

1. Sosteneva Evolve che il R.T.I. G.S.A. doveva essere escluso per non aver presentato la dichiarazione del possesso dei requisiti di cui all'articolo 38 D.Lgs. n. 163/2006 da parte dei due soci persone fisiche titolari (rispettivamente al 90% e al 10%) della società AL.PE. Invest S.r.l. che controlla con il 96,23% del capitale sociale la società G.S.A. S.p.A.
2. Stigmatizzava inoltre la circostanza che EGAS avesse consentito al RTI controinteressato di integrare in corso di gara la propria offerta, relativamente al personale da impiegare nell'esecuzione del servizio oggetto dell'appalto.
3. Contestava ancora l'esito positivo della verifica della congruità dell'offerta del RTI controinteressato, che in ragione dell'asserita erroneità del calcolo del costo del lavoro.

4. Si doleva, infine, dell'uso scorretto da parte della Commissione di gara del potere di riparametrazione (segnatamente, sotto forma di cd. doppia riparametrazione) delle offerte, che aveva asseritamente consentito all'offerta tecnica del RTI controinteressato di superare la soglia di sbarramento fissata dalla lex specialis di gara.

La società G.S.A. S.p.A., in proprio e quale mandataria del costituendo RTI aggiudicatario, proponeva ricorso incidentale, e deduceva i seguenti argomenti.

1. La società Phos S.r.l. (consorzata cui Evolve aveva assegnato l'esecuzione dell'appalto) aveva violato la disciplina sull'avviamento la lavoro dei disabili, dichiarando di non esserne tenuta al rispetto per avere un numero di dipendenti inferiore alle 15 unità, mentre risultava che ne impiegasse oltre 20.

2. L'offerta di Evolve contemplava l'applicazione di un CCNL (quello per i "servizi ausiliari, fiduciari e integrati") diverso da quello (per "il settore sorveglianza antincendio") indicato dal Capitolato speciale.

3. Era l'offerta di Evolve, e non certo la propria, a non essere congrua, posto che presentava un margine di utile nettamente inferiore a quello che, viceversa, garantisce alla vincitrice la relativa offerta.

4. Ulteriore indice della non sostenibilità dell'offerta di Evolve era rappresentato dal fatto che essa prevedeva l'applicazione di un CCNL, non solo diverso da quello richiesto dalla lex specialis di gara, ma anche diverso da quello che aveva dichiarato di applicare al proprio personale sia il Consorzio Evolve, che la società Phos S.r.l..

5. Stigmatizzava infine la circostanza che l'EGAS avesse chiesto chiarimenti ad Evolve consentendogli una integrazione dell'offerta con riguardo a uno dei mezzi che avrebbero potuto essere utilizzati per lo svolgimento del servizio antincendio.

Il TAR esaminava, per ragioni di economia processuale, dapprima il ricorso principale e statuiva che:

a) legittimamente EGAS non aveva escluso dalla gara de qua il RTI G.S.A. per mancanza della dichiarazione ex articolo 38 D.Lgs. n. 163/2006 da parte dei sigg.ri Pedone Alessandro e Pedone Francesco poiché essi non sono soci di una delle partecipanti al raggruppamento (G.S.A. S.p.A. per l'appunto), bensì della persona giudica (AL.PE Invest S.r.l. rispettivamente al 90% e 10%) a sua volta socia;

b) il secondo e il quarto motivo di impugnazione non superavano la prova di resistenza, nel senso che dal loro accoglimento non sarebbe derivata una riduzione del punteggio conseguito dal RTI G.S.A. in una misura tale da far perdere ad esso la prima posizione in graduatoria;

c) legittimamente EGAS ha ritenuto globalmente sostenibile l'offerta del RTI G.S.A., con un giudizio immune da vizi di manifesta irragionevolezza.

Respinto il ricorso principale, il TAR dichiarava l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso incidentale, in quanto proposto al solo fine di neutralizzare gli eventuali effetti sfavorevoli discendenti dall'accoglimento del ricorso principale.

Avverso la sentenza ha proposto appello Evolve.

Ha proposto altresì appello incidentale G.S.A. S.p.A., in proprio e quale mandataria del costituendo RTI aggiudicatario.

La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 12 gennaio 2017.

DIRITTO

1. Entrambe le parti private, protagoniste del primo giudizio, hanno integralmente riproposto, per il tramite dei motivi di gravame dell'appello principale ed incidentale, i temi originariamente sollevati in primo grado.

2. Il giudice di prime cure ha ritenuto, per economia processuale, di esaminare previamente il ricorso principale, e ritenutolo infondato, ha omesso di pronunciare sul ricorso incidentale in quanto non più sorretto dal necessario interesse processuale.

3. Il collegio ritiene, per converso, di dover partire dall'esame del ricorso incidentale, riproposto nei termini originari dalla società G.S.A.

4. Con il primo motivo di ricorso G.S.A. deduce che la consorziata PHOS S.r.l., indicata da Evolve, avrebbe dichiarato il falso, indicando di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili avendo "un numero di dipendenti inferiore a 15 unità e pertanto non essendo soggetta agli obblighi di assunzione obbligatoria.". Dalla visura camerale e dagli stessi contenuti dell'offerta tecnica emergerebbe, invece, che i dipendenti sono di gran lunga superiori alle 15 unità.

5. Ritiene il collegio che il motivo sia infondato. Come chiarito da Evolve, trattasi di un mero errore commesso in sede di compilazione della modulistica (in sostanza l'offerente ha barrato la casella che conteneva la dichiarazione di regolarità per insussistenza dell'obbligo, anziché quella di regolarità per adempimento dell'obbligo) emergente dai dati della stessa offerta tecnica, ove è dichiarato l'impiego di ben trenta unità di personale dipendente. L'errore non implica alcuna violazione della l. 68/1999, essendo pacifico che PHOS S.r.l. ha proceduto all'assunzione di lavoratori disabili nei termini di legge. Sul piano formale esso dà luogo ad una mera contraddittorietà, sorretta da buona fede e certamente non integrante una irregolarità essenziale, suscettibile di essere ricondotta a coerenza a messo di una lettura complessiva della documentazione.

