

ESCLUSIONE DEL CONCORRENTE ED ESCUSSIONE DELLA CAUZIONE PROVVISORIA PER MANCATA PROVA DEI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE. APPLICAZIONE DI AUTOMATISMI SANZIONATORI E DEI PRINCIPI DI EGUAGLIANZA E BUONA AMMINISTRAZIONE.

Nota del dott. Flavio Guella*



Ordinanza della Corte Costituzionale, 13 luglio 2011 n. 211, red. G. Tesaurò

E' manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 48, c. 1, seconda parte, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione della Direttiva n. 2004/17/CE e della Direttiva n. 2004/18/CE), sollevata con riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., nella parte in cui dispone in via automatica l'incameramento della cauzione provvisoria da parte della stazione appaltante, nell'ipotesi in cui il concorrente in una gara d'appalto non sia in possesso dei requisiti di partecipazione richiesti dal bando. Secondo un costante orientamento, infatti, il giudizio di ragionevolezza consiste in "un apprezzamento di conformità tra la regola introdotta e la "causa" normativa che la deve assistere" e, nel caso di specie, l'incameramento della cauzione provvisoria previsto dall'art. 48, c. 1, del D.Lgs. n. 163/2006, quale automatica conseguenza del provvedimento di esclusione è, in primo luogo, coerente rispetto alla circostanza che essa "si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche"; peraltro, lo stesso 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, giacchè l'operatore economico, mediante la domanda di partecipazione, si impegna ad osservare le regole di gara. Ciò, inoltre, costituisce una scelta del legislatore ordinario, che non può essere giudicata come il risultato di un uso distorto ed arbitrario della discrezionalità allo stesso spettante e, pertanto, non contrasta con il canone della ragionevolezza. I provvedimenti dell'AVCP, previsti dalla norma citata, 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 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. Ancora, la citata disposizione normativa di cui all'art. 48, c. 1, è preordinata ad assicurare il regolare e rapido espletamento della procedura, nonché la tempestiva liquidazione dei danni prodotti dall'alterazione della stessa, e, pertanto, la stessa è strumentale rispetto all'esigenza di garantire l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa.

* * *

* Nota estratta da *Informator*, n. 4/2011.

SOMMARIO: 1. Note introduttive in tema di sanzioni per carenza dei requisiti di partecipazione e loro natura - 1.1. La disposizione normativa oggetto del giudizio - 1.2. La tipologia delle sanzioni amministrative previste e le conseguenze della loro diversa natura - 2. La decisione della Corte costituzionale in materia di incameramento della cauzione provvisoria ex articolo 48 Codice degli appalti - 2.1. La fattispecie - 2.2. I principi di diritto affermati.

1. Note introduttive in tema di sanzioni per carenza dei requisiti di partecipazione e loro natura.

1.1. La disposizione normativa oggetto del giudizio. La Corte costituzionale, nel dichiarare con l'ordinanza annotata¹ la manifesta infondatezza delle censure di incostituzionalità avanzate, ha avuto modo di tornare sul tema della portata del potere sanzionatorio della pubblica amministrazione, in riferimento alla legittimità di una sua attribuzione su basi vincolate che determinano meccanismi di irrogazione automatica. In particolare, la questione è stata affrontata richiamando i parametri di cui agli articoli 3 e 97 della Costituzione, con riguardo ai quali si dubitava della costituzionalità 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)².

Oggetto del giudizio è quindi la disposizione del Codice degli appalti pubblici che stabilisce come le stazioni appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, debbano chiedere ad un determinato numero di offerenti³ di comprovare il possesso dei requisiti di

¹ Per altro commento alla medesima ordinanza, FELICETTI SILVIA – SAN GIORGIO MARIA ROSARIA, *Verifica dei requisiti dei soggetti partecipanti alla gara*, in *Corriere Giuridico*, 2011, fasc. 8, pp. 1153 ss.

² Sull'articolo 48 del Codice degli appalti pubblici, cfr. ad esempio VIVARELLI MARIA GRAZIA, *Le sanzioni accessorie extraprocedimentali previste nell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006*, in *Rivista trimestrale appalti*, 2009, pp. 922 ss.; CRISTANTE OLIVER, *Sulle conseguenze delle false dichiarazioni rilasciate in merito ai requisiti morali di partecipazione alle gare d'appalto*, in *Contratti Stato e enti pubblici*, 2008, pp. 405 ss.; IEVA LORENZO, *Requisiti di partecipazione alle gare pubbliche e poteri sanzionatori dell'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, pp. 1369 ss.

³ Si tratta in particolare di “un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico”; quando però le stazioni appaltanti si avvalgono della facoltà di limitare il numero di candidati da

capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, quali eventualmente richiesti nel bando di gara; rilevante ai fini della questione trattata è poi l'ulteriore previsione per cui, "quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta", le medesime stazioni appaltanti "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 Codice degli appalti pubblici⁴ e per la sospensione da uno a dodici mesi dalla possibilità di partecipazione alle procedure di affidamento.

L'articolo 48 porta con sé, accanto ad uno specifico meccanismo di verifica endo-procedimentale di regolarità, affidato alla stessa stazione appaltante, una serie di conseguenze sfavorevoli – di diversa natura – dirette contro i concorrenti che si trovino a non corrispondere alle caratteristiche loro richieste, sotto specie di requisiti per la partecipazione; il che in definitiva si sostanzia in provvedimenti sanzionatori adottati dall'amministrazione interessata stessa, a presidio del corretto svolgimento della procedura ad evidenza pubblica.

Circa tale oggetto normativo sottoposto al controllo della Corte, va notato – a premessa generale di una valutazione di ragionevolezza o meno dello stesso – come la tipologia di requisiti per la partecipazione cui fa riferimento specifico l'articolo 48 si propone come limitata, mentre la tipologia di sanzioni richiamata dalla medesima disposizione assume un ruolo centrale nell'economia dello svolgimento delle procedure di gara, in quanto alle stesse viene assoggettata la verifica di tutta l'ampia gamma dei requisiti rilevanti. Infatti, alla categoria dei requisiti di ordine generale di cui

invitare (art. 62, comma 1), la prova del possesso dei requisiti viene richiesta a tutti gli invitati.

⁴ "11. Con provvedimento dell'Autorità, i soggetti ai quali è richiesto di fornire gli elementi di cui al comma 9 sono sottoposti alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 25.822 se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti, ovvero alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 51.545 se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri. Le stesse sanzioni si applicano agli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, nonché agli operatori economici che forniscono dati o documenti non veritieri, circa il possesso dei requisiti di qualificazione, alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori a agli organismi di attestazione".

all'articolo 38 del Codice, si contrappongono i requisiti d'ordine speciale, relativi alla capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, solo con riferimento all'accertata mancanza dei quali l'articolo 48 prevede l'irrogazione, direttamente da parte della stazione appaltante, della triplice sanzione della esclusione dalla gara, dell'incameramento della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di Vigilanza, mentre al contrario alle ipotesi di cui all'articolo 38 sembrerebbe accompagnarsi – ai sensi della medesima disposizione – la sola esclusione dalla gara⁵.

