

TAR Toscana, Sezione I - Sentenza 26/05/2011 n. 936
d.lgs 163/06 Articoli 38, 48, 75 - Codici 38.1, 48.1, 75.1

La sanzione dell'incameramento della cauzione è applicabile anche in ipotesi di accertata carenza di requisiti d'ordine generale ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006, come nella specie (si tratta della sentenza n. 606 del 6 aprile 2011). Il Collegio ritiene di confermare l'orientamento da ultimo elaborato, che risulta peraltro conforme anche a pronunce del Consiglio di Stato (Sezione VI nn. 4905 e 4907 del 2009). Come già nel precedente della Sezione deve essere in primo luogo valorizzato il disposto dell'art. 75, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006, dal quale l'incameramento della cauzione discende come possibile sanzione per qualsiasi fatto riconducibile al concorrente che escluda la possibile sottoscrizione del contratto, tra cui rientra tanto l'accertata carenza di requisiti speciali quanto di quelli d'ordine generale. D'altra parte nel citato precedente la Sezione ha escluso che la mancata menzione nell'art. 48 cit. del potere di escutere la cauzione provvisoria nel caso di mancato possesso di requisiti generali di partecipazione implichi necessariamente la volontà legislativa di impedire l'esercizio del relativo potere da parte della stazione appaltante. Accedendo a tale interpretazione infatti si dovrebbe dubitare della legittimità costituzionale della normativa laddove, in presenza di una situazione fattuale identica (mancanza di requisiti di partecipazione alla procedura di gara), finirebbe per stabilire un trattamento diversificato a seconda che la carenza consista nel mancato possesso di requisiti generali ovvero speciali. Tale trattamento diversificato non avrebbe ragion d'essere e porterebbe a dubitare della legittimità costituzionale della normativa per violazione dei principi di eguaglianza e ragionevolezza ex art. 3 Cost. L'interprete di fronte ad una normativa di difficile lettura deve privilegiare le conclusioni ermeneutiche che conducano ad un risultato costituzionalmente legittimo, a fronte di una alternativa che conduca a esiti di dubbia costituzionalità. Deve pertanto ritenersi che la menzione del potere della stazione appaltante di escutere la cauzione provvisoria nel testo dell'art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006, abbia carattere descrittivo di una potestà che sussiste anche nell'ipotesi in cui la stazione appaltante accerti il mancato possesso, in capo al concorrente, di requisiti generali di partecipazione, trovando applicazione in entrambi i casi il principio secondo cui la cauzione copre ogni ipotesi di carenza di requisiti che impediscano l'eventuale sottoscrizione del contratto per qualunque fatto riconducibile all'affidatario.