

## Principio di proporzionalità nella disciplina di gara - Cauzione provvisoria e soccorso istruttorio.

di Emanuela Brugnoli

Data di pubblicazione: 10-12-2019

1. Il principio di proporzionalità (ex art 4 d.lgs. 50 del 2016) rientra tra i criteri interpretativi della disciplina di gara. Unitamente ad altri parametri regolativi, altrettanto vincolanti dettati dal legislatore, il principio di proporzionalità integra la *lex specialis* facendo sì che una sanzione, legittima (e vincolante) nella sua astratta previsione, si riveli incompatibile con quel criterio nella fase applicativa, in relazione alla concreta fattispecie, dando luogo a un provvedimento illegittimo.

2. Laddove sia indubbia la realizzazione della situazione sostanziale (l'esistenza della cauzione provvisoria), la difformità sul piano strettamente probatorio – documentale (l'ordine di bonifico in luogo della quietanza attestante l'avvenuto accreditamento del bonifico) si qualifica in termini di "incompletezza" e non "inesistenza". Solo tale evenienza consente il ricorso alla regolarizzazione del documento carente mediante la sollecitazione dell'attività integrativa del concorrente o la corretta acquisizione da parte della Commissione di gara, ove possibile, delle informazioni carenti.

### Guida alla lettura

La sentenza in commento si sofferma sul principio di proporzionalità, quale canone ermeneutico che integra la disciplina di gara, per poi affrontare il tema dell'applicabilità del soccorso istruttorio per colmare le carenze della cauzione provvisoria.

In particolare, il giudice è chiamato a valutare la legittimità - sotto il profilo della proporzionalità - di una clausola escludente della *lex specialis*, che onera il concorrente a dare prova della cauzione provvisoria mediante il deposito della quietanza di accreditamento del bonifico e, per effetto, la possibilità di sanare le irregolarità/difformità della documentazione attestante questa situazione.

Prima di affrontare gli aspetti giuridici della vicenda è utile fare un cenno sul ruolo del principio di proporzionalità nelle procedure di gara e richiamare sinteticamente la giurisprudenza sull'istituto della cauzione provvisoria.

Il principio di proporzionalità rientra tra i principi di derivazione europea (unitamente al criterio di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza e di pubblicità) che mirano ad assicurare l'effettività della difesa del mercato e della concorrenza.

Il principio è espressamente enunciato tra i criteri regolativi ai quali devono soggiacere le procedure finalizzate all'aggiudicazione e all'esecuzione degli appalti e delle concessioni, secondo le previsioni dell'art 30 del codice dei contratti pubblici; al contempo, detto principio costituisce uno dei parametri previsti dal legislatore per disciplinare le procedure di affidamento dei contratti attivi e dei contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito applicativo del codice dei contratti pubblici (l'art 4 del d.lgs. 50 del 2016).

Nelle procedure di evidenza, l'applicazione del principio di proporzionalità esige che ogni provvedimento sia al tempo stesso necessario e adeguato rispetto agli scopi perseguiti, per cui la stazione appaltante deve adottare quell'atto amministrativo che comporti le minori turbative per l'esercizio dell'attività economica. Si tratta, insomma, della tradizionale concezione secondo la quale l'Amministrazione deve operare con il minore sacrificio possibile per i privati.

Quindi, nel verificare la "proporzionalità" di una sanzione escludente, il giudice deve bilanciare gli interessi che vengono in rilievo nel caso di specie (quello della Pubblica Amministrazione al celere svolgimento della procedura di gara e l'interesse partecipativo del concorrente), anche tenuto conto della *ratio* della cauzione provvisoria e della sua regolarizzazione.

La *ratio* della cauzione provvisoria si rinviene nella necessità di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese e di garantire la serietà della volontà negoziale, l'affidabilità dell'offerta e il suo mantenimento da parte di tutti i partecipanti alla gara fino al momento dell'aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 10 dicembre 2014, n. 34). Pertanto, la cauzione provvisoria svolge la duplice funzione di garantire l'osservanza delle regole della procedura e di costituire liquidazione preventiva e forfettaria del danno qualora, per fatto imputabile al concorrente che risulti aggiudicatario, non si addivenga alla stipula del contratto (Cons di Stato, Sez VI, 6 aprile 2016, n. 13779; TAR Sicilia – Catania, Sez I, 12 aprile 2018, n. 752).

In questa prospettiva, la cauzione provvisoria si configura parte integrante dell'offerta e non mero elemento di corredo alla stessa.