Nondimeno, in base ad una più estesa interpretazione sistematica del Codice, l'incameramento della cauzione provvisoria sembra costituire provvedimento sanzionatorio applicabile pure in ipotesi di accertata carenza di requisiti d'ordine generale; tale applicabilità potrebbe infatti essere disposta sulla base dell'articolo 75, comma 6, quale conseguenza sanzionatoria collegabile – in via generale – ad ogni circostanza imputabile all'affidatario che impedisca la sottoscrizione del contratto, esito che in tutta evidenza consegue tanto all'accertata carenza di requisiti speciali, quanto a quella dei requisiti di ordine generale⁶.

Tale interpretazione sistematica sembra peraltro essere imposta dalla circostanza per cui un trattamento diversificato delle due situazioni di carenza di requisiti di partecipazione – altrimenti derivante da una più restrittiva lettura dell'articolo 75 del Codice – determinerebbe una possibile illegittimità costituzionale dell'intero apparato sanzionatorio, considerabile

⁵ Oltre che, per le violazioni più gravi, la segnalazione *ex art.* 38, co. 1 *ter*: “in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia” (comma aggiunto dal Decreto Legge 13 maggio 2011, n. 70).

⁶ Per riferimenti al profilo più civilistico della vicenda qui analizzata, anche *sub specie* di qualificazione come caparra confirmatoria della cauzione provvisoria, cfr. RIZZI EMANUELA, *Cauzione provvisoria negli appalti per l'affidamento di pubbliche forniture*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2007 fasc. 3, pp. 442 ss.; URSINI MASSIMO, *Cauzioni, depositi e garanzie fidejussorie negli appalti pubblici*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 2004 fasc. 3, pp. 163 ss.; COEN LEOPOLDO, *Appalto - cauzione*, in *Studium iuris*, 2001 fasc. 7-8, pp. 959 ss. Sulla funzione tanto indennitaria quanto sanzionatoria dell'istituto, tra l'altro, cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 ottobre 2005 n. 8.

quale non più ragionevole e rispettoso del principio di eguaglianza *ex* articolo 3 Costituzione qualora si procedesse a sanzionare in modo radicalmente diverso situazioni del pari lesive dell'interesse finale alla conclusione di un contratto valido, e potenzialmente connotate dallo stesso disvalore oggettivo e soggettivo⁷. In tal senso quindi, la giurisprudenza sembra riconoscere come la menzione del potere (sanzionatorio) di escussione della cauzione in capo alla stazione appaltante, *ex* articolo 48, abbia carattere "descrittivo" di una potestà sussistente anche nell'ipotesi di accertamento del mancato possesso di requisiti di carattere generale per la partecipazione alla gara⁸.

Va notato in questo senso come tale ricostruzione – che nella sentenza citata si è definita "descrittiva" – del potere sanzionatorio in questione all'articolo 48, in realtà non fonda direttamente sul medesimo articolo l'applicazione dell'escussione della cauzione nelle ipotesi di carenza di requisiti di cui al diverso articolo 38, ma riconduca formalmente all'articolo 75 il medesimo potere; per raggiungere il risultato applicativo descritto pare infatti essenziale seguire questa ricostruzione che a situazioni di natura diversa accompagna sanzioni di natura identica ma fondate su diverse previsioni normative, in quanto le disposizioni sanzionatorie per loro natura si presentano come di stretta interpretazione⁹, così che non sarebbe possibile operare in analogia o con un'interpretazione estensiva, direttamente sulla base di un "combinato disposto" tra articoli 38 e 48, per applicare tutta la gamma sanzionatoria anche alla carenza dei requisiti generali di partecipazione.

Su tale specifico profilo ha peraltro avuto occasione di intervenire pure la Corte costituzionale¹⁰, nella misura in cui lo stesso aspetto della portata

⁷ Nel senso della necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata, esplicitamente T.A.R. Toscana Firenze Sez. I, 26 maggio 2011, n. 936.

⁸ Chiaramente in questo senso, ancora T.A.R. Toscana Firenze 936/2011 cit.: "la menzione del potere, in capo alla stazione appaltante, di escutere la cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 48 D.Lgs. n. 163/2006, ha carattere descrittivo di una potestà sussistente anche nell'ipotesi in cui si accerti il mancato possesso di requisiti generali di partecipazione".

⁹ Così anche l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, punto 1.4. delle Linee guida del 2009.

¹⁰ Corte costituzionale, 17 dicembre 2010, n. 362: "è manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, commi 3, 4 e 5, della L.R. 7 agosto 2007, n. 5 della Regione Sardegna, impugnato, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lett.

dell'articolo 48 si è presentato strumentale alla risoluzione di un problema di definizione dei confini della disciplina approntata dalle Regioni speciali in materia.

In particolare, la Regione aveva esplicitato questa stessa soluzione sostanziale, stabilendo direttamente ed esplicitamente che i soggetti aggiudicatori debbono procedere (anche) all'incameramento della cauzione provvisoria non solo nel caso di carenza di requisiti di ordine speciale, ma pure per l'ipotesi di mancata stipula del contratto con l'aggiudicatario provvisorio a causa dell'accertata insussistenza del possesso dei requisiti generali; la Corte costituzionale aveva in tal senso fatto salvo tale esercizio del potere legislativo primario regionale, proprio in quanto ritenuto meramente esplicitativo di una soluzione ermeneutica desumibile dallo stesso testo del Codice degli appalti pubblici nazionale, e non innovativo dello stesso in termini non pro-concorrenziali¹¹.

Se questo indirizzo trova conferma anche in altre sentenze¹², nondimeno va quindi notato come la giurisprudenza ancora considera illegittimo accompagnare all'esclusione dell'impresa concorrente dalla gara anche l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di

e), Cost. ed all'art. 3, lett. e), della L. Cost. 26 febbraio 1948, n. 3 (Statuto speciale per la Sardegna)".

