

La Corte di giustizia UE fissa i limiti di ammissibilità del soccorso istruttorio, escludendo la produzione di documenti la cui mancanza doveva comportare l'esclusione dalla gara e le correzioni e modifiche che portano alla elaborazione di una nuova offerta.

[Corte giust. comm. ue, sez. VIII, sentenza 28 febbraio 2018, nn. C-523/16 e C-536/16, MA.T.I. SUD Spa/Centostazioni Spa e Duemme SGR Spa/CNPR](#)

Contratti pubblici – Gara - Soccorso istruttorio – Onerosità – Legittimità – Misura – Proporzionalità.

Contratti pubblici – Gara - Soccorso istruttorio – Sanatoria di elemento essenziale dell'offerta – Esclusione.

Il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 51 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, i principi relativi all'aggiudicazione degli appalti pubblici, tra i quali figurano i principi di parità di trattamento e di trasparenza di cui all'articolo 10 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, e all'articolo 2 della direttiva 2004/18, nonché il principio di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano, in linea di principio, a una normativa nazionale che istituisce un meccanismo di soccorso istruttorio in forza del quale l'amministrazione aggiudicatrice può, nel contesto di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, invitare l'offerente la cui offerta sia viziata da irregolarità essenziali, ai sensi di detta normativa, a regolarizzare la propria offerta previo pagamento di una sanzione pecuniaria, purché l'importo di tale sanzione rimanga conforme al principio di proporzionalità, circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare (1).

Per contro, queste stesse disposizioni e questi stessi principi devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che istituisce un meccanismo di soccorso istruttorio in forza del quale l'amministrazione aggiudicatrice può imporre a un offerente, dietro pagamento da parte di quest'ultimo di una sanzione pecuniaria, di porre rimedio alla mancanza di un documento che, secondo le espresse disposizioni dei documenti dell'appalto, deve portare alla sua esclusione, o di eliminare le irregolarità che inficiano la sua offerta in modo tale che le correzioni o modifiche apportate finirebbero con l'equivalere alla presentazione di una nuova offerta (2).

(1-2) I. - Con la sentenza in rassegna la Corte di giustizia dell'Unione europea, nell'esaminare le questioni ad essa rimesse dal T.a.r. per il Lazio – Roma, in sede di rinvio

pregiudiziale, con due distinte ordinanze, fissa alcuni importanti principi in tema di soccorso istruttorio in materia di procedure di appalto, sia con riferimento al c.d. <soccorso a pagamento> (previsto dall'art. 38, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006, oggetto di esame da parte della Corte, oggi non più contemplato dal Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, a seguito delle modifiche operate dal d.lgs. n. 56 del 2017), sia più in generale sull'ambito di operatività dell'istituto del <soccorso istruttorio>, prendendo a riferimento la disciplina europea di cui alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Le fattispecie poste all'esame del giudice del rinvio riguardavano procedure di gara nelle quali la stazione appaltante, riscontrate irregolarità essenziali in ordine a dichiarazioni sostitutive da presentare da parte degli offerenti, ha proceduto alla attivazione del soccorso istruttorio di cui all'art. 38, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006, invitando gli offerenti a porre fine alle irregolarità in un termine assegnato nonché disponendo il pagamento di sanzione pecuniaria, come stabilita dalla disciplina di gara.

Più in particolare nel primo caso (causa C-253/16) si trattava di procedura indetta da società facente parte del Gruppo Ferrovie dello Stato, avente ad oggetto l'aggiudicazione di appalto per *“attività integrate di manutenzione ordinaria e straordinaria, nonché del servizio energia presso i complessi immobiliari delle stazioni ferroviarie”* e l'elemento mancante era la <dichiarazione di impegno>, sottoscritta da tutte le imprese facenti parte di costituendo RTI, a conferire mandato speciale collettivo con rappresentanza alla impresa capogruppo; nel secondo caso (causa C-536/16) si trattava invece della gara indetta dalla Cassa di Previdenza e Assistenza dei Ragionieri e Periti commerciali (CNPR) per la stipula di accordo quadro per la gestione di patrimonio immobiliare e l'elemento mancante era la <dichiarazione sull'onore> circa l'assenza di condanne penali a carico dei legali rappresentanti dell'offerente. Gli operatori economici interessati, in entrambi i casi, provvedevano a integrare la documentazione mancante, ma contestavano in sede giurisdizionale l'obbligo di pagamento della sanzione.