Secondo un orientamento della giurisprudenza ormai consolidato, tenuto conto del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche, la mancanza ovvero la presentazione di una cauzione provvisoria di importo insufficiente, incompleto o deficitario rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis*, nonché le carenze della documentazione comprovante la stessa, non costituiscono causa di esclusione, trattandosi di irregolarità sanabili mediante il potere di soccorso istruttorio (cfr. ex multis Cons. di Stato, Sez. V, 22 luglio 2019, n. 5138; Cons. di Stato, V, 15 ottobre 2015, n. 4764; Cons. di Stato, III, 27 ottobre 2016, n. 4528; Cons. di Stato, V, 15 marzo 2016, n. 1033; Cons. di Stato, VI, 18 luglio 2016, n. 3198; in tal senso anche ANAC, delibera n. 372 del 2019).

## Il caso

La controversia è scaturita dal ricorso introdotto innanzi al Tar dalla Farmacia Valletta di Valletta Dr. Teodoro & C. s.n.c., con il quale è stato impugnato il provvedimento dell'ente

locale che, all'esito della procedura di asta pubblica avente ad oggetto la vendita della titolarità del diritto di esercizio della farmacia comunale, ha disposto la definitiva aggiudicazione a favore dei controinteressati.

Due sono stati i motivi di doglianza: in primo luogo, la sussistenza di una causa escludente a carico dell'offerta della parte aggiudicataria per il mancato rispetto della *lex specialis* che imponeva di presentare l'originale della quietanza attestante il pagamento del deposito cauzionale, con la conseguenza che la Commissione non avrebbe potuto sanare la carenza documentale accertando telefonicamente l'avvenuto accredito del bonifico presso la Tesoreria Comunale; in secondo luogo, le irregolarità nella composizione della Commissione, atteso che il Presidente, nominato nella sua qualità di dirigente dell'ente locale, il giorno prima della nomina aveva perso tale qualità in forza di una sentenza del giudice amministrativo che aveva annullato la graduatoria del concorso da dirigente.

Il TAR ha respinto il ricorso affermando che *"l'adempimento imposto ai concorrenti a pena di esclusione era esclusivamente quello relativo alla costituzione della cauzione"*, mentre il deposito dell'originale della quietanza, attestante l'avvenuto accreditamento integrava un'attività ulteriore non espressamente prevista a pena di esclusione. Dunque, la mera incompletezza documentale è da ritenersi inidonea a determinare l'esclusione dalla gara, peraltro, suscettibile di sanatoria con il soccorso istruttorio.

Per quanto riguarda il secondo motivo di doglianza, il giudice di primo grado ha affermato che il soggetto nominato Presidente di Commissione rivestiva all'interno dell'ente la qualifica di dirigente a contratto da parecchi anni, quindi, non poteva ritenersi un soggetto totalmente estraneo all'organizzazione dell'ente né privo dei requisiti di esperienza e di professionalità richiesti per la composizione della commissione. Inoltre, laddove si fosse ritenuto che la nomina del Presidente fosse fondata esclusivamente sul presupposto legittimante del possesso della qualifica dirigenziale nel settore finanziario, in virtù dei principi di tutela dell'affidamento dei terzi e di conservazione degli atti giuridici, tale illegittimità non poteva ritenersi idonea a travolgere gli atti della procedura *"trattandosi di gara da aggiudicare al massimo rialzo"* ove la Commissione non effettua valutazioni discrezionali o giudizi terzi.

La ricorrente, soccombente in primo grado, ha impugnato la sentenza del TAR innanzi al Consiglio di Stato, riproponendo i due motivi di doglianza.

Il giudice di secondo grado ha respinto il ricorso in appello, confermando sostanzialmente la sentenza del TAR.

## **La soluzione**

Il Consiglio di Stato ha posto a fondamento del suo ragionamento l'assunto secondo cui, il *thema probandum*, in sede di gara, consiste nell'avvenuta costituzione della garanzia cauzionale, la quale si deve ritenere perfezionata per effetto dell'acquisizione alla disponibilità della Tesoreria Comunale dell'importo da conferire in garanzia. Solo la quietanza di versamento è idonea a comprovare siffatta circostanza e a *"soddisfare l'interesse comunale alla certa ed irretrattabile conclusione del percorso costitutivo della cauzione"*.

In questa prospettiva, la *lex specialis* ha definito il contenuto dell'adempimento sostanziale prescritto (la costituzione di garanzia) e ha descritto la modalità di documentazione (la quietanza), imputando suddetto onere al concorrente, così da escludere la produzione della quietanza nella fase di verifica dei requisiti.

Ebbene, la parte aggiudicataria ha prodotto un documento che attesta l'avvio dell'operazione (l'ordine di pagamento del bonifico) ma non il suo perfezionamento per cui, applicando alla lettera la *lex specialis*, l'Amministrazione avrebbe dovuto escluderla dalla gara.

Tuttavia, il giudice, interpretando la clausola escludente alla luce del principio di proporzionalità, è addivenuto a una soluzione diversa.

Infatti, il principio di "proporzionalità" rientra tra i criteri di interpretazione/regolativi della disciplina di gara, dettati dal legislatore, che trovano applicazione anche nel caso di specie, trattandosi di procedura per l'affidamento di un contratto attivo (art 4 del d.lgs 50 del 2016).