¹¹ "La premessa interpretativa su cui si fonda il dubbio di costituzionalità è stata, infatti, enunciata in modo assertivo (essa consisterebbe nell'affermazione per cui la possibilità di escutere la cauzione anche per carenza dei requisiti generali avrebbe costituito caso ulteriore rispetto a quelli previsti dagli artt. 48 e 75), senza chiarire le ragioni che dovrebbero giustificarla. In particolare, il rimettente ha mancato di esplicitare le ragioni dell'opzione ermeneutica accolta per ritenere sussistente il denunciato contrasto tra la censurata disciplina e quella prevista dal Codice dei contratti pubblici, pur in presenza di un contrastante orientamento della giurisprudenza amministrativa. In proposito, il Consiglio di Stato ha riconosciuto che la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria, in caso di difetto dei requisiti generali, discende direttamente dall'art. 75, comma 6, del D.Lgs. n. 163 del 2006 (dovendosi intendere per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, ivi compreso il difetto dei requisiti generali) e che la segnalazione all'Autorità va fatta nel caso di riscontrato difetto sia dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione sia dei requisiti di ordine generale". Sulla competenza primaria delle Regioni speciali in materia, in generale, cfr. Corte costituzionale, sentenza 12 febbraio 2010, n. 45.

¹² Particolarmente chiare in questo senso, Consiglio Stato sez. VI, sentenza n. 4907 del 4 agosto 2009; Consiglio Stato sez. VI, sentenza n. 4905 del 4 agosto 2009; T.A.R. Lazio Roma Sez. III, 26 ottobre 2009, n. 10429; T.A.R. Toscana Firenze Sez. I, sentenza n. 606 del 6 aprile 2011.

Vigilanza, se sanzioni riconducibili alla carenza dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 e non di quelli specifici, intendendo le misure sanzionatorie di cui all'articolo 48 tassativamente applicabili alle ipotesi di mancanza di quest'ultimo ordine di requisiti e non estensibili al di fuori della portata dell'articolo 75, che postula una mancata conclusione del contratto non sempre riscontrabile¹³.

Se tale problematica dei requisiti la cui carenza è connessa al triplice ordine di possibili sanzioni cui si è fatto riferimento, e qui esposta ad introduzione dell'oggetto del giudizio, costituisce un primo punto di interesse per valutare la collocazione sistematica della disciplina dell'articolo 48, preliminare al valutare la legittimità costituzionale di un'interpretazione che eventualmente si ponga come ingiustificatamente restrittiva delle possibilità di escutere la cauzione provvisoria, l'ordinanza annotata si concentra invece sulla ragionevolezza della sistematica interna alla stessa disposizione, valutando fundamentalmente quanto spazio di discrezionalità debba o possa essere lasciato alla stazione appaltante nello scegliere se incamerare o meno la medesima cauzione.

1.2. La tipologia delle sanzioni amministrative previste e le conseguenze della loro diversa natura. In merito quindi ai tipi di sanzioni e alla loro diversa natura, va ribadito come i provvedimenti di cui all'articolo 48 si articolano in un triplice ordine di sanzioni, e più in particolare nell'esclusione dalla gara, nella segnalazione all'Autorità di Vigilanza e nell'incameramento della cauzione provvisoria.

In generale, tra tali diversi profili sanzionatori previsti nel Codice degli appalti pubblici sussiste una stretta connessione logica, di modo che – ove tutti ricorrenti – essi vengono a costituire un'unica fattispecie sanzionatoria

¹³ T.A.R. Sicilia Palermo Sez. III, 19 gennaio 2010, n. 556; T.A.R. Emilia-Romagna Bologna Sez. I, 10 dicembre 2010, n. 8108 (FERRARI GIULIA, *Escussione della cauzione provvisoria per mancato possesso dei requisiti di ordine speciale*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 3, pp. 281 ss.); T.A.R. Sicilia Palermo Sez. III, 25 giugno 2010, n. 7984 (FERRARI GIULIA, *Escussione della cauzione provvisoria*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 9, pp. 968 ss.); T.A.R. Piemonte Sez. I, 21 dicembre 2009, n. 3699; T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 21 dicembre 2009, n. 3709; T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 15 febbraio 2010, n. 957; Cons. Stato Sez. V, 8 settembre 2010, n. 6519 (CARBONE LUIGI – CAPPELLETTI MONICA, *Gara per il servizio di trasporto pubblico e incameramento della cauzione provvisoria*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 11, pp. 1208 ss.).

complessa, nell'ambito della quale si realizza progressivamente il presidio dell'interesse alla corretto andamento delle operazioni di gara; in tal senso il provvedimento di esclusione del concorrente dalla gara per mancanza dei requisiti di partecipazione rappresenta un primo gradino, strettamente funzionale al buon andamento della singola gara in corso, e presupposto logico necessario per poter procedere all'escussione della cauzione provvisoria e alla successiva segnalazione del fatto all'Autorità per di Vigilanza, che sono specificazioni ulteriori dirette – con funzione generale e speciale preventiva – a garantire anch'esse la regolarità delle procedure, come sistema più ampio che trascende dal singolo caso.

Ne consegue, a contrario, che è da considerare illegittima la sanzione accessoria dell'annotazione nel casellario informatico di un'impresa o il provvedimento di esclusione della cauzione – in quanto azioni dirette, nella loro funzione preventiva, a tutelare un bene più “astratto” rispetto alla regolarità della gara in corso – quando tali determinazioni non siano precedute in concreto da un provvedimento di esclusione del destinatario da un affidamento¹⁴.

Ferma rimanendo tale connessione logica, all'interno di un rapporto di presupposizione delle diverse sanzioni nell'ambito di una fattispecie sanzionatoria articolata, va tuttavia tenuto conto di come i tre ordini di provvedimenti sanzionatori abbiano diversa natura e, quindi, di come possano presentare conseguenze, rilevanza e requisiti differenziati.

In particolare, l'esclusione da una gara pubblica e l'escussione della cauzione provvisoria o la segnalazione all'Autorità di Vigilanza – pregiudicando con la propria azione interessi differenti – realizzano esigenze non omogenee; la prima, come visto, ha una ricaduta immediata sulla corretta realizzazione della procedura *in itinere*, mentre gli altri provvedimenti svolgono funzioni essenzialmente preventive incidendo sulla sfera di interesse e sui beni del concorrente “inadempiente” o “non idoneo” (nel caso di cui all'articolo 48), con funzione di conferire efficacia dissuasiva ai precetti restrittivi dell'accesso alle procedure ad evidenza pubblica (qui, *sub specie* di requisiti di carattere speciale). In questo senso,

¹⁴ T.A.R. Lazio Roma Sez. III Sent., 1 aprile 2008, n. 2773 (PANI MATTIA, *Procedura di gara e annotazione nel casellario informatico per la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti dichiarati*, in *Dir. Internet*, 2008, 4, pp. 375 ss.).

data la diversità di natura e di scopi, è possibile ad esempio che un concorrente sia leso solo dall'escussione della cauzione e non anche dall'esclusione dalla gara, solo la prima e non la seconda ponendosi come illegittima; potendo quindi lo stesso concorrente essere talora individuato, sotto il profilo dell'interesse a ricorrere ed a conferma di questa ricostruzione, come abilitato a contestare anche questa sola determinazione di carattere patrimoniale, conseguente all'omessa attestazione – ove richiesta *ex* articolo 48 – dei requisiti di partecipazione¹⁵.