6. Con il secondo motivo G.S.A deduce che il Consorzio Evolve avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara per aver indicato, in sede di offerta, di voler applicare un diverso contratto collettivo (C.C.N.L. SAFI "servizi ausiliari, fiduciari e integrati") rispetto a quello prospettato dalla S.A. all'interno degli atti posti a base della procedura di gara (C.C.N.L.

per il settore sorveglianza antincendio), con conseguente lesione della par condicio.

7. A parte il fatto che la difesa di Evolve ha dimostrato che il CCNL SAFI, rientra tra i contratti di settore, in quanto, nell'ambito dell'applicazione (art. 1, lett. e del CCNL), è prevista l'attività di prevenzione e primo intervento antincendio, ritiene il collegio che sia dirimente in proposito quanto di recente osservato dalla Sezione nella sentenza n. 5597/2015, ossia che "l'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla lex specialis alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché deve negarsi in radice che l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro possa determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta".

8. Con il terzo motivo GSA contesta la congruità economica dell'offerta di Evolve. Il motivo è tuttavia formulato in modo da porre in risalto l'infondatezza della correlativa censura di incongruità avanzata in via principale da Evolve e si risolve nell'affermazione che l'utile prospettato all'interno della offerta EVOLVE – PHOS S.r.l. è di molto inferiore a quello dichiarato da GSA essendo pari ad una percentuale dello 0,15%.

9. In tali termini proposto il motivo è inammissibile, in primis perché generico, e comunque perché fa leva su argomenti comparativi che nulla dicono sulla reale ed effettiva esistenza di anomalia.

10. Con il quarto motivo GSA rileva una contraddittorietà nell'indicazione dei contratti collettivi nell'all. D rispetto a quelle che Evolve ha dichiarato di applicare in sede di offerta.

11. Il motivo è del tutto infondato, Nell'allegato D 'Scheda Fornitore' sono stati indicati i contratti attualmente applicati dall'azienda, non quelli che verranno applicati nella presente procedura, indicati invece nell'allegato E 'Offerta Economica'. In ogni caso, non può che richiamarsi quanto sopradetto in tema di irrilevanza del tema ai fini dell'esclusione.

12. Con il quinto motivo GSA deduce l'illegittimità del *modus procedendi* della stazione appaltante per avere reiteratamente ed inammissibilmente chiesto chiarimenti ad Evolve sul contenuto dell'offerta tecnica, consentendole, nella sostanza, di modificarla.

13. Anche questo motivo è infondato. Si è trattato all'evidenza di corrispondenza tesa ad ottenere chiarimenti tecnici privi di contenuto innovativo rispetto agli originari termini dell'offerta.

14. Può dunque passarsi all'esame dell'appello principale.

15. Per comodità espositiva si esaminerà prima il quarto, quinto e sesto motivo d'appello e poi, congiuntamente i prime tre.

16. Con il quarto motivo (erroneamente numerato nell'appello con il numero 5) l'appellante ripropone la questione della mancata allegazione, da parte del R.T.I. GSA, della documentazione curriculare necessaria per l'attribuzione del punteggio riferito alla voce

“Curriculum e formazione del personale da adibire al servizio”, e contesta la sentenza di prime cure, nella parte in cui, quantificata in 10,40 punti la decurtazione da operare, ha dichiarato inammissibile il motivo per mancato superamento della prova di resistenza. Deduce in proposito che: a) la mancata allegazione non poteva essere sanata con il soccorso istruttorio, b) la mancata allegazione avrebbe dovuto comportare la perdita di complessivi 15 punti e, b) giammai tal punteggio poteva scindersi ex post, come fatto dal giudice di prime cure.

17. Il motivo è infondato. Sul punto, la ricostruzione fatta dal giudice di prime cure è estremamente chiara e del tutto condivisibile; il motivo d'appello nulla di rilevante aggiunge in proposito.

17.1. Come già affermato dal primo giudice *“risulta per tabulas che la Commissione di gara, dopo aver riscontrato che tutti e quattro i concorrenti ammessi non avevano ben circostanziato le esperienze pregresse del personale che intendevano impiegare nel servizio, abbia a tutti e quattro richiesto di depositare i curricula non nominativi di detto personale. Il che già di per sé esclude che vi sia stata lesione della par condicio, posto che a tutti i concorrenti è stata consentita l'integrazione in esame”*. Può aggiungersi, per replicare esaustivamente alle censure dell'appellante, che l'omessa produzione del curriculum di dipendenti già identificati e qualificati in sede di offerta non può costituire motivo d'esclusione, ma al più motivo di non attribuzione dello specifico punteggio riservato a tale aspetto. Ed in proposito il giudice di prime cure ha efficacemente chiarito che *“diversamente da quanto sostenuto da parte ricorrente, i curricula successivamente depositati, hanno sì integrato il parametro 1 di valutazione “curriculum e formazione del personale da adibire al servizio”, cui l'articolo 15 del Capitolato speciale d'appalto attribuisce complessivamente al massimo 15 punti, ma limitatamente ai subparametri a), b) e c), volti a misurare, rispettivamente, le esperienze lavorative, il possesso di attestati e abilitazioni tecniche, e la formazione nell'ambito delle maxi emergenze e dell'evacuazione in abito sanitario, per complessivi 12 punti massimi. I curricula non sono, invece, in alcun modo in grado di incidere sul subparametro d), relativo al piano di formazione del personale”*. Ora, con riferimento ai subparametri a), b), c) del parametro 1), *risulta per tabulas che il RTI vincitore ha conseguito 10,4 punti. Conseguentemente, detraendo 10,4 punti dal punteggio ottenuto dal RTI G.S.A. per l'offerta tecnica prima della riparametrazione, ovvero 36,4, si ottengono 26,4 punti sufficienti per poter passare alla fase successiva di valutazione dell'offerta economica (la soglia di ammissibilità era fissata, infatti, a 25 punti). Ulteriormente, anche privata di quei 10,4 punti, l'offerta tecnica del RTI G.S.A. rimane la migliore con 26,4 punti contro i 25 punti dell'offerta di Evolve”*. Come premesso, il percorso argomentativo è pienamente condiviso dal collegio.

