CORTE COSTITUZIONALE

Ordinanza **211/2011** (ECLI:IT:COST:2011:211)
Giudizio: **GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE**
Presidente: **QUARANTA** - Redattore: **TESAURO**
Udienza Pubblica del ; Decisione del **04/07/2011**
Deposito del **13/07/2011**; Pubblicazione in G. U. **20/07/2011**
Norme impugnate: Art. 48, c. 1°, seconda parte, del decreto legislativo 12/04/2006, n. 163.
Massime: **35741**
Atti decisi: **ord. 20/2011**

ORDINANZA N. 211

ANNO 2011

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Alfonso QUARANTA; Giudici : Paolo MADDALENA, Alfio FINOCCHIARO, Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI, Giorgio LATTANZI,

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 48, comma 1, seconda parte, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), promosso dal Tribunale amministrativo regionale per il Veneto nel procedimento vertente tra la Fin.Se.Co. s.p.a. e

l'Azienda U.L.S.S. n. 1 di Belluno ed altre, con ordinanza del 16 novembre 2010, iscritta al n. 20 del registro ordinanze 2011 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 7, prima serie speciale, dell'anno 2011.

Udito nella camera di consiglio del 22 giugno 2011 il Giudice relatore Giuseppe Tesauro.

Ritenuto che il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, con ordinanza del 16 novembre 2010, ha sollevato, in riferimento agli articoli 3 e 97 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'articolo 48, primo comma, seconda parte, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE);

che, secondo il rimettente, la Fin.Se.Co. s.p.a. (d'ora in poi: Società) ha partecipato alla gara indetta dall'Azienda unità locale socio sanitaria n. 1 di Belluno, avente ad oggetto l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di sopraelevazione del blocco F dell'ospedale di Belluno, ed è stata sorteggiata, ai sensi dell'art. 48, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, per la verifica dei requisiti dichiarati nella domanda di partecipazione alla gara;

che la Commissione di gara, con verbale del 29 luglio 2010, n. 3, ha ritenuto inidonea la documentazione prodotta dalla Società, escludendola, ai sensi del citato art. 48, comma 1, ed il relativo provvedimento è stato comunicato con nota del 30 luglio 2010 del Presidente della Commissione, il quale, successivamente, ha rigettato l'istanza di riammissione proposta dalla predetta, mentre il responsabile unico del procedimento ha avviato la procedura di escussione della cauzione provvisoria;

che la Società ha impugnato tali atti, chiedendone l'annullamento, e, in via cautelare, la sospensione, formulando tre motivi di censura i quali, ad avviso del giudice a quo, non sono fondati;

che, tuttavia, secondo il TAR, il citato art. 48, comma 1, in virtù del quale, quando l'offerente non dimostri di possedere i requisiti dallo stesso indicati, la stazione appaltante procede all'escussione della cauzione provvisoria ed alla segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (infra: AVCP) per i provvedimenti di cui all'art. 6, comma 11, del d.lgs. n. 163 del 2006 e per la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento, violerebbe gli articoli 3 e 97 Cost. nella parte in cui «contempla in via automatica l'incameramento della cauzione provvisoria da parte delle stazioni appaltanti»;

che il rimettente ha accolto la domanda cautelare, sino all'esito della decisione della questione di legittimità costituzionale, ritenuta rilevante, in quanto non sarebbe possibile prescindere dal citato art. 48, comma 1, «al fine di una determinazione dell'entità della sanzione applicabile»;

che, in particolare, la norma censurata violerebbe i suindicati parametri costituzionali ed i «principi di parità, di eguaglianza», imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, poiché l'AVCP irroga le sanzioni di propria competenza graduandole, a seconda che la violazione contestata consista nel rifiuto o nell'omissione, senza giustificato motivo, della fornitura delle informazioni o nell'esibizione dei documenti, ovvero nella fornitura di informazioni o documenti non veritieri, mentre la stazione appaltante incamera la cauzione provvisoria, senza che rilevi la riconducibilità della condotta dell'offerente ad un difetto di informazione o di esibizione dei documenti richiesti, ovvero alla presentazione di informazioni e/o di documenti non veritieri;

che, ad avviso del TAR, il citato art. 48, comma 1, comporterebbe, anzitutto, che

«situazioni ontologicamente dissimili […] devono […] essere riguardate allo stesso modo dalle stazioni appaltanti ai fini dell'incameramento della cauzione, senza un'opportuna possibilità di graduazione dell'entità della somma»; inoltre, violerebbe i «principi generali della ragionevolezza e della proporzionalità che devono indefettibilmente assistere l'essenza delle disposizioni legislative»; infine, «nella presente e ben notoria fase di crisi economica», prevedrebbe una disciplina «iniqua», perché permette un prelievo patrimoniale forzoso in danno delle imprese, volto a sanzionare «in via indifferenziata mancanze oggettivamente valutabili in modo diverso e proporzionale all'intrinseca gravità del fatto».