Connesso alla natura differenziata delle sanzioni citate è anche considerabile un diverso rilievo da attribuire all'elemento soggettivo; se da un lato l'incameramento della cauzione provvisoria ha chiara natura sanzionatoria di condotte disincentivate, e presuppone quindi un elemento di colpevolezza, l'esclusione *tout court*, che si pone a tutela dell'interesse pubblico "attuale" rispetto alla singola procedura concorsuale, sembra poter perciò prescindere da qualunque profilo soggettivo di imputabilità¹⁶. In tal senso è chiaramente orientata la soluzione giurisprudenziale per la quale, qualora un'impresa dichiari di possedere requisiti che successivamente risultino invece carenti ma tuttavia a quella dichiarazione la stessa impresa sia stata indotta da un errore interpretativo in ordine alla portata delle disposizioni della *lex specialis*, solo l'esclusione dalla gara si presenta come soluzione legittima, non potendo invece essere emanato un provvedimento per l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto espulsivo all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, che presuppongono un disvalore nell'azione di carattere volontario e quindi – appunto mediante sanzione – disincentivabile¹⁷.

In parte connesso a tale riflessione, sempre in tema di natura delle violazioni relative ai requisiti dichiarati e relative sanzioni, rimane poi sì fermo il fatto che nell'ipotesi in cui l'impresa non fornisca la prova dei requisiti richiesti dall'amministrazione, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono – *ex* articolo 48 – non soltanto all'esclusione dalla gara, ma anche all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del

¹⁵ T.A.R. Lazio Roma Sez. II quater, 15 febbraio 2011, n. 1399.

¹⁶ L'assenza di un elemento di rimproverabilità soggettiva rende infatti evidente l'inutilità, in funzione preventiva, dell'introduzione di sanzioni ulteriori a carattere punitivo.

¹⁷ T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 8 giugno 2010, n. 2721.

fatto all’Autorità, ma l’interpretazione logica di tale dato letterale sembra essersi orientata nel senso che per comminare tale duplice sanzione non si debba comunque trattare di una violazione a carattere “lieve”, o puramente “formale”, dovendosi tenere conto anche della buona fede dell’impresa, valutata (anche) a partire dalla natura dell’inadempimento e dagli effetti di tale inadempimento sul corretto svolgimento della procedura di gara¹⁸.

Inoltre, per quanto ancora attiene ad un ulteriore profilo di differenziazione legato alla natura delle tre sanzioni citate, va notato come in merito alle conseguenze dell’esito negativo dei controlli dei requisiti tecnico-economici di partecipazione di cui all’articolo 48 si devono distinguere due fasi fondamentali. Da un lato, in un primo momento, la competenza di accertamento e sanzionatoria si pone in capo della Stazione appaltante stessa che – richiesta la documentazione comprovante il possesso dei requisiti, e nel caso dello spirare del termine utile per la produzione senza che l’impresa abbia fornito la documentazione richiesta – provvederà direttamente alla definizione delle conseguenze necessitate di tale situazione, ovvero all’esclusione dalla gara, all’incameramento della cauzione provvisoria e alla segnalazione all’Autorità di Vigilanza per i conseguenti provvedimenti; a tale ultimo riguardo, quindi, si apre una seconda fase, di competenza dell’Autorità di Vigilanza, nella quale la stessa provvede a valutare la sussistenza o meno di (eventuali) giustificati motivi del comportamento dell’impresa nonché il sostanziale possesso, o meno, dei requisiti di partecipazione stessi. In tal modo diviene possibile che la prova del possesso dei requisiti di partecipazione sia tardivamente ma positivamente fornita e, sebbene le vicende di gara restino sfavorevolmente definite (in quanto sanzionanti la condotta omissiva e “non collaborativa” dell’impresa), nondimeno la stessa concorrente ritardataria non sarà assoggettabile a sanzione ulteriore, non avendo fornito di fatto in sede di richiesta di partecipazione alla gara una falsa dichiarazione che richieda l’irrogazione di sanzioni con funzione general o special preventiva¹⁹.

¹⁸ T.A.R. Calabria Catanzaro Sez. II, 11 maggio 2010, n. 717 (DIDONNA MICHELE, *Calabria – Contratti pubblici*, in *Corriere Merito*, 2010, 7, pp. 764 ss.)

¹⁹ Sulla distinzione della fase sanzionatoria affidata alla stazione appaltante e di quella di competenza dell’Autorità di Vigilanza, e relativa diversa natura e scopo delle relative attività, cfr. in particolare T.A.R. Lazio Roma Sez. III, 20 aprile 2009, n. 3976.

Peraltro, ulteriormente connesso alla rilevanza dell'elemento psicologico e alla natura delle conseguenze sanzionatorie della mancata produzione dei supporti probanti il possesso dei requisiti di partecipazione, un altro tratto sintomatico delle differenze in materia è dato proprio dalla tipologia delle prove fornibili, da cui emergono i profili di responsabilità a carattere parzialmente oggettivo insiti nella fattispecie in esame.

In questo senso è stato ad esempio osservato come nel diritto pubblico rilevino eminentemente i rapporti giuridici definiti e tipici e non le situazioni di mero fatto, ancorché rivenienti fondamento in accordi vincolanti fra privati, i quali ben possono regolare i loro reciproci rapporti anche con modalità atipiche e flessibili, che però sono inibite alle pubbliche amministrazioni; pertanto, è stato ritenuto corretto sul piano sostanziale l'operare di un'amministrazione che ha considerato "non veritiere" le dichiarazioni rese in sede di gara circa la disponibilità (rilevatasi di mero fatto) di dati beni strumentali, per assenza di un valido titolo giuridico²⁰, ed inoltre è stato ritenuto di conseguenza legittimo l'incameramento della cauzione provvisoria, in quanto tale sanzione si applica per l'ipotesi di dichiarazioni (anche) appunto non veritiere, profilandosi come garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche a prescindere dallo stato di fatto che possa essere stato ritenuto – a livello psicologico – alla base della dichiarazione così non volontariamente mendace ma comunque non corrispondente a ciò che assume oggettivamente rilievo per la stazione appaltante²¹.