Detto principio integra la disciplina di gara, imponendo all'interprete "*di enucleare, all'interno del perimetro applicativo di una determinata clausola della lex specialis, le ipotesi fattuali cui si attaglia la sanzione escludente da quelle per le quali, invece, essa risulterebbe, appunto, "sproporzionata" (e, in quanto tale, inapplicabile)*".

Ne consegue che il giudice deve accertare la "proporzionalità" tra la sanzione espulsiva ed il pregiudizio astrattamente causato all'interesse in gioco, che in questo caso non sarebbe quello "finale" dell'acquisizione tempestiva della necessaria cauzione provvisoria bensì quello "strumentale" al celere ed efficiente accertamento, da parte della Commissione di gara, del possesso effettivo in capo ai concorrenti del requisito di ammissione.

Nel caso in esame, l'aggiudicataria ha depositato solo l'ordinativo di bonifico, di per sé insufficiente a integrare la documentazione richiesta dalla *lex specialis*, atteso che tra la fase ordinativa e quella esecutiva del bonifico sussiste uno iato temporale nell'arco del quale potrebbero verificarsi eventi revocatori o fatti impeditivi. In ogni modo, il bonifico si è perfezionato entro il termine prescritto per la presentazione delle offerte, quindi, verificatasi la situazione sostanziale, la difformità documentale rileva solo come ipotesi di "incompletezza" e non di "inesistenza". Tale evenienza consente "*il ricorso alla regolarizzazione (recte, al completamento) del documento carente, mediante la sollecitazione dell'attività integrativa del concorrente o la diretta acquisizione da parte della commissione di gara, ove possibile delle informazioni carenti*".

La Commissione di gara, perciò, "*non ha travalicato i confini posti dall'ordinamento alla sua azione, allorché ha ritenuto di completare le informazioni di cui aveva la disponibilità, acquisendole direttamente presso la tesoreria comunale*". Inoltre, la semplicità dell'attività di verifica richiesta alla Commissione è stata tale da non recare significativo intralcio alla celerità delle operazioni di gara (attività risoltasi nell'effettuazione di una telefonata al tesoriere comunale).

Per quanto concerne il secondo motivo di doglianza, vale a dire la carenza di legittimazione del

soggetto nominato Presidente a comporre validamente la Commissione, il Consiglio di Stato ha valorizzato la circostanza che il soggetto era in servizio presso l'Amministrazione già dal 2009 con *“appositi incarichi dirigenziali a tempo indeterminato che, in assenza di quella nomina di ruolo, si sarebbero regolarmente protratti”*. Detta situazione era stata attestata dal Segretario Generale del Comune e, sul punto, la ricorrente non ha controdedotto.

In altre parole, secondo il giudice di secondo grado, il presupposto del soggetto alla nomina di Presidente della Commissione non è l'atto di nomina nelle funzioni di Dirigente, adottato all'esito del menzionato concorso, ma la sua posizione dirigenziale quale si evince dalla attestazione, peraltro, non confutata dalla ricorrente.

Pertanto, venendo in rilievo l'art 64 comma 2 c.p.a., sulla base del quale *“salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite”*, si è ritenuto non provato il secondo motivo di doglianza.

## **REPUBBLICA ITALIANA**

### **IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

#### **Il Consiglio di Stato**

#### **in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5695 del 2018, proposto da Farmacia Valletta di Valletta Dr. Teodoro & C. s.n.c., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alfiero Farinea e Alessio Petretti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessio Petretti in Roma, via degli Scipioni n. 268/A;

#### ***contro***

Comune di Novi Ligure, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Emanuele Gallo e Alberto Romano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alberto Romano in Roma, Lungotevere Sanzio n. 1;

#### ***nei confronti***

Gianluca Ludovici e Francesca Ravera, rappresentati e difesi dagli avvocati Vittorio Barosio, Gianluca Contaldi e Serena Denticò, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gianluca Contaldi in Roma, via Pierluigi Da Palestrina n. 63;

### ***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) n. 00475/2018, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Novi Ligure, di Gianluca Ludovici e di Francesca Ravera;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2019 il Cons. Ezio Fedullo e uditi per le parti gli Avvocati Alessio Petretti e Alberto Romano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

### **FATTO e DIRITTO**

Con la sentenza appellata, il T.A.R. Piemonte ha respinto il ricorso proposto dalla odierna appellante - Farmacia Valletta di Valletta Teodoro & C. s.n.c. - avverso la determinazione n. 62/611 del 26 giugno 2017, con la quale il Comune di Novi Ligure (AL) ha aggiudicato in via definitiva l'asta pubblica avente ad oggetto l'alienazione della titolarità della farmacia comunale con sede in Novi Ligure, via Verdi n. 104, "in favore del dr. Gianluca Ludovici, iscritto all'albo professionale dei Farmacisti di Alessandria al numero 2098 e dr.ssa Ravera Francesca iscritta all'albo professionale dei Farmacisti di Alessandria al numero 2579".