18. Con il quinto motivo l'appellante censura il self restraint del giudice di prime cure in punto di sindacato sulla valutazione di non anomalia fatta dall'amministrazione. Deduce che l'offerta della GSA era smaccatamente anomala, poiché in forza della clausola di salvaguardia occupazionale, GSA, gestore uscente, non poteva giovare di alcun beneficio fiscale e/o incentivo stante l'obbligo di continuità occupazionale con le maestranze occupate per lo stesso servizio in gara.

19. Anche questo motivo è infondato. Il giudice di prime cure non si è trincerato dietro

l'insindacabilità delle valutazioni tecniche. Piuttosto, dopo averne precisato limiti e modalità, ha esaminato le giustificazioni dell'aggiudicatario e le conseguenti valutazioni dell'amministrazione, osservando che l'aggiudicatario *"ha rappresentato di beneficiare di un'aliquota ridotta per il premio di assicurazione infortuni INAIL, di avere, in ragione delle diverse situazioni dei dipendenti destinati all'esecuzione del servizio, una più ridotta incidenza degli oneri per gli aumenti stipendiali di anzianità, di avere, sempre in ragione delle caratteristiche del personale impiegato (di sesso maschile, a bassa scolarizzazione e a basso tasso di sindacalizzazione) e dell'attività (che non è ad alto rischio di infortunio) un più ridotto tasso di assenza sul lavoro, così come dimostrato dalle serie storiche dell'impresa. L'aggiudicatario ha anche dimostrato di avere prudenzialmente calcolato, nel formulare l'offerta, un costo del lavoro leggermente superiore a quello effettivo (segnatamente, 15,23 €/h in luogo di 14,41 €/h per il livello E, e 13,87 €/h in luogo di 13,47 €/h per il livello F), per cautelarsi da eventuali imprevisti"*. Può aggiungersi, in replica alle osservazioni dell'appellante, che la clausola di salvaguardia deve sempre intendersi in modo elastico e compatibile con l'organizzazione aziendale e la specifica progettazione del servizio da parte dell'aggiudicatario, e non può impedire, ferma restando la tendenziale salvaguardia del rapporto lavorativo, processi di mobilità presso sedi e cantieri vicine nelle quali il raggruppamento aggiudicatario già opera in esecuzione di altri appalti, sicché non corrisponde al vero che il gestore uscente non potrebbe mai fruire delle agevolazioni connesse alla clausola di salvaguardia.

Rimangono da esaminare i primi tre motivi d'appello.

20. Evolve insiste, a mezzo dei primi tre motivi d'appello, sulla violazione dell'art. 38. Ribadisce che uno dei soci di G.S.A. è una società di capitali - AL.PE Invest s.r.l. - posseduta per il 98% dai sigg.ri Pedone. In particolare la soc. GSA S.p.A., concorrente ed aggiudicatario, sarebbe controllata al 96,87% dalla soc. AL.PE Invest s.r.l. — a sua volta posseduta da solo due soci: Pedone Alessandro, con il 90% e Pedone Francesco con il 10% del capitale sociale. Mentre il restante capitale sociale della GSA S.p.A. sarebbe polverizzato tra tre soci, rispettivamente con lo 0,1%, 0,1% e 2,23%. L'assetto societario sopradescritto dimostrerebbe che il concorrente reale, che beneficia del contratto d'appalto e che, comunque, controlla con assoluta pervasività l'offerente, è il sig. Alessandro Pedone.

21. Il tema è centrale nel giudizio, e di esso le parti hanno lungamente scritto e discusso.

21.1. Secondo Evolve, sig. Alessandro Pedone avrebbe dovuto rendere la dichiarazione sui requisiti morali, posto che l'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. cit., nell'attuale versione novellata dall'art. 4, comma 2, lett. b), l. n. 106/2011, ricomprenderebbe tra i soci di maggioranza obbligati anche le persone giuridiche. Diversamente ragionando – secondo l'appellante - si porrebbe un problema di compatibilità con l'art. dell'art. 45, dir. 2004/18/CE, così come chiaramente già segnalato da autorevole giurisprudenza (è richiamata la sentenza della Sez. V, n. 2813/2016)

21.2. Sul punto G.S.A. S.p.A replica ed evidenzia: a) che anche a voler applicare l'art. 38 alle persone giuridiche socie di maggioranza, dovrebbe sempre trattarsi di una società con meno di quattro soci, e nel caso di specie invece sarebbero cinque; b) l'eventuale mancanza di una

dichiarazione ex art. 38 d.lgs. 163/2006 sarebbe comunque sanabile a mezzo del soccorso istruttorio, in difetto di prova circa l'assenza, in capo al sig. Alessandro Pedone, di precedenti penali ostativi.