Sempre in materia di tipologia di prove del possesso dei titoli di partecipazione, l'esclusione da una gara pubblica ai sensi dell'articolo 48 può essere legittimamente comminata anche per produzione della

²⁰ Non veritiere quindi non perché non corrispondenti alla realtà di fatto, che vedeva una disponibilità dei mezzi legata ad accordi atipici, ma perché non rispondenti alla realtà giuridicamente apprezzabile, come riconoscibile e qualificabile dall'amministrazione; il concetto di veridicità è pertanto qui relativo e connesso a ciò che può assumere rilievo per la stazione appaltante.

²¹ Per un caso particolarmente significativo in questo senso, Cons. Stato Sez. V, 9 novembre 2010, n. 7963, nel quale, essendo scaduto il contratto di *leasing* in capo alla sua dante causa (cessionaria del ramo d'azienda), pur rimanendo "di fatto" la piena disponibilità dei beni necessari per ottemperare ai requisiti richiesti, la non rilevanza formale di tale circostanza è stata considerata "più che sufficiente" per non approvare l'aggiudicazione.

documentazione in fotocopia, che ancora una volta – per la sua oggettiva inidoneità ed a prescindere dallo stato di affidamento del partecipante – determina l’escussione della cauzione senza che rilevi lo stato psicologico del concorrente²².

Infine, quale ultimo profilo procedurale da cui si possono trarre tratti di “oggettività” della responsabilità sanzionata dall’articolo 48, può essere richiamato il termine di 10 giorni previsto per la produzione dei documenti nel caso di verifica a campione; termine che va ritenuto perentorio in quanto, se fosse possibile presentare la documentazione richiesta oltre il detto limite temporale finale, l’amministrazione sarebbe costretta a mantenere attive *sine die* le strutture di gara, per l’esame della necessaria documentazione, con l’impossibilità di chiudere definitivamente l’attività di verifica e riscontro dei requisiti, in quanto rilevante non solo per l’aggiudicazione – che procede regolarmente con l’esclusione del concorrente – ma anche per la valutazione di soggettiva meritevolezza dei provvedimenti sanzionatori ulteriori²³.

Da questa sommaria esposizione di alcuni dei profili problematici del potere sanzionatorio di cui all’articolo 48 potrebbe quindi emergere una dimensione efficientistica ed oggettiva del potere sanzionatorio in questione, che si porrebbe come necessaria per il buon andamento della procedura di gara, il che si presenta come particolarmente rilevante anche per i profili di automaticità sanzionatoria oggetto specifico di valutazione nell’ordinanza annotata.

2. La decisione della Corte costituzionale in materia di incameramento della cauzione provvisoria ex articolo 48 Codice degli appalti.

2.1. La fattispecie. La questione centrale affrontata dalla Corte costituzionale nell’ordinanza 13 luglio 2011, n. 211, è infatti principalmente

²² T.A.R. Lazio Roma Sez. II, 9 dicembre 2008, n. 11131 (FERRARI GIULIA, *Escussione della cauzione per allegazione documentazione in fotocopia*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2009, 2, pp. 184 ss.).

²³ T.A.R. Friuli-Venezia Giulia Trieste Sez. I Sent., 8 novembre 2007, n. 720 (PONTE DAVIDE, *Verifica a campione: natura del termine e conseguenze*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 4, pp. 489 ss.).

costituita dalla valutazione circa la legittimità o meno degli automatismi sanzionatori, *sub specie* di loro ragionevolezza in riferimento agli scopi, e di funzionalità o meno al buon andamento dell'amministrazione rispetto – invece – all'interesse alla protezione avverso interventi sproporzionati della sfera giuridica del sanzionato²⁴.

Nel caso di specie, tale questione, in riferimento alla disposizione di cui all'articolo 48, è stata promossa dal TAR Veneto²⁵ in un procedimento vertente sulla contestazione dell'esclusione operata dalla stazione appaltante, un'Azienda unità locale socio sanitaria, a danno di una società per azioni privata operante nel settore delle costruzioni. In particolare, l'Azienda U.L.S.S. aveva indetto una gara avente ad oggetto l'affidamento di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori per un lotto ospedaliero cui aveva concorso la parte privata ricorrente la quale, sorteggiata – *ex* articolo 48, comma 1 – per la verifica dei requisiti dichiarati nella domanda di partecipazione, produceva documentazione di supporto che la Commissione di gara giudicava inidonea, con conseguente esclusione dalle operazioni di selezione ed apertura della procedura di escussione della cauzione provvisoria prestata²⁶.

Tale provvedimento veniva quindi impugnato, chiedendone tanto l'annullamento quanto, in via cautelare, la sospensione²⁷. Tra i diversi motivi di censura formulati, ad avviso del TAR ha assunto particolare peso il fatto che l'articolo 48, comma 1, contemplerebbe in via automatica l'incameramento della cauzione provvisoria da parte delle stazioni appaltanti qualora l'offerente non dimostri di possedere i requisiti dallo stesso precedentemente indicati, con ciò ponendosi un simile schema

²⁴ Sul tema delle sanzioni amministrative in generale, anche per un'analisi dell'evoluzione dei concetti fondamentali sottesi a questo settore del diritto pubblico, TRAVI ALDO, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 1983.

²⁵ 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.

²⁶ Con verbale della stazione appaltante del 29 luglio 2010, n. 3; 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.

²⁷ In particolare il TAR 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".

astratto in una condizione di possibile violazione degli articoli 3 e 97 della Costituzione.

Nel caso di specie si ha quindi una fattispecie di richiesta della documentazione di supporto prima dell'esperimento della gara, con produzione della stessa affetta da vizi, omissioni o lacunosità; si tratta così della verifica *in itinere* dei requisiti di ordine speciale espressamente previsti dall'articolo 48, e del formale vizio nella tempestiva dimostrazione degli stessi, a prescindere dalla loro effettiva sussistenza o meno. Non si sanziona in tal modo un'accertata carenza, ma l'inadempimento di un onere procedurale di allegazione e, quindi, un mancato contributo "collaborativo" all'istruttoria. Certo anche in ciò vi sarebbe un elemento valutativo, nella misura in cui la documentazione – se non del tutto omessa – è fatta oggetto di un apprezzamento circa la sua relativa sufficienza od insufficienza, con un giudizio di valore contenente quindi una parte di discrezionalità e non totalmente vincolato (come sarebbe la verifica del "se" la stessa documentazione – quale che fosse – sia stata prodotta o meno); l'idoneità di questo profilo di discrezionalità residuo ad escludere la possibilità di una scelta legislativa per l'irrogazione vincolata della sanzione amministrativa sarebbe tuttavia da valutare, alla luce del bilanciamento con le esigenze specifiche del buon andamento delle procedure ad evidenza pubblica.