Considerato che il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto dubita, in riferimento agli articoli 3 e 97 della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'articolo 48, primo comma, seconda parte, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE);

che il citato art. 48, comma 1, stabilisce che le stazioni appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un determinato numero di offerenti, scelti con le modalità da esso previste, di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, disponendo che, «quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta», «procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto» all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici per i provvedimenti di cui all'art. 6, comma 11, del d.lgs. n. 163 del 2006 e per la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento;

che, secondo il giudice a quo, detta norma, nella parte in cui «contempla in via automatica l'incameramento della cauzione provvisoria da parte delle stazioni appaltanti», violerebbe gli artt. 3 e 97 Cost., ponendosi in contrasto con i «principi di parità, di eguaglianza», imparzialità e buon andamento dell'amministrazione;

che, in particolare, detti parametri costituzionali sarebbero vulnerati, in quanto l'AVCP irroga le sanzioni di propria competenza graduandole, a seconda che la violazione contestata consista nel rifiuto o nell'omissione, senza giustificato motivo, della fornitura delle informazioni o nell'esibizione dei documenti, ovvero nella fornitura di informazioni o documenti non veritieri, mentre la stazione appaltante incamera la cauzione provvisoria, senza che rilevi l'ascrivibilità della condotta dell'offerente ad un difetto di informazione o di esibizione dei documenti richiesti, ovvero alla presentazione di informazioni e/o di documenti non veritieri;

che, secondo il TAR, la norma censurata comporterebbe che «situazioni ontologicamente dissimili […] devono […] essere riguardate allo stesso modo dalle stazioni appaltanti ai fini dell'incameramento della cauzione, senza un'opportuna possibilità di graduazione dell'entità della somma», recando in tal modo vulnus ai «principi generali della ragionevolezza e della proporzionalità che devono indefettibilmente assistere l'essenza delle disposizioni legislative» e risultando, inoltre, «iniqua», «nella presente e ben notoria fase di crisi economica», una disciplina che permette un prelievo patrimoniale forzoso in danno delle imprese, volto a sanzionare «in via indifferenziata mancanze oggettivamente valutabili in modo diverso e proporzionale all'intrinseca gravità del fatto»;

che, preliminarmente, va osservato che il rimettente non ha esaurito la propria potestas iudicandi, in quanto ha concesso la misura cautelare sul presupposto della non manifesta infondatezza della questione sollevata, ad tempus, ossia sino all'esito della decisione della stessa da parte di questa Corte, motivando, altresì, non implausibilmente in ordine all'impossibilità di offrire una diversa interpretazione della norma censurata ed alla rilevanza della questione di legittimità costituzionale che, in relazione a questi profili, è dunque

ammissibile;

che, nel merito, le censure riferite all'art. 3 Cost. sono manifestamente infondate;

che, in particolare, secondo il costante orientamento di questa Corte, il giudizio di ragionevolezza consiste in «un apprezzamento di conformità tra la regola introdotta e la "causa" normativa che la deve assistere» (per tutte, sentenza n. 245 del 2007) e, nella specie, l'incameramento della cauzione provvisoria previsto dal citato art. 48, comma 1, quale automatica conseguenza del provvedimento di esclusione è, in primo luogo, coerente rispetto alla circostanza, posta in rilievo dalla giurisprudenza amministrativa, che essa «si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche» (Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2010, n. 7963); in secondo luogo, è congruente rispetto alla funzione di garantire serietà ed affidabilità dell'offerta, sanzionando la violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dalla stazione appaltante, tenuto conto che l'operatore economico, con la domanda di partecipazione, sottoscrive e si impegna ad osservare le regole della relativa procedura, delle quali ha, dunque, contezza, e, conseguentemente, sotto questo profilo, le situazioni poste in comparazione dal rimettente non presentano elementi di apprezzabile diversità; in terzo luogo, costituisce una scelta del legislatore ordinario che, alla luce di siffatte considerazioni, non può essere giudicata frutto di un uso distorto ed arbitrario della discrezionalità allo stesso spettante e che, quindi, non contrasta in modo manifesto con il canone della ragionevolezza;

che, inoltre, i provvedimenti dell'AVCP, previsti dalla norma censurata, mirano a garantire che nel settore operino soggetti rispettosi delle regole che lo disciplinano e, quindi, sono diretti a sanzionare la condotta dell'offerente per finalità ulteriori e diverse rispetto a quelle cui è preordinato l'incameramento della cauzione provvisoria, caratterizzato da una funzione differente da quella che connota detti provvedimenti, con conseguente incomparabilità di dette situazioni;

che la censura secondo la quale, nell'attuale congiuntura economica, la disciplina in esame sarebbe «iniqua», così come prospettata, si risolve, invece, in una deduzione (peraltro sostanzialmente assertiva) di mera inopportunità della stessa che, in quanto tale, non può configurare un vizio di legittimità costituzionale della disposizione in esame;

che, infine, sono manifestamente infondate le censure riferite all'art. 97 Cost., poiché il citato art. 48, comma 1, all'evidenza, è preordinato ad assicurare il regolare e rapido espletamento della procedura e la tempestiva liquidazione dei danni prodotti dalla alterazione della stessa a causa della mancanza dei requisiti da parte dell'offerente e, quindi, la norma è strumentale rispetto all'esigenza di garantire imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, che erroneamente il rimettente reputa lesa;

che, conclusivamente, la questione deve essere dichiarata manifestamente infondata.

Visti gli artt. 26, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e 9, comma 2, delle norme integrative per i giudizi avanti alla Corte costituzionale.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 48, primo comma, seconda parte, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei

contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), sollevata, in riferimento agli articoli 3 e 97 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 4 luglio 2011.

F.to:

Alfonso QUARANTA , Presidente

Giuseppe TESAURO, Redattore

Gabriella MELATTI, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 13 luglio 2011.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: MELATTI

Le sentenze e le ordinanze della Corte costituzionale sono pubblicate nella prima serie speciale della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (a norma degli artt. 3 della legge 11 dicembre 1984, n. 839 e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 1985, n. 1092) e nella Raccolta Ufficiale delle sentenze e ordinanze della Corte costituzionale (a norma dell'art. 29 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, approvate dalla Corte costituzionale il 16 marzo 1956).

Il testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale fa interamente fede e prevale in caso di divergenza.