Il gravame introduttivo era affidato a due ordini di censure, così sintetizzabili: 1) violazione dell'articolo 12, punto 4, della *lex specialis* di gara, in quanto i controinteressati non avevano presentato l'originale della quietanza attestante l'avvenuto pagamento del deposito cauzionale, ivi richiesto a pena di esclusione, ma solamente un ordine di pagamento a mezzo bonifico bancario: né, a fronte di tale carenza documentale, la commissione di gara avrebbe potuto accertare per via telefonica presso la Tesoreria del Comune, come aveva concretamente fatto, che il deposito cauzionale era stato accreditato entro la data di presentazione delle offerte; 2) irregolarità della composizione della commissione di gara, in quanto il Presidente, nominato <<nella qualità>> di dirigente dell'ente locale, il giorno prima della nomina, avvenuta con determinazione del 28 aprile 2017, aveva perso la predetta qualità in forza della sentenza del Consiglio di Stato n. 2798 del 12 giugno 2017, che aveva confermato la sentenza n. 333/2016, con la quale il T.A.R. Piemonte aveva annullato la graduatoria del concorso ad un posto di dirigente e la conseguente nomina del dottor Moro a dirigente del settore finanziario.

Il T.A.R., nel respingere il ricorso, così motivava: 1) quanto al primo motivo di ricorso, premetteva che l'articolo 12, punto 4, del bando di gara, a proposito della cauzione, prevedeva testualmente che "a pena di esclusione, i concorrenti devono presentare una cauzione pari al 10% dell'importo a base di gara...La cauzione può essere costituita mediante bonifico bancario sul c/c della Tesoreria comunale...da comprovarsi con quietanza recante la causale "deposito cauzionale per vendita farmacia comunale". Il concorrente deve presentare, quindi, l'originale della quietanza attestante l'avvenuto accreditamento del deposito cauzionale mediante bonifico....La cauzione, comunque costituita, è prestata a garanzia della stipulazione del contratto di compravendita in caso di aggiudicazione e verrà incamerata in caso di mancata sottoscrizione dello stesso...per fatti riferibili all'aggiudicatario"; da tale clausola il T.A.R. ricavava, quale corollario interpretativo, che l'adempimento imposto ai concorrenti <<a pena di esclusione>> era esclusivamente quello relativo alla costituzione della cauzione, mentre il deposito dell'originale della quietanza, attestante l'avvenuto accreditamento della cauzione costituita mediante bonifico bancario, integrava un'attività ulteriore, così come dimostrava l'utilizzo dell'avverbio temporale <<quindi>>, non espressamente prevista a pena di esclusione (*ad abundantiam*, il T.A.R. evidenziava che, anche aderendo alla soluzione interpretativa sostenuta dalla parte ricorrente, l'omissione contestata integrava una mera incompletezza della documentazione, inidonea a determinare l'esclusione dalla gara, ma suscettibile di sanatoria mediante soccorso istruttorio, anche alla luce della non univoca formulazione sul punto della *lex specialis*; 2) quanto al secondo motivo di ricorso, osservava il T.A.R. che il dottor Moro, sin dal dicembre del 2009, rivestiva all'interno dell'ente la qualifica di dirigente a contratto: pertanto, al momento della nomina della commissione di gara, avvenuta in data 28 aprile 2017, non era né un soggetto totalmente estraneo all'organizzazione dell'ente, né un soggetto privo dei requisiti sostanziali di esperienza e di professionalità richiesti in via di principio per la regolare composizione della commissione; in ogni caso, anche si fosse ritenuto che la nomina del dottor Moro era fondata esclusivamente sul presupposto legittimante del possesso della qualifica dirigenziale nello specifico settore finanziario, la sua illegittimità non era idonea a travolgere l'attività svolta dalla commissione di gara, dal momento che dovevano trovare applicazione al caso di specie i principi della tutela dell'affidamento dei terzi e di conservazione degli atti giuridici, "in particolare quando, trattandosi di gara da aggiudicare al massimo rialzo, la commissione non è chiamata ad eseguire valutazioni discrezionali o giudizi tecnici".