2.2. *I principi di diritto affermati.* Nello specifico, quindi, il tema generale cui la decisione in oggetto offre un ulteriore contributo è quello degli automatismi sanzionatori, rispetto al quale la Consulta ha già in passato avuto occasione di affermare la possibile illegittimità costituzionale delle disposizioni che prevedono l'irrogazione di diritto di una sanzione a carattere amministrativo, ad esempio destitutiva²⁸; il Giudice costituzionale, nell'affrontare le problematiche relative all'individuazione della giusta estensione della misura afflittiva conseguente all'infrazione di un dato precetto, che costituisce un problema di definizione dell'esercizio del potere

²⁸ SANDULLI ALDO, *L'illegittimità costituzionale della sanzione disciplinare "automatica"*, (Osservazione a C. Cost. 21 gennaio 1999, n. 2), in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, fasc. 1 pp. 17 ss.; la Consulta, con la sentenza di cui al detto commento, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 38 d.p.r. 1068/1953 (Ordinamento della professione di ragioniere e perito commerciale) nella parte in cui prevede la radiazione di diritto dall'albo dei ragionieri e periti commerciali che abbiano riportato condanna penale per i reati indicati nel comma 2 dello stesso articolo.

pubblico (in questo caso di carattere repressivo-sanzionatorio)²⁹ in conformità a principi o clausole generali quali – nell’ipotesi in questione – fondamentalmente il principio di proporzionalità, si dimostra peraltro tendenzialmente deferente verso gli equilibri individuati nel bilanciamento tra esigenze repressive ed esigenze di protezione della sfera giuridica dei sanzionati avverso quantificazioni irragionevoli dell’intervento punitivo³⁰. Ciò in ragione dell’esercizio in sede legislativa di una discrezionalità essenzialmente politica, con predisposizione di meccanismi astratti che, valutabili solo *ex ante*, fanno sì che quel bilanciamento che si può declinare nella graduazione della proporzionalità in idoneità (*Geeignetheit*), necessarietà (*Erforderlichkeit*) e adeguatezza (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*), si sostanzia in questi casi essenzialmente come bilanciamento che guarda alla legittimità-adequatezza, senza potersi spingere ai confini del “merito” nemmeno in termini di valutazioni di “effettività”, che sole avrebbero un qualche rilievo in materia di sindacato sulla quantificazione dell’intervento sanzionatorio³¹.

Se ciò è vero in generale, proprio però nel “caso limite” degli automatismi legislativamente posti in materia di sanzioni amministrative si riscontrano ipotesi nelle quali la funzione di controllo della Corte costituzionale si è spinta a giudicare la legittimità sotto specie di specifica opportunità della mancata delega del bilanciamento (in concreto) all’autorità amministrativa; ovvero, si è ritenuto che l’escludere in via aprioristica la valutazione del caso concreto (sottraendo la decisione all’esecutivo) sia lesivo della legittimità stessa della scelta, sul piano qualitativo e non solo quantitativo, ciò in quanto la presenza di un momento di bilanciamento degli interessi

²⁹ Sul potere sanzionatorio dell’amministrazione in generale, testi classici cui fare riferimento sono ZANOBINI GUIDO, *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca editori, Torino, 1924 e TESAURO ALFONSO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925.

³⁰ In generale, sul tema della proporzionalità, cfr. in particolare SANDULLI ALDO, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, CEDAM, Padova, 1998, e GALETTA DIANA-URANIA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998.

³¹ Sul tema della proporzionalità, applicato anche al settore delle sanzioni amministrative, SPAGNUOLO FRANCESCA, *Il principio di proporzionalità tra vecchi e nuovi schemi interpretativi*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2008, fasc. 3-4, pp. 1002 ss. Segnala i punti di contatto con il sindacato di merito nella struttura del controllo “a tre gradini”, GALETTA DIANA-URANIA, *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1994, fasc. 1, in particolare p. 148 e conclusioni.

“concreto”, successivo a quello astratto svolto dal legislatore, sarebbe essenziale in funzione del ragionevole e buon funzionamento del procedimento amministrativo sanzionatorio stesso, quale valore costituzionalmente protetto. Proprio tale profilo di legittimità – in definitiva riconducibile ad un’applicazione sinergica tanto del principio di proporzionalità quanto del buon andamento, ricostruiti a partire dagli articoli 3 e 97 delle Costituzioni, e che fonderebbero un generale principio di graduazione delle sanzioni³² – può essere quindi individuato come il fondamento delle censure prospettate nel caso di specie.

Il TAR rimettente osservava infatti come l’articolo 48 violerebbe in primo luogo i parametri costituzionali citati – in forma di principio di eguaglianza, imparzialità e buon andamento dell’amministrazione – anche (e preliminarmente ad ogni valutazione di proporzionalità) in ragione del fatto che mentre l’Autorità di Vigilanza irroga le sanzioni di propria competenza graduandole³³, a seconda che la violazione contestata consista, da una parte, nel rifiuto o nell’omissione – senza giustificato motivo – di informazioni o esibizione di documenti, ovvero, d’altra parte, nella fornitura di informazioni o documenti non veritieri (distinguendo quindi le due situazioni come dotate di differente disvalore), al contrario la stazione appaltante incamera la cauzione provvisoria senza che rilevi la riconducibilità della condotta dell’offerente ad un difetto di informazione o di esibizione di documenti piuttosto che alla più grave presentazione di informazioni errate o di documenti non veritieri; non solo ciò si porrebbe quindi come sproporzionato, in quanto non graduabile, ma determinerebbe

³² Sul principio di graduazione delle sanzioni amministrative è interessante anche valutare la sua rilevanza in punto di spazi di sindacato giurisdizionale dell’azione della pubblica amministrazione; sulla ripercorribilità dell’iter logico-decisorio dell’amministrazione specificamente in tema di sanzioni, ad esempio: T.A.R. Lazio Roma Sez. I ter, 4 luglio 2006, n. 5378, “se è vero che il potere discrezionale delle P.A. è assai ampio nell’apprezzare le varie ipotesi disciplinari e al giudice amministrativo non è consentito di ripercorrere l’intera formazione del provvedimento sanzionatorio ivi compresa soprattutto la valutazione degli illeciti una volta ricostruiti nella loro realtà. Tuttavia, il principio di proporzionalità delle sanzioni non è del tutto insindacabile e la graduazione delle sanzioni in proporzione agli addebiti deve essere ritenuta emanazione di principi di cui all’art. 97 della Costituzione”.

³³ Il riferimento è ancora al già citato articolo 6, comma 11, del Codice degli appalti.

pure uno stato di ineguaglianza rispetto ad altra situazione analoga e confrontabile quale *tertium comparationis*³⁴.

