

Il Tar Lazio fissa i termini dei procedimenti sanzionatori dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.

di Marco Giustiniani

Data di pubblicazione: 10-12-2012

Tar Lazio, Roma, Sezione III, sentenza 7 dicembre 2012, n. 10249
Presidente Bianchi; Estensore Sapone

1. La **segnalazione all'Autorità per la Vigilanza** sui contratti pubblici va fatta non solo nel caso di riscontrato difetto dei **requisiti di ordine speciale** in sede di controllo a campione, ma anche in caso di accertamento negativo sul possesso dei **requisiti di ordine generale**.

2. **È illegittima la sanzione** del divieto di partecipare per 12 mesi alle gare e la contestuale sanzione pecuniaria (nella specie di euro 1.000,00), irrogata dall'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici nei confronti di un'impresa che aveva reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni generali rilevanti per la partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica, nel caso in cui **la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo avente ad oggetto l'irrogazione delle medesima sanzione sia stata effettuata all'impresa interessata oltre novanta giorni dopo l'avvenuta ricezione da parte della medesima Autorità della segnalazione della stazione appaltante** (art. 4, comma 1, del Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture di cui all'articolo 8, comma 4, del D.Lgs 163/2006).

3. **Ha natura perentoria termine di avvio del procedimento sanzionatorio fissato in novanta giorni decorrenti da quello di ricezione della segnalazione all'Autorità di Vigilanza** da parte della singola stazione appaltante (art. 4, comma 1, del Regolamento AVCP per l'esercizio del potere sanzionatorio).

4. **L'atto di avvio del procedimento sanzionatorio ha natura ricettizia**. Ne consegue che lo stesso deve pervenire alla conoscenza del destinatario entro il termine di 90 giorni dall'avvenuta ricezione della segnalazione da parte dell'AVCP.

5. **Il provvedimento conclusivo del procedimento sanzionatorio avviato dall'AVCP non costituisce un atto ricettizio**. Ne consegue che lo stesso deve essere adottato (e non comunicato all'interessato) entro il termine di centottanta giorni dall'avvio del procedimento (art. 6, comma 1, del Regolamento AVCP per l'esercizio del potere sanzionatorio).

(In senso conforme cfr. Tar Lazio, Roma, Sez. III, 11 dicembre 2012, n. 10287)

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n.7626 del 2011 proposto dalla sas Salvagnin Paolo E C., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Sergio Del Prà, Giuseppe Farina e Federica Scafarelli ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Scafarelli in Roma, Via G. Borsi n.4;

contro

l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la cui sede in Roma, via dei Portoghesi n.12, è domiciliataria;

nei confronti di

il comune di Padova, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento:

della deliberazione n.168/2011 del Consiglio dell'intimata Autorità con la quale è stata disposta a carico della società ricorrente l'irrogazione della sanzione interdittiva della partecipazione a procedure di evidenza pubblica per un periodo pari a 12 mesi e quella pecuniaria di Euro 1.000,00.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell' Autorita' per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2012 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il proposto gravame la società ricorrente ha impugnato la deliberazione n.168/2011 adottata dal Consiglio dell'intimata autorità nella seduta del 10.6.2011 con cui è stata disposta nei confronti della stessa l'irrogazione della sanzione interdittiva dalla partecipazione a procedure di evidenza pubblica per un periodo pari a 12 mesi e quella pecuniaria di Euro 1.000,00.

In punto di fatto deve essere evidenziato che:

- a) a carico della società ricorrente era stata inserita in data 30.10.2009 un'annotazione, comportante l'interdizione dalla partecipazione a pubbliche gare per un anno, nella quale era stato fatto presente che quest'ultima aveva reso false dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti di cui all'art.38 del codice contratti in una gara indetta dal comune di Valdagno;
- b) in data 4.2.2010 in sede di autodichiarazione per l'autorizzazione al subappalto il legale rappresentante della odierna istante aveva dichiarato di essere in possesso di tutti i requisiti di ordine generale di cui all'art.38 del decreto legislativo 163/2006, tra cui anche quello di non aver reso false dichiarazioni dai dati risultanti dall'Osservatorio dei lavori pubblici;
- c) avendo la stazione appaltante (comune di Padova) appurato la non veridicità di quanto affermato nella predetta richiesta di autorizzazione, ha rigettato l'istanza di subappalto e ha disposto la segnalazione all'intimata Autorità della falsità resa dalla Salvagnin nella ricordata istanza;
- d) a seguito di tale segnalazione la resistente Autorità ha attivato il relativo conclusosi con l'adozione della contestata deliberazione.