Mediante i motivi di appello, la parte appellante - ed originaria ricorrente - deduce, essenzialmente, che: 1) premesso che il bando prevedeva, a pena di esclusione, il deposito, entro il termine di cui all'art. 9 (ore 12 del 28 aprile 2017), di uno specifico documento, consistente nella quietanza di accreditamento del deposito cauzionale mediante bonifico (in alternativa alla fidejussione), la relativa omissione, imputabile ai controinteressati, i quali si erano limitati a produrre un ordine di bonifico, che poteva essere revocato o non andare a buon fine per assenza di fondi, non poteva essere sanata mediante il ricorso al cd. soccorso istruttorio, come ritenuto dalla commissione di gara, non trattandosi di documentazione incompleta o irregolare, bensì di assoluta mancanza del documento richiesto a pena di esclusione; 2) la verifica della commissione in ordine alla effettiva costituzione della garanzia era stata fatta il giorno stesso dell'esperimento della gara, ossia il 2 maggio, senza acquisire alcuna informazione sulla data di effettiva costituzione della cauzione stessa; inoltre, dalla documentazione estratta mediante accesso agli atti, risultava che la disponibilità presso la

tesoreria dell'Ente era successiva di due giorni lavorativi rispetto alla data di acquisizione dell'ordine del bonifico (27 aprile 2017), quindi in ritardo rispetto ai termini previsti dal bando: l'effettiva costituzione della cauzione, infatti, si era perfezionata non prima del 2 maggio, considerato che il 29 e 30 aprile e il 1° maggio erano giornate non lavorative e che il citato bonifico, acquisito il 27 aprile, prevedeva la seguente valuta: «Giorni valuta accredito – DIVISA (lavorativi): 2»; 3) il dott. Roberto Moro, Presidente della commissione, risultava in servizio presso il Comune di Novi Ligure con qualifica di dirigente in forza della determinazione n. 151/530 del 21 maggio 2014, la quale, tuttavia, era stata annullata con sentenza del T.A.R. Piemonte n. 333/2016, il cui appello era stato respinto dal Consiglio di Stato con sentenza n. 2798/2017: ne consegue che il dott. Moro era decaduto dall'incarico di Dirigente del I e VI Settore, venendo meno il presupposto sulla base del quale era stato nominato Presidente della commissione di gara.

Si sono costituiti in giudizio, per opporsi all'accoglimento dell'appello, il Comune di Novi Ligure (AL) ed i controinteressati dott.ssa Francesca Ravera e dott. Gianluca Ludovici.

Tanto premesso, l'appello non è meritevole di accoglimento.

Deve ribadirsi che è controversa la legittimità del provvedimento con il quale il Comune di Novi Ligure (AL), all'esito della procedura di asta pubblica avente ad oggetto la vendita della titolarità del diritto di esercizio della farmacia comunale, con relative dotazioni patrimoniali e merci, con sede a Novi Ligure in via Verdi n. 104, ha disposto la sua definitiva aggiudicazione a favore dei controinteressati dott.ri Francesca Ravera e Gianluca Ludovici, in virtù della maggiore convenienza economica della relativa offerta.

La parte appellante – le cui deduzioni sono state respinte dal giudice di primo grado – allega, quale principale vizio di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione, la sussistenza di una ragione escludente a carico dell'offerta della parte aggiudicataria, consistente nel mancato rispetto dell'art. 12, punto 4, del bando, con riguardo alle modalità di presentazione della cauzione provvisoria, previste a pena di esclusione: sebbene, infatti, essa sarebbe dovuta avvenire mediante produzione della quietanza di versamento del bonifico bancario, avente ad oggetto l'importo previsto (pari ad € 124.300,00) presso la Tesoreria comunale (laddove, come nella specie avvenuto, fosse stata prescelta la relativa modalità di costituzione, alternativa alla fideiussione bancaria), i controinteressati si erano limitati a produrre un mero ordine di bonifico, inidoneo a comprovare l'effettiva costituzione della garanzia.

Al fine di verificare la fondatezza del motivo di appello, così sinteticamente delineato, deve premettersi che, ai sensi del richiamato art. 12, punto 4, del bando: “a pena di esclusione, i concorrenti devono presentare una cauzione pari al 10 % dell'importo a base di gara e, quindi, di importo pari ad euro ad €. 124.300,00 (centoventiquattromilatrecento/00). La cauzione, può essere costituita, mediante bonifico bancario sul c/c della Tesoreria comunale - Conto Corrente Bancario c/o Banca Popolare di Sondrio Filiale di Novi Ligure – Corso Marengo, 59 - 15067 - NOVI LIGURE (AL) intestato a Comune Di Novi Ligure – Servizio Tesoreria: IBAN IT 40C05 6964 8420 0000 1000 0X89, da comprovarsi con quietanza recante la causale “deposito cauzionale per vendita farmacia comunale”. Il concorrente deve presentare, quindi, l'originale della quietanza attestante l'avvenuto accreditamento del deposito cauzionale

mediante bonifico”.

Il richiamato disposto della *lex specialis* è univocamente interpretabile, ad avviso della Sezione, nel senso che l'onere documentale *de quo* avrebbe dovuto essere assolto mediante la produzione, entro il termine per la presentazione delle offerte, dell'originale della quietanza attestante l'avvenuto accreditamento del deposito cauzionale mediante bonifico”.