Fermo quindi il maggior disvalore della seconda condotta (presentazione di informazioni errate o di documenti non veritieri), il disposto dell'articolo 48 farebbe sì che, nei casi in cui la sanzione è comminata dalla stazione appaltante, di tale circostanza più grave (o, guardando al contrario, della diversa situazione di minor disvalore) non sarebbe possibile tenere conto.

Perciò l'articolo 48 comporterebbe, anzitutto, l'impossibilità di graduazione dell'entità della sanzione da parte della stazione appaltante che esercita la funzione sanzionatoria, dovendo la stessa trattare situazioni ontologicamente dissimili tutte secondo un'unica modalità punitiva, consistente nell'incameramento della cauzione, mentre al contrario all'Autorità di Vigilanza tale possibilità di graduazione sarebbe data, potendola esercitare – tra l'altro per punire situazioni in parte analoghe – con una soluzione maggiormente rispettosa dei principi generali di ragionevolezza e proporzionalità³⁵.

³⁴ Sul parametro di giudizio costituito dal principio di eguaglianza (dal quale anche le connessioni con il tema più generale della ragionevolezza, e da quest'ultimo alla connessa proporzionalità come elemento centrale nella valutazione di legittimità dei meccanismi sanzionatori), cfr. tra i numerosi possibili riferimenti ad esempio PALADIN LIVIO, *Eguaglianza (dir. Cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Giuffrè, Milano, pp. 519 ss. Le interconnessioni tra tale triplice ordine di principi (eguaglianza – ragionevolezza – proporzionalità) rappresentano un profilo centrale per tutta la tematica analizzata; sul rapporto esistente tra ragionevolezza e proporzionalità, si riscontra in dottrina un dibattito circa la (almeno parziale) coincidenza dei due principi. In questo senso, tra i vari contributi che sostengono la stretta connessione VIPIANA PIERA MARIA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1993; SCACCIA GINO, *Gli strumenti della ragionevolezza nel diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000; RUGGERI ANTONIO, *Ragionevolezza e valori attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Diritto e società*, 2001, fasc. 4, pp. 567 ss.; mentre sottolinea la divisione dei due parametri LOMBARDO GIUSEPPE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, fasc. 4, pp. 421 ss.

³⁵ Connettendolo a ciò, il TAR rimettente afferma anche che l'articolo 48 «nella presente e ben nota 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». Tale ulteriore punto è però qualificabile quale censura di mera opportunità, non ammissibile in quanto priva di sostanza in termini di legittimità.

Entrando maggiormente nel merito, le censure riferite all'art. 3 Costituzione sono considerate tuttavia dalla Corte manifestamente infondate.

In particolare, con riguardo al giudizio sulla ragionevolezza, si ricorda come lo stesso consista in «un apprezzamento di conformità tra la regola introdotta e la “causa” normativa che la deve assistere»³⁶, in una valutazione del mezzo rispetto al fine che per la materia qui analizzata si propone principalmente come valutazione di coerenza tra effetto repressivo della sanzione e “non eccessivo”³⁷ pregiudizio del bene giuridico (pure protetto) posto in capo al sanzionato, in forma di tutela da irragionevoli afflizioni della sua sfera patrimoniale.

La censura avanzata su questa particolare accezione di ragionevolezza si rivela quindi non fondata, in primo luogo in quanto l'incameramento della cauzione provvisoria previsto dal citato articolo 48, comma 1, quale automatica conseguenza del provvedimento di esclusione, sarebbe coerente con la circostanza che esso «si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche»³⁸; ciò significherebbe in particolare che tale regola – la quale, nello specifico, tramite l'automatismo della sanzione garantisce maggiore snellezza ed oggettività alla procedura – nella sua funzionalizzazione alla garanzia di serietà ed affidabilità dell'offerta, per mezzo di una diretta persecuzione delle violazioni dell'obbligo di diligenza gravante sugli offerenti che – semplificando – è individuato negli obblighi di produzione, è legittimata da un bilanciamento dei beni tutelati a mezzo del gradualismo sanzionatorio con quelli – qui prevalenti – del buon andamento delle procedure di gara. Quella di sanzionare con l'incameramento della cauzione le fattispecie di cui all'articolo 48 costituirebbe quindi una scelta non irragionevole del legislatore, in quanto supportata da una *ratio* semplificatrice coerente con gli scopi della procedura concorsuale e non sproporzionalmente coartante l'interesse contrario del sanzionato, che in quanto tale realizza un uso costituzionalmente corretto della discrezionalità legislativa nella misura in cui l'unicità e non graduabilità del trattamento sanzionatorio è diretta a

³⁶ Corte costituzionale, sentenza 20 giugno 2007, n. 245.

³⁷ Ovvero proporzionato, *sub specie* di idoneità (*Geeignetheit*), necessarietà (*Erforderlichkeit*) e adeguatezza (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*).

³⁸ Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2010, n. 7963.

reprimere comportamenti connotati da un disvalore tendenzialmente omogeneo e non discrezionalmente valutabile³⁹.

In questo senso, si specifica in secondo luogo come l'incameramento della cauzione provvisoria quale trattamento sanzionatorio autonomo *ex* articolo 48 abbia finalità diversa rispetto ai provvedimenti dell'Autorità di Vigilanza, che sono diretti a garantire la presenza nel settore dei contratti pubblici di soggetti rispettosi delle regole e che, pertanto, sanzionano la condotta dell'offerente per finalità ulteriori e diverse rispetto a quelle cui è preordinato l'incameramento della cauzione provvisoria ad opera della stazione appaltante, così che il carattere diretto ed automatico della prima tipologia di escussione (a differenza della seconda) non costituisce un irragionevole trattamento diversificato di situazioni analoghe. La finalità di preservare la correttezza della singola procedura e l'idoneità dei partecipanti, sanzionati per la sola formale omissione di "collaborare" producendo la documentazione di supporto, ha infatti finalità diversa (e più direttamente legata al concetto di buon andamento) rispetto agli interventi sanzionatori dell'Autorità, che si incentrerebbero principalmente sull'obiettivo della protezione del mercato e dell'interesse dell'amministrazione in generale, più che della stazione appaltante.