Il gravame è affidato ai seguenti motivi di doglianza:

- 1) Sulla carenza di potere sanzionatorio in capo all'Autorità in relazione a irregolarità concernente i requisiti di cui all'art.38 del D.lgvo n.163/2006. Nullità del provvedimento per mancanza di un elemento essenziale ex art.21 septies della L. n.241/1990. Violazione degli artt.6 e 38 del D.lgvo n.163/2006;
- 2) Sulla violazione del termine di avvio e conclusione del procedimento sanzionatorio. Violazione degli artt.4 e 6 del Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio adottato dall'Autorità di Vigilanza;
- 3) Sulla buona fede della Società nella predisposizione della dichiarazione inesatta. Violazione dell'art.38, comma 1 ter, del D.lgvo n.163/2006. Violazione delle determinazioni dell'Autorità nn.1/2008 e 1/2010. Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria; manifesta ingiustizia;
- 4) In subordine: sull'eccessiva durata della sospensione dalla gare. Violazione dell'art.48 del D.lgvo n.163/2006. Violazione dell'art.9 del Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio adottato dall'Autorità di Vigilanza. Eccesso di potere per difetto di motivazione, sproporzione, ingiustizia, manifesta contraddittorietà.

Si è costituita l'intimata Autorità contestando la fondatezza delle prospettazioni ricorsuali e concludendo per il rigetto delle stesse.

Alla pubblica udienza del 21.11.2012 il ricorso è stato assunto in decisione.

Con il primo motivo di doglianza l'odierna ricorrente, richiamando un diffuso orientamento giurisprudenziale, ha fatto presente che la segnalazione all'Autorità di Vigilanza e la conseguente annotazione nel casellario informatico poteva essere disposta solo per irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine speciale di cui all'art.48 del D.lgvo n.163/2006 e non anche per quelle commesse in sede di dichiarazioni aventi ad oggetto il possesso dei requisiti di cui all'art.38, per le quali è prevista solamente l'esclusione dalle pubbliche gare.

La dedotta doglianza non è suscettibile di favorevole esame alla luce della recente sentenza n.8/2012 dell'Adunanza Plenaria, la quale, superando il contrasto giurisprudenziale esistente in materia ha affermato che la segnalazione all'Autorità va fatta non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di accertamento negativo sul possesso dei requisiti di ordine generale.

Con il secondo motivo di doglianza è stato sostenuto che la gravata determinazione risulta viziata dalla duplice violazione dei termini previsti sia per l'avvio che per la conclusione del procedimento dal Regolamento dell'Autorità disciplinante l'esercizio del potere sanzionatorio, atteso che:

a) la comunicazione dell'avvio del procedimento de quo è stata ricevuta dalla società ricorrente in data 28.7.2010 dopo che era trascorso il termine di 90 gg, previsto dall'art.4 del citato regolamento, decorrente dalla data di ricevimento della segnalazione del comune di Padova (21.4.2010);

b) la contestata determinazione è stata notificata il 30.6.2011 in contrasto con quanto previsto dall'art.6 del citato regolamento che fissa in 90 gg il termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio.

La dedotta censura è fondata.

Al riguardo il Collegio osserva che:

1) l'art.4 del citato regolamento testualmente stabilisce che " L'U.O. competente, esaminati i fatti portati alla sua attenzione e verificata la possibile fondatezza della segnalazione, provvede, entro il termine massimo di 90 giorni dalla data in cui la segnalazione è completa, all'avvio del procedimento e ne dà comunicazione ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti";

b) non è seriamente contestabile che giusta la definizione di termine massimo di 90 gg il suddetto termine ha natura perentoria;

c) che entro il suddetto termine la comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio deve non soltanto essere adottata ma altresì comunicata ai soggetti interessati, stante il carattere ricettizio della stessa;

d) nella fattispecie de qua la gravata determinazione risulta essere affetta dall'illegittimità prospettata per mancata osservanza del citato termine perentorio, atteso che come risulta dalla documentazione versata agli atti l'avvio del procedimento è da individuare nella nota del 28.7.2010, nella quale si fa riferimento alla segnalazione del comune di Padova acquisita agli atti dell'Autorità in data 21.4.2010.

Non fondato è invece il successivo profilo di doglianza con cui è stata denunciata l'inosservanza del termine previsto per la conclusione del procedimento sanzionatorio.

In merito deve essere fatto presente che:

a) l'art.6 del citato regolamento stabilisce che " Per la conclusione del procedimento sanzionatorio l'Autorità fissa un termine non superiore a 180 giorni, decorrenti dalla notifica dell'avvio del procedimento";

b) entro il suddetto termine, quindi, deve intervenire solo l'adozione del provvedimento sanzionatorio e non la notifica dello stesso, stante il carattere non ricettizio dello stesso.

Alla luce di tali argomentazioni, pertanto, l'acclarata tardività dell'avvio del procedimento de quo inficia anche il contestato provvedimento finale sanzionatorio, con la conseguenza che il proposto gravame deve essere accolto con assorbimento delle altre due censure dedotte.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio, avuta presente la novità della questione relativa al mancato rispetto dei termini.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 7626 del 2011, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e , per gli effetti, annulla il gravato provvedimento.