A tale conclusione è dato pervenire sulla scorta dei seguenti argomenti:

- in primo luogo, viene in rilievo la necessaria correlazione tra adempimento sostanziale e modalità dimostrativa del suo esatto e tempestivo compimento: poiché il *thema probandum*, in sede di gara, consisteva nella avvenuta costituzione della garanzia cauzionale, e questa non poteva che ritenersi perfezionata per effetto della acquisizione alla disponibilità della Tesoreria comunale (*ergo*, al relativo conto di cui il Comune era titolare presso il menzionato istituto bancario) dell'importo da conferire a garanzia, ne discende che solo la quietanza di versamento, attestante il buon fine dell'operazione di trasferimento, avrebbe potuto rivelarsi idonea al fine di soddisfare l'interesse comunale alla certa ed irretrattabile conclusione del percorso costitutivo della cauzione;

- in secondo luogo, la configurazione “didascalica” della surriportata previsione della *lex specialis*, la quale, dopo aver fissato il contenuto sostanziale dell'adempimento prescritto (la costituzione della garanzia) e la descrizione della relativa modalità di documentazione (quietanza), ha cura di precisare, con carattere iterativo e finalità ulteriormente chiarificatrice, che “il concorrente deve presentare, quindi, l'originale della quietanza attestante l'avvenuto accreditamento del deposito cauzionale mediante bonifico”;

- infine, l'imputazione dell'onere documentale suddetto al “concorrente” consente di escludere che la produzione della quietanza inerisca alla fase di verifica dei requisiti, la quale, secondo la scansione tipizzata di gara, presuppone l'acquisizione della qualità (ulteriore e, da un punto di vista procedimentale, successiva) di aggiudicatario provvisorio.

Chiarito il contenuto della pertinente previsione della disciplina di gara, occorre verificare se i controinteressati l'abbiano puntualmente osservata nonché, in un secondo momento ed in caso contrario, l'applicabilità della sanzione escludente invocata nei loro confronti dalla parte appellante, alla luce della specifica fattispecie oggetto di giudizio.

Come si evince dagli atti del giudizio, i controinteressati hanno ottemperato alla suddetta prescrizione presentando un “ordine di pagamento bonifico SEPA” del 26 aprile 2017, recante il 26 aprile 2017 come “data esecuzione richiesta” e corrispondente - per importo, causale e destinatario - alla suindicata previsione della *lex specialis*.

La non compiuta corrispondenza del citato documento a quello richiesto dalla *lex specialis* discende dal fatto che esso attesta l'avvio dell'operazione costitutiva della cauzione, non il suo perfezionamento, il quale consegue all'avvenuto accredito dell'importo previsto sul conto corrente della Tesoreria comunale: del resto, la sua insufficienza ai fini della realizzazione dell'interesse dell'Amministrazione comunale, che a quella previsione è sottesa

e come innanzi enucleato, è dimostrata dal fatto che la stessa commissione di gara, con il verbale n. 1 del 2 maggio 2017, ha ritenuto, preso atto del suddetto documento, di verificare telefonicamente, presso il tesoriere comunale (ricevendone riscontro positivo), l'avvenuto accredito dell'importo oggetto della cauzione.

Inoltre, che tra la fase ordinativa e quella esecutiva sussista uno iato temporale - nell'arco del quale possono astrattamente verificarsi (postumi) eventi revocatori o venire alla luce (originari) fatti impeditivi - discende, oltre che dal fatto notorio relativo alla pratica bancaria, dal documento "riepilogo bonifico", depositato dalla parte appellante, da cui risulta, con riferimento alla predetta operazione, che l'"acquisizione" ed il "regolamento", *ergol'*accredito della somma presso la Tesoreria comunale, sono avvenuti (solo) in data 27 aprile 2017.

Esaurita la suddetta fase dell'indagine, occorre adesso verificare se, alla evidenziata difformità, dovesse ricollegarsi necessariamente, come assume la parte appellante, l'esclusione dei controinteressati dalla gara.

La peculiarità della fattispecie non consente, se non a pena di una sua impropria semplificazione, di rinvenire la soluzione del quesito nel dettato testuale della suddetta previsione della *lex specialis*, laddove corredata l'onere documentale *de quo* con la sanzione di esclusione.

Deve infatti premettersi che, tra i criteri che devono ispirare l'interpretazione della disciplina di gara, rientra quello di "proporzionalità" (ex art. 4 d.lvo n. 50/2016, a mente del quale "l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica"): la previsione normativa, entrata in vigore - per quanto attiene ai contratti attivi, cui è riconducibile la fattispecie in esame - in data 20 maggio 2017, trova invero applicazione *ratione temporis* alla vicenda oggetto di giudizio, discutendosi della legittimità del provvedimento di aggiudicazione intervenuto successivamente alla suddetta data, in base al criterio *lex regit actum*.