Sul buon andamento, si è quindi affermato che anche le censure riferite all'art. 97 della Costituzione sono manifestamente infondate, poiché il citato art. 48, comma 1, è appunto 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" così che, quindi, la norma si presenta proprio come strumentale rispetto all'esigenza (prevalente nel bilanciamento degli interessi) di garantire imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

La Corte costituzionale in questo caso affronta quindi la legittimità del meccanismo sanzionatorio con un giudizio permissivo dell'applicazione di automatismi che l'impiego del parametro di proporzionalità, invece, ha

³⁹ Sul punto peraltro, come si era osservato, oltre che della mancata allegazione di documenti ed informazioni si deve in realtà tenere conto anche della fattispecie di insufficienza od inidoneità delle produzioni *ex* art 48, rispetto alla quale sussisterebbe un (potenziale) spazio di valutazione discrezionale per la stazione appaltante.

spesso portato ad escludere, specie nell'ambito delle sanzioni disciplinari connesse al settore del pubblico impiego; ciò in quanto in riferimento alle specifiche esigenze del settore delle gare pubbliche, nel bilanciamento con altri beni (quale può essere nel caso di specie appunto il buon andamento della procedura ad evidenza pubblica), l'irrigidimento del rapporto tra illecito e sanzione non determinerebbe – in potenza – un vizio di non necessarietà e (soprattutto) inadeguatezza della misura⁴⁰.

Per valutare questa opzione, va considerato come l'articolo 48 configuri una tipologia di responsabilità nella quale la considerazione per l'elemento soggettivo si presenta quale tendenzialmente recessiva, introducendo quindi un fattore che assieme alle particolari esigenze di celerità e buon andamento delle procedure concorsuali determina la legittimità del detto automatismo nell'incameramento della cauzione. Questione ulteriore, in riferimento a quanto citato nelle note introduttive, è come tale automatismo si possa eventualmente coordinare con l'estensione dell'applicabilità della gamma delle tre sanzioni impiegate anche oltre i confini dell'articolo 48, nel sistema generale del Codice degli appalti, alla carenza di requisiti di ordine generale; in particolare considerando se ciò possa determinare una disequaglianza ulteriore e non valutata in questa sede, nella misura in cui *ex* articolo 75 sarà sanzionabile con la stessa escussione della cauzione provvisoria anche tale diversa carenza, ma non in modo automatico⁴¹.

⁴⁰ Cfr. tra l'altro FORTUNATO ANNA, *A proposito della sospensione obbligatoria del pubblico dipendente a seguito di condanna penale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1996 fasc. 7, pt. 1, pp. 357 ss. (Nota a C. Cost. 16 maggio 1994, n. 184); IANNOTTA RAFFAELE, *Osservazione a C. Cost. 27 aprile 1993*, n. 197, in *Il Foro amministrativo*, 1994 fasc. 4, pp. 768 ss. Per un caso di legittimità di sanzioni amministrative automatiche, ALFANO ROCCO, *Un'altra occasione perduta per la piena applicazione del principio della gradualità sanzionatoria*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995 fasc. 12, pt. 1, pp. 619 ss. (Nota a C. Cost. 30 maggio 1995, n. 203): La sentenza annotata dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 comma 5 d.p.r. 3/1957, nella parte in cui esclude automaticamente dall'accesso al pubblico impiego i soggetti privati dell'elettorato attivo a seguito della dichiarazione di fallimento; con ciò, la Corte non avrebbe quindi compiuto il passo decisivo del suo *iter* giurisprudenziale nella direzione della piena applicazione del principio di gradualità sanzionatoria (quale principio che implicherebbe un'esigenza ineludibile, propria dell'ordinamento costituzionale, di eliminazione di ogni sistema sanzionatorio rigido, costituito da misure punitive senza alcuna valutazione in concreto del fatto rispetto al quale la sanzione deve essere irrogata).

⁴¹ T.A.R. Lazio Roma Sez. III, 26 ottobre 2009, n. 10429: "La possibilità di incamerare la cauzione provvisoria in caso di mancato possesso dei requisiti da parte dell'impresa partecipante discende direttamente dall'art. 75, comma 6, D.Lgs. n. 163/2006 e riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario; per fatto

Anche su questo punto, tuttavia, la risposta pare essere insita nelle premesse già svolte circa la diversità ontologica dei presupposti di tali interventi sanzionatori, pur identici nel loro contenuto; se infatti da un lato si hanno violazioni in un certo senso meramente formali, consistenti nell'omissione (totale o relativa) di produzione di documenti o di informazioni (o nella loro produzione in forma non veritiera), e se in questo caso l'assenza – di norma – di una discrezionalità nell'apprezzamento delle stesse contribuisce a legittimare l'automatismo sanzionatorio, d'altra parte ipotesi del tutto diversa (anche sotto questo profilo) è quella della valutazione del possesso in concreto dei requisiti sulla base della documentazione prodotta; ipotesi nella quale la carenza di requisiti del partecipante – anche di ordine generale – va valutata con spazi di discrezionalità maggiori, che ovviamente non presuppongono un'escussione automatica della cauzione.

D'altra parte, anche all'interno dello schema del solo articolo 48, la soluzione dell'automatico incameramento come visto è stata considerata proporzionale e ragionevole nonostante accomuni la non produzione e la produzione mendace delle informazioni e della documentazione probante i requisiti di ordine speciale; ciò proprio per il fatto che questa *ex* articolo 48 si pone come una sanzione che ha natura procedimentale, la quale colpisce prima di tutto la “non collaborazione” del concorrente⁴², e ha quindi natura diversa rispetto ad altre sanzioni. Natura sanzionatoria che sarebbe allora diversa non solo rispetto a quella dell'escussione della cauzione (identica quindi nell'oggetto) di cui all'articolo 75, comma 6, ma, *in primis*, dai provvedimenti dell'Autorità di Vigilanza richiamati nel caso di specie, i

dell'affidatario deve intendersi qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui all'art 38 del D.Lgs. n. 163/2006”.

T.A.R. Puglia Bari Sez. I Sent., 28 maggio 2008, n. 1287: “La cauzione di cui all'art. 30 della L. 11 febbraio 1994, n. 109 e quindi dall'art. 75 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 assolve da un lato, una funzione indennitaria per il caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, dall'altro una funzione più strettamente sanzionatoria in caso di altri inadempimenti procedurali del concorrente (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 ottobre 2005 n. 8)”.

⁴² In questo senso la stessa Corte costituzionale ha ricordato come l'“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)”.

quali mirano a garantire che nel settore operino soggetti rispettosi delle regole che lo disciplinano e, pertanto, 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 (tendenziale) incomparabilità delle due situazioni ai fini di un giudizio *ex* articolo 3 della Costituzione.

La decisione della Corte tiene quindi conto della particolare natura della sanzione in oggetto per farne salva l'automaticità, valorizzandone tanto la funzione "interna" al buon andamento della concreta procedura di gara, non assimilabile quindi alla funzione sanzionatoria svolta dall'Autorità di Vigilanza, quanto il carattere dell'illecito sotteso – fortemente caratterizzato in termini di mancanza di collaborazione nel procedimento – che renderebbe tendenzialmente oggettivo, e con scarsi spazi di discrezionalità, l'accertamento della responsabilità.