22. Ritiene il Collegio che il motivo sia fondato nei limiti e nei termini che seguono.

22.1. L'art. 38, co. 1 lett. c), *ratione temporis* applicabile ai fatti di causa, dispone, con norma dalla quale può inferirsi il novero dei soggetti obbligati alla dichiarazione sulla moralità professionale ai fini dell'ammissione alle gare pubbliche, che *"l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio....."*

Le perplessità ermeneutiche discendono dalla circostanza che la disposizione, quando parla del socio unico, specifica "persona fisica", mentre quanto parla di socio di maggioranza (per le società a base societaria ristretta) fa riferimento al "socio di maggioranza" senza specificare se per esso debba intendersi solo la persona fisica detentrica di quote maggioritarie od anche la persona giuridica.

22.2. La questione è stata di recente affrontata e risolta con la decisione della Sezione V, n. 2813/2016. Nella citata decisione si è chiarito, con motivazione del tutto condivisa dal Collegio, che " Il dato testuale della norma indica che, con riferimento al "socio di maggioranza", il legislatore non ha incluso alcuna specificazione in relazione alla natura giuridica del socio, con la conseguenza che si avvalora l'opzione ermeneutica per la quale l'espressione testuale vale tanto per la persona fisica, quanto per la persona giuridica, in conformità ad un approccio sostanzialistico alla normativa che attribuisce rilievo ai requisiti di moralità di tutti i soggetti che condizionano la volontà degli operatori che stipulano contratti con la pubblica amministrazione, a prescindere dalla circostanza che siano persone fisiche o giuridiche, in ossequio ai principi di lealtà, correttezza, trasparenza e buona amministrazione".

22.3. Del resto questa è l'unica esegesi compatibile con il diritto eurounitario, ed in particolare con il disposto dell'art. 45, dir. 2004/18/CE, laddove è inequivocabilmente precisato che le richieste della dimostrazione dei requisiti di moralità e carenza di pregiudizi penali devono riguardare'... le persone giuridiche e/o le persone fisiche, compresi, se del caso, i dirigenti delle imprese o qualsiasi persona che eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato o dell'offerente'.

22.4. Dinanzi alla descritta *ratio*, nessuna rilevanza può acquisire la circostanza che i soci della società GSA siano cinque anziché quattro, poiché nel caso di specie, risulta dagli atti di causa che gli ulteriori soci (SINERGIE Soc. Coop. Sociale, Sig. Enrico DRI, COOP. Sociale TE.SI, GROUP SERVICES ASSOCIES S a r.l.) diversi dalla AL.PE. INVEST S.r.l. possiedono una così modesta quota del capitale sociale da non influire, nella sostanza, sul concetto di ristretta base sociale delineato dal legislatore attraverso il riferimento ai quattro soci.

22.5. La dichiarazione ex art. 38 doveva pertanto essere resa anche dal socio (persona giuridica) di maggioranza, ossia da AL.PE. INVEST S.r.l., e per essa dal sig. Alessandro Pedone quale persona che esercita il potere di controllo su detta società.

23. Tanto chiarito occorre valutare la difesa formulata da G.S.A., a mente della quale, anche ove l'obbligo di produrre la dichiarazione sussistesse (così come si è accertato), la sua violazione avrebbe determinato un vizio meramente formale della domanda di partecipazione alla gara, non sanzionabile con l'esclusione, ma sanabile a mezzo del procedimento di soccorso istruttorio, in difetto di specifica e comprovata allegazione circa la sussistenza di concreti pregiudizi penali ostativi.

23.1. Il complesso tema sottoposto all'attenzione del Collegio riguarda la questione del cosiddetto "soccorso istruttorio processuale".

In particolare, si tratta di stabilire, in assenza di puntuali regole legislative, la disciplina sostanziale e processuale delle vicende nelle quali, come nel caso in esame, risulta accertato in giudizio che:

a) la stazione appaltante abbia illegittimamente ammesso alla gara un'offerta carente, sotto il profilo meramente formale, del prescritto supporto documentale, idoneo a dimostrare in modo adeguato il possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione del concorrente;

b) l'indicata carenza documentale e probatoria, se riscontrata tempestivamente nel corso dello svolgimento della procedura di gara, non avrebbe consentito l'immediata esclusione dell'offerta, ma avrebbe imposto alla stazione appaltante l'attivazione del procedimento del soccorso istruttorio sostanziale, disciplinato dal codice dei contratti pubblici.

23.2. La Sezione richiama, preliminarmente, l'ampia giurisprudenza di questo Consiglio, la quale ha delineato la portata oggettiva e sistematica della disciplina del soccorso istruttorio, la quale, attuando nell'ordinamento nazionale un istituto del diritto europeo dei contratti pubblici a recepimento facoltativo, ha enfatizzato l'impostazione sostanzialistica delle procedure di affidamento.

La disciplina della procedura di gara non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all'amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario.

In questo senso, dunque, l'istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili.

23.3. Ciò chiarito, occorre affrontare l'obiezione pregiudiziale, secondo cui un problema di soccorso istruttorio riferito ai requisiti di partecipazione non si potrebbe porre una volta

intervenuta l'aggiudicazione, perché sarebbe violato il principio della "*par condicio*" tra i concorrenti.

Tale tesi non convince, in quanto essa comporterebbe la sostanziale "disapplicazione" della disciplina introdotta dal legislatore, al fine di evitare le esclusioni dalle gare di appalto per ragioni meramente formali, quando sussiste in concreto, e fin dal momento del rilascio della dichiarazione irregolare, il requisito soggettivo richiesto in sede di gara.

23.4. Ritiene infatti il Collegio che la scelta sostanzialistica del legislatore, diretta ad impedire l'esclusione per vizi formali nella dichiarazione, quando vi è prova del possesso del requisito, deve applicarsi anche quando l'incompletezza della dichiarazione viene dedotta come motivo di impugnazione dell'aggiudicazione da parte di altra impresa partecipante alla selezione (non essendone avveduta la stazione appaltante in sede di gara), ma è provato che la concorrente fosse effettivamente in possesso del prescritto requisito soggettivo fin dall'inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento.