Il T.a.r. per il Lazio – Roma sez. III, rispettivamente con [l'ordinanza n. 10012 del 3 ottobre 2016](#) nel primo caso (oggetto della [News US in data 5 ottobre 2016](#)) e con l'ordinanza n. 10222 del 13 ottobre 2016 nel secondo caso, ha investito la Corte di giustizia dell'Unione europea, in sede di rinvio pregiudiziale, dei seguenti identici quesiti:

I) *“se, pur essendo facoltà degli Stati membri imporre il carattere oneroso del soccorso istruttorio con efficacia sanante, sia, o meno, contrastante con il diritto comunitario l'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, nel testo vigente alla data del bando di cui trattasi laddove è previsto il pagamento di una “sanzione pecuniaria”, nella misura che deve essere fissata dalla stazione appaltante (“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”), sotto il profilo dell'importo eccessivamente elevato e del carattere predeterminato della sanzione*

stessa, non graduabile in rapporto alla situazione concreta da disciplinare, ovvero alla gravità dell'irregolarità sanabile";

II) *"se, al contrario, il medesimo art. 38, comma 2-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 sia contrastante con il diritto comunitario, in quanto la stessa onerosità del soccorso istruttorio può ritenersi in contrasto con i principi di massima apertura del mercato alla concorrenza, cui corrisponde il predetto istituto, con conseguente riconducibilità dell'attività, al riguardo imposta alla commissione aggiudicatrice, ai doveri imposti alla medesima dalla legge, nell'interesse pubblico al perseguimento della finalità sopra indicata".*

II. - La Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. VIII, nella sentenza 28 febbraio 2018, nelle cause riunite C-523/16 e 536/16, procede in primo luogo, in seno alle "osservazioni preliminari", alla esatta ricognizione della normativa europea applicabile nelle fattispecie in esame, passando quindi ad affrontare le "questioni pregiudiziali", nel qual contesto la Corte risponde ai quesiti posti con le ordinanze di rimessione e svolge importanti considerazioni sull'ambito oggettivo di operatività del <soccorso istruttorio>.

In sede di "osservazioni preliminari" la Corte UE rileva quanto segue:

a) sebbene nelle ordinanze di rimessione il giudice del rinvio abbia precisato di nutrire dubbi circa la compatibilità dell'articolo 38, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006, sia con l'articolo 51 della direttiva 2004/18 sia con l'articolo 59, paragrafo 4, secondo comma, della direttiva n. 2014/24/UE, che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve evidenziarsi che, tenuto conto delle date di pubblicazione dei bandi di gara di cui trattasi, vale a dire gennaio 2016 per la causa C 523/16 e ottobre 2014 per la causa C 536/16, la direttiva 2014/24, il cui termine di trasposizione, ai sensi del suo articolo 90, è scaduto il 18 aprile 2016, non è applicabile *ratione temporis* alle controversie principali; infatti, secondo la giurisprudenza costante della Corte, la direttiva applicabile nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è, in linea di principio, quella vigente nel momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice opera la scelta della procedura da indire, mentre sono inapplicabili le disposizioni di una direttiva il cui termine di trasposizione sia scaduto dopo tale data;

b) tenuto conto dell'oggetto dell'appalto di cui al procedimento principale nella causa C 523/16 ("attività integrate di manutenzione ordinaria e straordinaria, nonché del servizio energia presso i complessi immobiliari delle stazioni ferroviarie"), in relazione ad essa è verosimilmente la direttiva 2004/17, e non la direttiva 2004/18, che trova applicazione;