Il suddetto criterio impone quindi di enucleare, all'interno del perimetro applicativo di una determinata clausola della *lex specialis*, le ipotesi fattuali cui si attaglia la sanzione escludente da quelle per le quali, invece, essa risulterebbe, appunto, "sproporzionata" (e, in quanto tale, inapplicabile).

Tale distinzione, va sottolineato, non comporta la violazione del principio di vincolatività della disciplina di gara, e quindi la disapplicazione della stessa, laddove le sue previsioni escludenti non siano tempestivamente impugnate dal soggetto interessato: essa discende, invece, dalla necessaria integrazione delle previsioni della *lex specialis* con i parametri regolativi, altrettanto vincolanti, dettati dal legislatore, i quali possono far sì che una sanzione, legittima (e vincolante) nella sua astratta previsione, si riveli incompatibile con quei criteri nella fase applicativa, in relazione alla concreta fattispecie, mettendo capo ad un provvedimento espulsivo illegittimo.

Tale situazione può verificarsi, ad avviso del Collegio, al ricorrere di determinate condizioni, quali, precisamente:

- l'incidenza della difformità sul profilo strettamente probatorio-documentale, essendo indubbia la realizzazione, conformemente alla previsione della *lex specialis*, della situazione sostanziale: in tale evenienza, infatti, l'interesse ipoteticamente compromesso non sarebbe quello "finale" (nella specie, alla acquisizione tempestiva della necessaria cauzione provvisoria), ma quello "strumentale" al celere ed efficiente accertamento, da parte della commissione di gara, in ordine al possesso effettivo, in capo ai concorrenti, del requisito di ammissione, circostanza che consente di dare ingresso, appunto, alla verifica della proporzionalità tra la sanzione espulsiva ed il pregiudizio astrattamente causato alla celere esplicazione della procedura di gara, alla luce della specifica gravità della difformità documentale riscontrata;

- la qualificazione della difformità documentale in termini di "incompletezza", non di inesistenza, del documento richiesto, nel senso della sua idoneità a documentare una "parte" della situazione sottostante: solo tale evenienza consente, infatti, il ricorso alla regolarizzazione (*recte*, al completamento) del documento carente, mediante la sollecitazione dell'attività integrativa del concorrente o la diretta acquisizione da parte della commissione di gara, ove possibile, delle informazioni carenti.

Ritiene il Collegio che le illustrate condizioni caratterizzino appunto la fattispecie in esame.

Quanto alla prima, infatti, lo stesso documento "riepilogo bonifico" prodotto dalla parte appellante attesta che, entro il termine per la presentazione delle offerte (28 aprile 2017), il "regolamento" dell'operazione di bonifico ordinata dai controinteressati, con la conseguente costituzione della cauzione provvisoria, si era perfezionato.

Non rileva, da questo punto di vista, che il citato documento specifichi: «Giorni valuta Accredito – DIVISA (lavorativi): 2».

In primo luogo, infatti, l'avvenuta esecuzione del bonifico il giorno successivo a quello dell'ordine induce a ritenere che nei due giorni suindicati debbano essere compresi quello della disposizione e quello della esecuzione.

In secondo luogo, ove non si ritenesse di accedere a tale lettura, l'avvenuta esecuzione del bonifico il giorno successivo impone comunque di ritenere, al fine di garantire la coerenza tra i dati suindicati, che per "valuta" si intenda - non il tempo necessario per l'esecuzione dell'accredito, ma - il periodo intercorrente fra il versamento di una somma e la data a partire dalla quale è visibile nell'estratto conto del beneficiario (e cominciano quindi a calcolarsi gli interessi attivi sul deposito).

In ogni caso, anche ammesso che nei due giorni suindicati non debba essere compreso quello dell'ordine, l'esecuzione del bonifico (e la connessa costituzione della cauzione) sarebbe comunque tempestiva, essendo intervenuta il 28 aprile 2017 (data coincidente con la scadenza del termine di presentazione delle offerte).

Peraltro, come si evince dalla “bolletta” depositata dal Comune appellato agli atti del giudizio di primo grado (cfr. all. n. 1 della produzione comunale del 21 febbraio 2018), la data di “valuta” è quella del 27 aprile 2017, ovvero - ancora una volta - una data anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Quanto al secondo profilo, invece, deve ritenersi che la produzione dell'ordine di bonifico sia idonea a documentare un segmento della complessiva fattispecie “a formazione progressiva” relativa alla costituzione della cauzione provvisoria mediante bonifico bancario.

Inoltre, la brevità del lasso temporale intercorrente tra l'ordine di bonifico e la sua esecuzione, da un lato, e la semplicità dell'attività di verifica eseguibile dalla commissione di gara, tale da non recare significativo intralcio alla celerità delle operazioni di gara (attività risoltasi nella specie nell'effettuazione di una telefonata al tesoriere comunale), dall'altro, inducono a ritenere che, nel complessivo bilanciamento degli interessi sotteso all'applicazione del richiamato principio di proporzionalità, quello della P.A. al celere svolgimento della procedura di gara non abbia subito un sacrificio tale da giustificare la compromissione dell'interesse partecipativo del concorrente.