In tale caso, infatti, l'irregolarità della dichiarazione si configura come vizio solo formale e non sostanziale, emendabile secondo l'obbligatoria procedura di soccorso istruttorio.

23.5. La successiva correzione, o integrazione documentale della dichiarazione non viola affatto il principio della *par condicio* tra i concorrenti, in quanto essa mira ad attestare, correttamente, l'esistenza di circostanze preesistenti, riparando una incompletezza o irregolarità che la stazione appaltante, se avesse tempestivamente rilevato, avrebbe dovuto comunicare alla concorrente, attivando l'obbligatorio procedimento di soccorso istruttorio.

23.6. Né possono sussistere problematiche connesse alla segretezza delle offerte, in quanto la dichiarazione integrativa non attiene all'offerta, al suo contenuto tecnico ed economico, in relazione ad elementi oggetto di valutazione comparativa tra i concorrenti, ma al concreto possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, i quali possono essere verificati anche in un momento successivo, fermo restando l'onere, per i partecipanti, di rispettare i vincoli minimi, di carattere formale, necessari per essere ammessi alla procedura selettiva.

23.7. Inoltre, la tesi dell'impossibilità di ricorrere al soccorso istruttorio, con conseguente esclusione dell'aggiudicatario per omessa attivazione del soccorso istruttorio in sede di gara da parte della stazione appaltante, comporterebbe effetti eccessivamente gravosi sia per la P.A. che per l'impresa: quest'ultima sarebbe privata della possibilità di stipulare il contratto, pur disponendo, in via sostanziale, dei necessari requisiti. Né va trascurato il rischio che l'impresa aggiudicatario, privata del contratto e della possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio, potrebbe azionare una domanda risarcitoria nei confronti della stazione appaltante.

Gli effetti sarebbero quindi del tutto irragionevoli e sproporzionati.

24. Si tratta di stabilire, allora, in quale modo la disciplina del soccorso istruttorio possa in concreto rilevare nel giudizio promosso dalla concorrente che contesti l'illegittima ammissione dell'aggiudicatario.

24.1. In linea astratta, una possibile soluzione interpretativa potrebbe essere individuata mediante la delimitazione della portata della eventuale pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione e dei conseguenti effetti conformativi.

In tale prospettiva, si potrebbe ritenere che il giudice, accertata l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'aggiudicatario, per carenza della richiesta documentazione allegata all'offerta, e annullati i provvedimenti della stazione appaltante, dovrebbe far salvo il potere di attivare il procedimento di soccorso istruttorio, anche al fine di applicare la disciplina concernente il pagamento della sanzione imposta al concorrente.

All'esito del procedimento, alla luce della documentazione eventualmente prodotta dall'interessata, la stazione appaltante assumerà le determinazioni definitive, concernenti l'esclusione o l'ammissione della concorrente.

Questa possibile ricostruzione, tuttavia, sebbene astrattamente coerente con lo sviluppo procedimentale della gara, non appare compatibile con il principio di concentrazione delle tutele e con la naturale proiezione del processo verso la rapida definizione del contenuto sostanziale del rapporto controverso.

26.2. Ritiene, pertanto, il collegio che la questione riguardante l'emendabilità della riscontrata carenza documentale e la sostanziale titolarità dei requisiti di partecipazione alla gara debba essere sempre dedotta nell'ambito del giudizio proposto contro l'ammissione dell'aggiudicatario e non possa essere rinviata alla rinnovazione, totale o parziale, del procedimento selettivo.

26.3. Quanto alle modalità strettamente processuali attraverso cui il tema del soccorso istruttorio possa essere esaminato in giudizio, il collegio ritiene, in primo luogo, che la questione non possa essere rilevata d'ufficio del giudice, ma presuppone sempre un'iniziativa della parte aggiudicatario, interessata alla affermazione della legittimità (sostanziale) della propria ammissione alla gara.

Secondo una possibile tesi interpretativa, l'aggiudicatario illegittimamente ammesso alla gara per carenze della documentazione allegata all'offerta, dovrebbe articolare un ricorso incidentale, teso ad evidenziare l'ulteriore illegittimità della stazione appaltante, consistente nella omessa attivazione del procedimento di soccorso istruttorio.

26.4. La Sezione ritiene, però, che l'aggiudicatario, per poter validamente invocare in sede processuale il principio del soccorso istruttorio, al fine di paralizzare la doglianza diretta ad ottenere la sua esclusione dalla gara, possa limitarsi ad una deduzione difensiva, diretta a dimostrare, che, in ogni caso, sussiste il possesso dei requisiti sostanziali di partecipazione.

A tal fine la parte è gravata dall'onere, ex art. 2697 c.c., della dimostrazione della natura meramente formale dell'errore contenuto nella dichiarazione: può validamente spendere tale argomento difensivo solo dimostrando in giudizio di disporre del requisito fin dal primo momento, e cioè da quando ha reso la dichiarazione irregolare.

In sostanza, secondo il Collegio, deve superare la *prova di resistenza*, non potendo pretendere di paralizzare l'azione di annullamento, adducendo, solo in via ipotetica, la violazione del principio del soccorso istruttorio, ma deve dimostrare in giudizio che, ove fosse stato attivato, correttamente, tale rimedio l'esito sarebbe stato ad essa favorevole, disponendo del requisito in contestazione.

In caso contrario, non soltanto sarebbe violato il principio dell'onere della prova, che è immanente nel processo, ma verrebbe frustrata finanche la finalità di accelerazione che permea le controversie in materia di contratti pubblici.