c) sebbene la direttiva 2004/17 non contenga disposizioni equivalenti a quelle dell'articolo 51 della direttiva 2004/18, tuttavia la Corte ha ammesso che l'amministrazione aggiudicatrice possa invitare un concorrente a chiarire un'offerta o a rettificare un errore materiale manifesto contenuto in quest'ultima, a patto di rispettare determinati requisiti e,

in particolare, che un tale invito sia rivolto a qualsiasi offerente che si trovi nella stessa situazione, che tutti gli offerenti siano trattati in modo uguale e leale e che tale chiarimento o tale rettifica non possa essere assimilato alla presentazione di una nuova offerta;

d) sebbene il giudice del rinvio abbia, dal punto di vista formale, limitato le sue domande di pronuncia pregiudiziale all'interpretazione dell'articolo 51 della direttiva 2004/18, tale circostanza non osta a che la Corte gli fornisca tutti gli elementi interpretativi del diritto dell'Unione che possano essere utili per la soluzione delle controversie di cui è investito, indipendentemente dal fatto che esso vi abbia fatto o meno riferimento nella formulazione delle suddette questioni.

Nella disamina delle questioni propriamente pregiudiziali la Corte svolge il seguente percorso argomentativo:

e) sulla ammissibilità del <soccorso a pagamento>:

e1) l'articolo 51 della direttiva 2004/18 prevede che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati e i documenti presentati ai sensi degli articoli da 45 a 50 di tale direttiva, ma né tale disposizione né alcun'altra disposizione della direttiva 2004/18 contengono precisazioni sulle modalità in base alle quali una siffatta regolarizzazione può avvenire o sulle condizioni alle quali essa può eventualmente essere soggetta;

e2) ne consegue che, nell'ambito delle misure di trasposizione della direttiva 2004/18 che gli Stati membri devono adottare, questi ultimi sono liberi, in linea di principio, non solo di prevedere una siffatta possibilità di regolarizzazione delle offerte nel loro diritto nazionale, ma anche di regolamentarla e quindi, a tale titolo, gli Stati possono decidere di subordinare la possibilità di regolarizzazione al pagamento di una sanzione pecuniaria, come prevede nella fattispecie l'articolo 38, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006;

e3) tuttavia gli Stati membri devono fare in modo di non compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da tale direttiva e di non pregiudicare né l'effetto utile delle sue disposizioni né le altre disposizioni e gli altri principi pertinenti del diritto dell'Unione, in particolare i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, di trasparenza e di proporzionalità;

f) sui limiti entro i quali un'offerta può essere regolarizzata o chiarita:

f1) l'articolo 51 della direttiva 2004/18 non può essere interpretato nel senso di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di ammettere qualsiasi rettifica a omissioni che, secondo le espresse disposizioni dei documenti dell'appalto, devono portare all'esclusione dell'offerente, e a conclusioni analoghe la Corte è giunta in relazione all'applicazione della direttiva 2004/17; la Corte ha infatti chiarito che nessuna delle due direttive ostava a che i dati relativi a un'offerta potessero essere corretti o chiariti (specie

per correggere errori materiali manifesti), fatto salvo tuttavia il rispetto di una serie di requisiti;

f2) una richiesta di chiarimenti non può così ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione fosse richiesta dai documenti dell'appalto, dovendo l'amministrazione aggiudicatrice osservare rigorosamente i criteri da essa stessa fissati né una siffatta richiesta può condurre alla presentazione, da parte dell'offerente interessato, di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta;

f3) spetta al giudice del rinvio, il solo competente ad accertare e valutare i fatti delle controversie principali, esaminare se, tenuto conto delle circostanze, le regolarizzazioni richieste dalle amministrazioni aggiudicatrici riguardassero la comunicazione di documenti la cui mancanza doveva comportare l'esclusione degli offerenti o se, al contrario, costituissero con tutta evidenza semplici richieste di chiarimenti in merito a offerte che dovevano essere corrette o completate su singoli punti o essere oggetto di una correzione di errori materiali manifesti;