Ne consegue che la commissione di gara non ha travalicato i confini posti dall'ordinamento alla sua azione, allorché ha ritenuto di completare le informazioni di cui aveva la disponibilità, acquisendole direttamente presso la tesoreria comunale.

Deve solo aggiungersi che il consolidato principio giurisprudenziale secondo cui la mancanza e i vizi della cauzione provvisoria non sono sanzionabili con l'esclusione dalla gara, ma emendabili mediante il ricorso al cd. soccorso istruttorio (cfr., di recente, Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5138 del 22 luglio 2019), pur non essendo applicabile *recta via* alla fattispecie *de qua*, conforta comunque la bontà delle conclusioni raggiunte, alla luce della comune matrice competitiva del procedimento di cui si tratta e di quello finalizzato alla aggiudicazione di un contratto di appalto, cui quel principio direttamente inerisce.

L'appello quindi, per questa parte, deve essere respinto.

Infondato, altresì, è il secondo motivo di appello, inteso a lamentare la carenza di legittimazione a comporre validamente la commissione di gara, quale Presidente, in capo al dott. Roberto Moro, in conseguenza dell'annullamento giurisdizionale degli atti di nomina dello stesso quale Dirigente del Settore Finanziario del Comune di Novi Ligure.

Premesso che la censura trae motivo dal fatto che la determinazione n. 44/418 del 28 aprile 2017, recante la nomina dei componenti della commissione di gara, individua il Presidente nella persona del “Dott. Roberto Moro – Dirigente del I e VI Settore”, deve osservarsi che il Comune appellato ha evidenziato che il dott. Roberto Moro era legittimato a rivestire la suddetta funzione in virtù di “appositi incarichi dirigenziali a tempo determinato che, in assenza di quella nomina di ruolo, si sarebbero regolarmente protratti”.

Tale circostanza è, ad avviso della Sezione, decisiva.

Deve precisarsi che la surrichiamata deduzione difensiva comunale trova riscontro nella attestazione del Segretario generale del 21 febbraio 2018 (cfr. all. 4 della produzione documentale del 21 febbraio 2018), da cui si evince che “il dott. Roberto Moro...è ininterrottamente rimasto in servizio con la qualifica di dirigente dei Servizi Finanziari dal 15 dicembre 2009 a tutt’oggi”: ebbene, la mancanza di puntuali controdeduzioni della parte appellante (sia con le memorie depositate agli atti del giudizio di primo grado successivamente al predetto deposito documentale, sia con l’atto di appello e le successive memorie) impone di fare leva, ai fini reiettivi, sul principio probatorio di cui all’art. 64, comma 2, c.p.a., a mente del quale “salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite”.

Tanto chiarito in punto di fatto, deve rilevarsi, in punto di diritto, che il presupposto della determina di nomina, quale si evince dalla sua portata testuale, non è l’atto di nomina del dott. Moro nelle funzione di Dirigente dei Settori suindicati, ma - *recta via*- la sua posizione dirigenziale (nei medesimi Settori), quale si evince sussistere (indipendentemente dall’esito del menzionato concorso) dalla suddetta attestazione.

Non si intende affermare che la suddetta posizione dirigenziale venga in rilievo nella sua mera materialità, indipendentemente dalla sussistenza di un titolo legittimante, quanto piuttosto che il Comune resistente lo ha individuato in modo alternativo a quello inciso dalla citata sentenza di annullamento, e che nessuna concreta deduzione è stata formulata dalla parte appellante a confutazione della sua sussistenza.

Peraltro, sul piano squisitamente processuale, non può farsi a meno di notare che la stessa sentenza appellata afferma – senza che sia stata formulata sul punto specifica censura – che (punto 6.1) “il Comune di Novi Ligure ha provato che il dottor Moro, sin dal dicembre del 2009, rivestiva all’interno dell’ente la qualifica di dirigente a contratto e che, pertanto, al momento della nomina della Commissione di gara, avvenuta in data 28 aprile 2017, non era né un soggetto totalmente estraneo all’organizzazione dell’ente, né un soggetto privo dei requisiti sostanziali di esperienza e di professionalità richiesti in via di principio per la regolare composizione della Commissione di gara”.

Ne discende che resta estranea alla economia della decisione, in quanto superflua ai fini della sua definizione, la tematica del funzionario di fatto, sulla quale pure fa leva la parte appellante (ed evocata dallo stesso giudice di primo grado).

L’appello, in conclusione, deve essere complessivamente respinto.

La peculiarità dell’oggetto della controversia giustifica la compensazione delle spese del giudizio di appello.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del giudizio di appello compensate.

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