27. La tesi difensiva formulata da G.S.A., pertanto, è mal posta sul versante dell'onere probatorio. In forza dei principi generali, è colui che eccepisce che deve comprovare i fatti sui quali si basa l'eccezione di "mera irregolarità sanabile", ossia l'effettiva assenza di pregiudizi penali tali da determinare una problema di sostanziale difetto dei requisiti.

27.1. Nel caso di specie, l'idoneità del generale riparto dell'*onus probandi* è vieppiù corroborata dall'applicazione del *principio di vicinanza* della prova (Cass. 11 maggio 2009, n. 10744; Cass. 25 luglio 2008, n. 204849). Non v'è dubbio che il soggetto che è più facilitato, per la diretta conoscenza dei fatti e per l'insussistenza di profili di riservatezza eventualmente opponibili, nel reperimento degli elementi di prova, è proprio il soggetto onerato della dichiarazione nell'ambito della gara, o per esso, chi ne rappresenta in giudizio gli interessi.

27.2. Tuttavia, nel caso di specie, il soggetto onerato non ha prodotto alcuna documentazione idonea a comprovare l'assenza di pregiudizi morali rilevanti in capo al sig. Alessandro Pedone, limitandosi ad evidenziare e stigmatizzare la mancata prova del contrario.

27.3. Il collegio si deve quindi interrogare circa gli effetti del mancato assolvimento dell'onere probatorio e, ancor prima, su cosa sia realmente oggetto della prova de qua.

28. Partendo da tale ultimo interrogativo, si impone un'ulteriore riflessione sul tenore e sulle conseguenze dell'art. 38 comma 2-bis del codice dei contratti pubblici n. 163/2006 (disposizione *ratione temporis* applicabile), inserito dall'art. 39, comma 1, D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 agosto 2014, n. 114.

28.1. La disposizione testualmente recita "*La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara.....*".

28.2. Dalla piana lettura della disposizione emerge che la mancanza della dichiarazione da parte del concorrente, in ordine al possesso dei requisiti di moralità, determina l'avvio del procedimento di "soccorso istruttorio", subordinato all'adempimento della obbligazione pecuniaria posta in capo al medesimo.

28.3. E' solo la reiterata e perdurante omissione della richiesta integrazione documentale che determina l'esclusione dalla gara o, detto diversamente, rende illegittima la permanenza in gara e l'aggiudicazione in favore del candidato inadempiente.

28.4. Tutto l'impianto della norma è calibrato sul carattere formale delle violazioni o delle omissioni, ed è a questo specifico carattere che la norma fa riferimento, quando impone la sanatoria in un certo termine, pena l'esclusione, così coniugando il principio di regolarità formale della gara, con quello sostanziale di scelta dell'offerta migliore. Il primo non è totalmente sacrificato, ma si impone nei limiti dell'obbligo di regolarizzazione, e sempre che l'interesse a regolarizzare ed a concorrere per l'aggiudicazione permanga in capo al concorrente.

28.5. Se dunque è vero che le irregolarità formali sono sempre sanabili, è nondimeno errato sostenere che l'art. 38 comma 2-*bis* sia espressione di un principio per il quale la sostanza prevale sempre sulla forma, atteso che i difetti di forma (quelli essenziali) devono essere sempre emendati prima dell'aggiudicazione.

29. E' questo ultimo passaggio che rende, a ben vedere, la disposizione in esame, diversa dall'art. 21-*octies* della legge generale sul procedimento.

29.1. L'art. 21 *octies*, citato, è ormai comunemente indicato quale espressione di un principio di irrilevanza, ai fini dell'annullamento (in sede giurisdizionale o amministrativa), delle violazioni di forma o di procedimento nell'emanazione di atti a contenuto vincolato quando esse non abbiano inciso sulla sostanza. Esso non richiede alcun procedimento di regolarizzazione poiché è la giusta regolazione autoritativa del rapporto a rilevare ai fini della legittimità.

29.2. L'art. 38, comma 2-*bis*, ha invece diversa portata. Esso discrimina tra irregolarità essenziali e non essenziali e solo alle seconde implicitamente riserva un trattamento del tutto simile a quello previsto dall'art. 21-*octies*, sancendone l'irrilevanza ai fini della legittimità. Per le irregolarità che sono (sempre formali, ma) essenziali prevede invece, come sopra visto, un obbligatorio procedimento di sanatoria, ossia di produzione, integrazione, correzione, con effetto sanante.

29.3. Ciò si spiega per la circostanza che le procedure concorsuali, seppure chiaramente finalizzate alla scelta della migliore offerta o del miglior candidato, operano all'interno di un quadro di regole poste a garanzia della leale e trasparente competizione, che devono essere rispettate nei limiti in cui ragionevolmente assolvano alla funzione di dirigere la competizione verso il risultato finale, e non si risolvano piuttosto in mere prescrizioni formali prive di aggancio funzionale o in meri ostacoli burocratici da superare. È la competizione il *discrimen* rispetto alla generale ipotesi di cui all'art. 21 *octies*, ed essa giustifica l'esigenza

del rispetto di regole di ingaggio certe e ragionevoli, pur se formali, ossia concernenti la produzione di documenti entro un certo termine a prescindere dai contenuti degli stessi.

29.4. In questa chiave di lettura, l'art. 38-*bis*, proteso verso il meritorio obiettivo di consentire sempre la scelta della migliore offerta, ha attenuato il rigore sanzionatorio delle regole formali di gara, imponendo all'amministrazione, ove sia rilevato una irregolarità comunque "essenziale", di accettare la regolarizzazione in luogo dell'esclusione, sembra che avvenga in un termine dato ed inderogabile.