f4) ciò premesso, si deve constatare che la nozione stessa di irregolarità essenziale, che non è definita nell'articolo 38, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006, non appare compatibile né con le disposizioni dell'articolo 51 della direttiva 2004/18 né con i requisiti ai quali è subordinato, ai sensi della giurisprudenza della Corte, il chiarimento di un'offerta nell'ambito di un appalto pubblico soggetto alla direttiva 2004/17;

f5) soltanto nell'ipotesi in cui il giudice del rinvio dovesse pervenire alla conclusione che le domande di regolarizzazione o di chiarimento formulate dalle amministrazioni aggiudicatrici soddisfacevano i requisiti richiamati, egli sarà tenuto ad esaminare se le sanzioni pecuniarie inflitte nei due procedimenti principali, in applicazione dell'articolo 38, comma 2 *bis*, del codice dei contratti pubblici, rispettino il principio di proporzionalità;

g) sulla proporzionalità delle sanzioni inflitte:

g1) è vero che la fissazione anticipata da parte dell'amministrazione aggiudicatrice dell'importo della sanzione nel bando di gara risponde alle esigenze derivanti dai principi di parità di trattamento tra gli offerenti, di trasparenza e di certezza del diritto, in quanto oggettivamente consente di evitare qualsiasi trattamento discriminatorio o arbitrario di questi ultimi da parte della suddetta amministrazione aggiudicatrice; cionondimeno, l'applicazione automatica della sanzione così prestabilita, indipendentemente dalla natura delle regolarizzazioni operate dall'offerente negligente e quindi anche in assenza di qualsiasi motivazione individuale, non appare compatibile con le esigenze derivanti dal rispetto del principio di proporzionalità;

g2) importi di sanzioni come quelli stabiliti nei bandi di gara da parte delle amministrazioni aggiudicatrici nei due procedimenti principali appaiono di per sé manifestamente esorbitanti, tenuto conto dei limiti entro i quali devono mantenersi sia la

regolarizzazione di un'offerta a titolo dell'articolo 51 della direttiva 2004/18 sia il chiarimento di un'offerta nell'ambito della direttiva 2004/17;

g3) ciò è particolarmente evidente nel caso di una sanzione, come quella inflitta dall'amministrazione aggiudicatrice nella causa C 523/16, che appare manifestamente eccessiva rispetto ai fatti censurati, vale a dire l'omessa firma di una dichiarazione di impegno recante la designazione della società capogruppo del raggruppamento offerente.

III. - Per completezza si segnala quanto segue:

h) sulla precedente giurisprudenza della Corte UE, coerente con le statuizioni della sentenza in rassegna:

h1) [Corte di giustizia UE, sez. VIII, sentenza 10 maggio 2017, C-131/16, Archus](#) (oggetto della [News US in data 19 maggio 2017](#)) in *Foro amm.* 2017, 999 che, nel dettare i requisiti del soccorso istruttorio, esclude espressamente, da un lato, che la richiesta di chiarimenti possa condurre alla presentazione di quella che sarebbe in realtà una nuova offerta e, dall'altro, che essa possa ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto;

h2) [Corte di giustizia UE, sez. VI, sentenza 2 giugno 2016, in causa C-27/15, Pippo Pizzo](#) (oggetto della [News US in data 5 luglio 2016](#), in *Foro it.*, 2017, IV, 206 con nota di CONDORELLI), in punto di necessaria chiarezza della disciplina di gara e sulla conseguente necessità di soccorso istruttorio ove l'operatore economico sia caduto in errore per ambiguità della normativa di gara o errore della stazione appaltante;

h3) Corte di giustizia UE, sez. X, 6 novembre 2014, C-42/13, *Cartiera d'Adda in Urb. e app.*, 2015, 137 con nota di PATRITO e *Dir. proc. amm.*, 2015, 1006 con nota di MAMELI;

i) sulla applicabilità del soccorso istruttorio alla fattispecie della esclusione dalla gara per mancata separata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale interni:

i1) Cons. Stato, Ad. plen., 20 marzo 2015, n. 3, in *Foro it.*, 2016, III, 114, con nota di TRAVI, secondo cui l'omessa specificazione nelle offerte per lavori dei costi di sicurezza interni comporta la loro esclusione dalla gara, senza possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio ed a prescindere dal fatto che la *lex specialis* di gara esplicitasse o meno l'obbligo di allegazione dei suddetti costi;

i2) Cons. Stato, Ad. plen. 2 novembre 2015, n. 9, in *Foro it.*, 2016, III, 65, con nota di CONDORELLI, ove si chiarisce la portata meramente interpretativa della sopra citata sentenza n. 3 del 2015, con conseguente applicabilità del principio da quest'ultima sancito anche alle gare bandite prima della sua emanazione;

i3) [Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 19](#) (oggetto della [News US in data 1 agosto 2016](#), in *Foro it.*, 2017, III, 309 con nota di GAMBINO) la quale, facendo tesoro delle considerazioni di cui alla già citata sentenza della Corte di giustizia UE del 2 giugno 2016, *Pippo Pizzo*, ha affermato il principio di diritto secondo cui "per le gare bandite anteriormente

all'entrata in vigore del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio”;

i4) Corte di giustizia UE, sez. VI, sentenza 10 novembre 2016, [C-140/16](#), [C-697/15](#), [C-162/16](#), *Spinosa* (oggetto della [News US in data 25 novembre 2016](#), in *Appalti & Contratti*, 2016, fasc. 12, 80 (m), che ha avallato nella sostanza la soluzione raggiunta dalla sentenza della Adunanza plenaria n. 19 del 2016 (statuendo che le norme europee “ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti. I principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice”);

i5) nel nuovo codice degli appalti pubblici la materia trova una più puntuale disciplina nell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016: I) il Consiglio di Stato ha affermato che ai sensi dell'art. 95, comma 10, cit. l'indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale nell'ambito dell'offerta economica è doverosa, con l'effetto che l'eventuale carente indicazione non può essere sanata mediante il potere di soccorso istruttorio, espressamente escluso dall'art. 83, comma 9, del medesimo codice, per elementi relativi all'offerta (Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2018, n. 815 e Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1228); II) è invece divisa la giurisprudenza di primo grado: un orientamento, in linea di continuità con la giurisprudenza anteriore all'entrata in vigore del nuovo codice appalti, ammette, a certe condizioni, anche in relazione alla disciplina del nuovo codice il soccorso istruttorio per la mancata indicazione degli oneri della sicurezza aziendale (T.a.r. per il Lazio - Roma - Sez. II-ter, 20.7.2017, n. 8819; T.a.r. per il Lazio - Roma - sez. I-bis, 15.6.2017, n. 7042; T.a.r. per la Sicilia - Catania - sez. III, 20.11.2017, n. 2705); altro orientamento ritiene invece operante l'esclusione automatica per il concorrente che non abbia specificato gli oneri della sicurezza interna nell'offerta economica (T.a.r. per la Calabria - Reggio Calabria - 25.2.2017, n. 166, T.a.r. per la Campania - Salerno - 6.7.2016 n. 1604. T.a.r. per il Molise 9.12.2016, n. 513);

j) sull'evoluzione normativa dell'istituto del soccorso istruttorio e del correlato principio di tassatività delle cause di esclusione si veda R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 1054-1088, che analizza dettagliatamente i singoli passaggi

disciplinari ed interpretativi, la cui scansione può essere sintetizzata con richiamo alle fonti succedutisi nel tempo:

j1) art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 nella sua originaria versione, sulla quale si è pronunciato Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio, 2014, n. 9 (in *Foro it.*, 2014, III, 429 con note di TRAVI e SIGISMONDI e *Dir. proc. amm.*, 2014, 544, nota di BERTONAZZI), ove è esposta una lettura dell'istituto del soccorso istruttorio in materia di appalti che corrisponde a quella fatta propria dalla Corte di giustizia nella sentenza in rassegna (infatti nella richiamata pronuncia dell'Adunanza Plenaria si afferma che il potere di soccorso "non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano prescritti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici o dal suo regolamento d'attuazione o dalle leggi dello Stato");

j2) disciplina del d.lgs. n. 163 del 2006 novellata dal decreto-legge n. 90 del 2014, che introduce il comma 1-ter all'art. 46 e il comma 2-bis all'art. 38, ampliando significativamente le possibilità di soccorso istruttorio e introducendo il soccorso a pagamento; è la disciplina sulla quale si è pronunciata la Corte di giustizia nella sentenza in esame; su tale disciplina A. CASTELLI, *Il soccorso istruttorio <a pagamento> tra contrasti giurisprudenziali e riforma codicistica in Urb. e app.*, 2016, 1251;

j3) artt. 56, par. 3, direttiva 2014/24/UE e 76, par. 4, direttiva 2014/25/UE su cui C. LAMBERTI e S. VILLAMENA, *Nuove direttive appalti: <systemi di selezione> e <criteri di aggiudicazione>* in *Urb. e app.* 2015, 873;

j4) art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, sulla quale S. USAI, *Il soccorso istruttorio integrativo nel nuovo codice degli appalti* in *Urb. e app.*, 2016, 1139 e L. TARANTINO, *Il soccorso istruttorio nel vecchio e nel nuovo codice dei contratti pubblici* in *Urb. e app.* 2017, 127;

j5) infine la disciplina del codice del 2016 novellata dal d.lgs. n. 57 del 2017, sul quale F.A BELLA, *Le novità in tema di soccorso istruttorio* in M.A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, 227 e F. MASTRAGOSTINO, *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici* in *Urb. e app.*, 2017, 745;

k) sui più recenti orientamenti giurisprudenziali:

k1) per una panoramica generale: S. CRESTA e L. POLITO, *Percorsi di giurisprudenza – Il soccorso istruttorio nella contrattualistica pubblica* in *Giur. it.*, 2017, 2516 e, per gli anni precedenti, A. MANZI, *Percorsi di giurisprudenza – il soccorso istruttorio negli appalti e negli altri procedimenti* in *Giur. it.*, 2016, 2520;

k2) Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2017, n. 3645, ove si afferma che, rispetto ai requisiti di partecipazione, la stazione appaltante è libera di attivare il soccorso istruttorio in favore dell'impresa concorrente anche in un momento successivo all'aggiudicazione in favore di quest'ultima, configurando quindi una sorta di soccorso istruttorio "postumo";

k3) in tema di c.d. <soccorso istruttorio processuale>: I) Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 976, affronta *funditus* il tema della ammissibilità anche di un soccorso istruttorio “processuale”, con riferimento all’ipotesi in cui la stazione appaltante abbia illegittimamente ammesso alla gara un’offerta carente, sotto il profilo meramente formale, del prescritto supporto documentale e si evidenzi che la riscontrata carenza documentale e probatoria, se accertata 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; a fronte della contestazione in sede giudiziaria della altrui ammissione alla procedura, per carenza formale, ad avviso della sentenza in esame, il giudice non ha il potere di rilevare d’ufficio la sanabilità del vizio di forma e la concreta sussistenza del requisito controverso, non è neppure necessario però che l’aggiudicatario illegittimamente ammesso alla gara articoli un ricorso incidentale, teso ad evidenziare l’ulteriore illegittimità commessa dalla stazione appaltante, consistente nella omessa attivazione del procedimento di soccorso istruttorio, potendosi invece limitare ad una deduzione difensiva, in seno alla quale però deve assolvere l’onere della prova (ex art. 2697 c.c.) circa la sanabilità o meno dell’irregolarità commessa; II) l’ammissibilità del c.d. “soccorso istruttorio processuale” è stato successivamente confermata anche da Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2017, n. 6078 e da Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5826.