30. Concludendo sul primo tema d'indagine costituito dalle conseguenze in termini giuridici della irregolarità essenziali, deve dirsi che esse sono irregolarità che pretendono e necessitano di un'obbligatoria sanatoria (ovviamente, giova ripeterlo, sempre che l'offerente abbia interesse a proseguire la gara), in ciò differenziandosi dalle mere irregolarità contemplate dall'art. 21-*octies* della legge generale sul procedimento.

31. L'assunto è pregno di conseguenze sul piano processuale. Esso, in particolare, impedisce la lineare traslazione, nei giudizi sulle procedure d'appalto, della regola della "non annullabilità" del provvedimento irregolare, sulla quale pacificamente poggia l'art. 21-*octies*.

31.1. Ove sia provato (sul tema e sui relevantissimi profili di riparto del relativo onere già si è detto in premessa, e si tornerà più avanti) che la irregolarità essenziale vi sia (ad esempio sia stata omessa la produzione di un documento relativo ai requisiti morali) ed essa non sia stata rilevata e sanata in virtù dello specifico procedimento pure disciplinato dall'art. 38, comma 2-*bis*, il giudice dovrebbe, a rigore, annullare l'aggiudicazione finale, in quanto conseguentemente viziata, sancendo, in via conformativa, la riedizione del procedimento, a partire dall'ultimo segmento valido.

31.2. L'esito demolitorio, in tali perentori termini, si rivelerebbe tuttavia contrario allo spirito che ha pervaso la novella dell'art. 38 ed all'impianto di fondo del nuovo processo amministrativo, nella parte in cui esso, alla luce del principio di effettività e soddisfattività della tutela, consente al giudice a) un pieno accesso al fatto; b) un pieno accesso al rapporto, quando il potere dell'amministrazione si presenti vincolato. A ciò deve aggiungersi la necessità di pervenire alla rapida definizione della corretta graduatoria della procedura selettiva, evitando defatiganti rinnovazioni di singoli segmenti dell'iter. E non v'è dubbio che l'accertamento della completezza documentale ai fini dell'ammissione alla gara sia il frutto di un'attività vincolata.

31.3. In tali casi il giudice amministrativo ben potrebbe "limitarsi" ad accertare, all'esito del processo, i termini della dedotta irregolarità essenziale e, ove risulti provato che ad essa non si accompagni anche una carenza sostanziale del requisito (alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata), dichiarare, alla luce della prognosi postuma fatta, che il vizio era sanabile e che l'offerente aveva interesse a sanarlo, previo pagamento della sanzione pecuniaria.

31.4. Un tale accertamento renderebbe inutile l'ulteriore pronuncia costitutiva deputata a privare d'effetto l'aggiudicazione, poiché l'ulteriore procedimento amministrativo che ne

scaturirebbe non potrebbe che essere una mera riproduzione, in forma amministrativa, del percorso giudiziale già effettuato nel contraddittorio della parti sotto la supervisione del giudice così come descritto in sentenza. Nondimeno, l'accertamento conserverebbe una sua autonoma utilità, poiché è in grado di vincolare l'amministrazione, determinando, in virtù del connesso effetto conformativo, l'obbligo di ingiungere la sanzione.

31.5. Non osta in tale direzione, né la mancanza di una esplicita domanda di accertamento da parte del ricorrente, posto che la domanda di annullamento implica sempre e necessariamente l'accertamento di una violazione, né la peculiarità della posizione giuridica dell'offerente, comunque ricompresa nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa, né il "dovere" di annullare l'atto quando il ricorso è accolto, come deducibile dall'art. 34, comma 1, lett. a), atteso che la medesima disposizione, al comma 3, espressamente prevede che *"quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori"*.

31.5.1. Tale ultima norma è espressione di un principio per il quale a) il mero accertamento rientra tra i poteri del giudice; b) la domanda di accertamento rientra implicitamente nel contenuto della domanda di annullamento, talché ove vengano meno i presupposti della seconda, perché non più utile, può rimanere in piedi la prima. La norma deve ritenersi applicabile non solo nei casi di perdurante interesse risarcitorio, ma anche in tutti i casi in cui perdura un interesse qualificato e processualmente rilevante; e tale, invero, è da considerare l'interesse del ricorrente ad ottenere la sottoposizione del concorrente al procedimento di soccorso istruttorio e alla connessa sanzione pecuniaria.

32. Sin qui si è unicamente discusso di violazioni solo formali e delle conseguenti possibili statuizioni del giudice amministrativo, idonee a coniugare il principio di satisfattività della tutela, con quello di proporzionalità (utilizzo del minimo mezzo), ossia senza elidere gli effetti dell'azione amministrativa sostanzialmente giusti.

33. A conclusioni del tutto diverse deve giungersi quando le lacune dell'offerta non siano solo formali, ma si accompagnino, invece, ad una effettiva carenza sostanziale del requisito, o, quanto meno, al ragionevole dubbio che quest'ultimo possa essere carente. In tali casi l'annullamento rimane l'unica strada percorribile per il giudice.

33.1. Occorre tuttavia, come accennato in premessa, interrogarsi su quali siano gli strumenti per accertare che alla violazione delle forma si accompagni, o meno, anche una sostanziale carenza dei requisiti.

33.2. Il tema è di grande importanza, poiché ove l'omissione formale nasconda la cennata carenza sostanziale, la conseguente valutazione del giudice fuoriesce dall'art. 38 comma 2-bis, per rientrare nel fuoco dell'art. 38, comma 1, sul necessario ed inderogabile possesso dei requisiti di moralità.

33.3. Si consideri, in proposito, che la sussistenza o meno del requisito – a differenza dell'accertamento della produzione o meno del documento che lo comprova - non è una valutazione necessariamente vincolata (si pensi solo per fare un esempio al concetto di "grave

negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara”), ragion per cui, ove il giudice sia certo, in ragione della natura vincolata dell'accertamento, che il requisito non sussista, egli deve annullare l'aggiudicazione ed accogliere le richieste del secondo graduato di subentrarvi, ma se le valutazioni che si richiedono dinanzi al dubbio sono invece connotate da discrezionalità, la soluzione non può che essere l'annullamento dell'ammissione del concorrente, con la conseguente regressione del procedimento alla fase dell'invito alla regolarizzazione e delle pertinenti verifiche e valutazioni in sede amministrativa di quanto prodotto.

34. Come sopra accennato, il tema della prova e del riparto del relativo onere assume quindi rilievo fondamentale ai fini della risoluzione delle questioni controverse e delle finali statuizioni del giudice.

34.1. Si è già detto in proposito che il ricorrente, il quale invoca l'esclusione dell'aggiudicatario, può limitarsi, ordinariamente, ad addurre la mancanza o l'incompletezza della produzione documentale, collegando presuntivamente a tali difetti (che giova ribadire, devono comunque essere essenziali) una possibile carenza del requisito sostanziale.

34.2. E' invece il resistente controinteressato che deve ricondurre, in via di eccezione, la res controversa nell'alveo dell'art. 38 comma 2-bis, provando che il requisito esiste e che, per l'appunto, si tratta di una mera, sia pur essenziale, irregolarità documentale.

35. Ricostruita in siffatti generali termini la fattispecie ed i connessi profili processuali, ed alla luce dei principi sopra esposti, il Collegio può dunque decidere sul motivo d'appello.

36. Come detto, il sig. Alessandro Pedone, nella sua qualità di persona che esercita il potere di controllo sulla società AL.PE. INVEST S.r.l., a sua volta socia di maggioranza di G.S.A., avrebbe dovuto rendere la dichiarazione e non l'ha resa. L'amministrazione avrebbe dovuto rilevare l'omissione e non l'ha rilevata. L'aggiudicatario G.S.A., odierno appellante principale, il quale, dinanzi alla domanda di annullamento proposta da Evolve, avrebbe dovuto provare la sussistenza dei requisiti, sì da incanalare, in via di eccezione, la questione nell'alveo dell'art. 38 comma 2-bis, non l'ha in alcun modo dimostrata, limitandosi ad affermare che non è provato il contrario.

36.1. In base ad un ovvio principio di autoresponsabilità, la parte, senza particolari costi, avrebbe potuto esibire in giudizio la documentazione idonea a dimostrare la sussistenza dei prescritti requisiti di idoneità morale, giusto quanto sopra osservato al par. 23.2. Allo stesso modo, avrebbe potuto esibire la documentazione carente alla stazione appaltante, per consentirle di effettuare le dovute verifiche.

Invece non l'ha fatto. Pur essendo onerata della prova, ha omesso di fornire il benché minimo indizio utile a dimostrare il possesso dei prescritti requisiti e per questa via il carattere solo formale della violazione delle prescrizioni di gara.

36.2. Pertanto, nella concreta vicenda, alla domanda basata sulla mancata produzione della dichiarazione non può che conseguire l'annullamento dell'aggiudicazione ed il subentro del

secondo.

36.3.E' invece da escludere la regressione del procedimento – limitatamente alla posizione dell'aggiudicatario - alla fase pregressa della regolarizzazione, con applicazione della sanzione pecuniaria e successiva verifica e valutazione da parte dell'amministrazione, atteso che, non sono emersi, neanche nel processo (stante la mancata produzione di qualsivoglia documento in grado di ingenerare discussione sui contenuti e sulla sostanza dei requisiti sottostanti la dichiarazione omessa) profili di approfondimento necessitanti di ulteriore deliberazione in sede amministrativa. In sintesi, l'aggiudicatario non ha sfruttato nel processo, attraverso le regole dell'*onus probandi*, le potenzialità di regolarizzazione (ossia di comprova tardiva dei requisiti) che la norma sul procedimento di cui all'art. 38 comma 2-*bis* gli concedeva e che, in sede amministrativa, non si erano potute *ab origine* attivare a cagione del mancato rilievo da parte dell'amministrazione.

37.In conclusione, l'appello è accolto e, in riforma della sentenza gravata:

a) il ricorso incidentale è respinto;

b) il ricorso introduttivo del primo grado è accolto, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione.

38. A mente dell'art. 122 c.p.a. *“fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della 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”*. Nel caso di specie, la domanda di subentro è stata presentata da Evolve, e non si pongono dubbi, in ragione di quanto sopra osservato e deciso, circa il diritto della stessa a conseguire l'aggiudicazione. Nondimeno, sul versante del rapporto contrattuale, poiché trattasi di un appalto di servizi di vigilanza antincendio di durata triennale per il quale residua ancora ad oggi un congruo periodo, nulla osta al subentro del Consorzio stabile Evolve nel contratto. Avuto riguardo alla peculiarità della vicenda ed al carattere non grave della violazione in presenza di orientamenti giurisprudenziali non univoci prima che intervenisse la sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, n. 2813/2016, la declaratoria di inefficacia dell'attuale contratto, del quale è parte G.S.A., è limitata alle sole prestazioni future, con decorrenza dal giorno del subentro.

39.In considerazione dell'esito, della complessità e novità delle questioni, le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello principale e sull'appello incidentale, come in epigrafe proposti, in riforma della sentenza gravata:

- a) respinge il ricorso incidentale di primo grado;
- b) accoglie il ricorso introduttivo del primo grado, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione;
- c) accoglie la domanda di subentro del Consorzio stabile Evolve nel contratto di appalto, con limitazione dell'inefficacia del contratto attualmente in essere al solo periodo successivo al subentro.

Spese del doppio grado compensate.

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