Spese compensate

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Giuseppe Sapone, Consigliere, Estensore

Davide Soricelli, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA II 07/12/2012

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

La sentenza del Tar Lazio prende in esame tre argomenti inerenti il potere sanzionatorio dell'Autorità di Vigilanza:

(i) in primo luogo, se la carenza di requisiti di ordine generale può essere sanzionata dall'AVCP con la sospensione dalle gare pubbliche sino ad un anno;

(ii) in secondo luogo, la natura del termine per l'avvio del procedimento sanzionatorio, e le conseguenze in caso di suo sfornamento;

(iii) in terzo luogo, la natura ricettizia o meno degli atti di avvio e di conclusione del procedimento sanzionatorio.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

In ordine alla prima questione il Tar si limita sostanzialmente ad un *obiter dictum*. In altri termini, dopo aver dato conto del fatto che la censura del ricorrente (circa la non sanzionabilità con l'iscrizione nel casellario informativo delle carenze accertate di requisiti generali) fosse suffragata da "diffusa" giurisprudenza, per risolvere il tutto si limita a far riferimento alla recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 8/2012. Secondo tale sentenza, infatti, *"la segnalazione all'Autorità va fatta non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di accertamento negativo sul possesso dei*

requisiti di ordine generale”.

In ordine alla seconda questione, il Tar ritiene che l'art. 4 del Regolamento per l'esercizio del potere sanzionatorio dell'AVCP del 21 ottobre 2010 (*“L'U.O. competente, esaminati i fatti portati alla sua attenzione e verificata la possibile fondatezza della segnalazione, provvede, entro il termine massimo di 90 giorni dalla data in cui la segnalazione è completa, all'avvio del procedimento e ne dà comunicazione ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti e al soggetto esterno all'Autorità che ha formulato la segnalazione. La medesima comunicazione deve essere effettuata anche nei confronti dei soggetti, individuati o facilmente individuabili, cui possa derivare un pregiudizio dal procedimento in corso”*) fissi un termine avente natura perentoria per l'avvio del procedimento sanzionatorio da parte dell'Autorità. Decorso tale termine, senza che l'Autorità abbia comunicato alcunché al concorrente segnalato dalla singola stazione appaltante, l'AVCP decade dal proprio potere sanzionatorio (*rectius* quest'ultimo deve considerarsi prescritto).

In ordine all'ultima questione, il Tar distingue tra l'atto di avvio del procedimento e quello conclusivo dello stesso. In merito, i giudici concludono che solo il primo riveste un carattere ricettizio; con la conseguenza che, per il rispetto del termine perentorio di novanta giorni fissato dal Regolamento, lo stesso deve pervenire a conoscenza del destinatario e non solo essere adottato dall'AVCP entro tale periodo. Al contrario, tale natura non è riconosciuta al provvedimento sanzionatorio finale che deve essere adottato (e non comunicato) entro i centottanta giorni prescritti dal medesimo regolamento.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La sentenza in esame offre molti spunti rilevanti per gli operatori del settore.

Come visto, il Tribunale torna nuovamente sulla *vexata questio* della sanzionabilità con l'iscrizione nel Casellario dei concorrenti rispetto ai quali sia stata accertata una carenza di requisiti di ordine generale. Sul punto, nonostante la recente Adunanza Plenaria, si ritiene che la questione non sia stata ancora scandagliata completamente dalla giurisprudenza, a fronte dell'indubbio dato normativo emergente dall'art. 48 del Codice e dalla correlata riserva di legge in materia di sanzioni amministrative (di cui lo stesso art. 48, appunto, costituisce un'applicazione). Il Tar risolve la questione con un mero rinvio all'Adunanza Plenaria n. 8/2012, la quale tuttavia fissa il principio ma non offre una motivazione specifica e definitiva.

Quanto alle restanti questioni, il Tar introduce uno spunto interpretativo assolutamente condivisibile in ordine alla durata dei procedimenti dinanzi all'AVCP.

In altre parole, riconoscendo natura perentoria al termine regolamentare di novanta giorni per l'avvio dei procedimenti sanzionatori, i giudici hanno garantito alle imprese tempi certi non solo nella durata dei procedimenti *strictu sensu* intesi (avvio-conclusione), ma anche nel periodo di generale sottoposizione al 'rischio' della sanzione (segnalazione della stazione appaltante – sanzione).

Del resto, il Tar pare non aver fatto altro che applicare un principio pacifico in materia di sanzioni amministrative: ossia la contestazione del fatto entro un termine certo (v. legge n. 689/1981).

Per giungere a tale risultato, il Tar ha implicitamente riconosciuto (e confermato): (i) che la sanzione dell'iscrizione nel Casellario informatico con contestuale esclusione dalla possibilità di partecipazione a gare pubbliche, costituisce una sanzione altra e diversa rispetto a quella dell'esclusione *tout court* dalla gara; (ii) che la segnalazione effettuata dalla singola stazione appaltante non costituisce (*rectius* non sostituisce) l'atto di avvio del procedimento sanzionatorio dinanzi all'AVCP.

Infine, non si comprende invece quale sia la reale motivazione per cui si è riconosciuta natura ricettizia al solo atto di avvio del procedimento e non anche a quello di conclusione dello stesso. Infatti, una lettura troppo formalistica dell'art. 4 rispetto all'art. 6 del Regolamento, rischia di condurre al paradosso che il soggetto interessato non sia posto a conoscenza del provvedimento sanzionatorio vero e proprio. Ciò potrebbe avere conseguenze non di poco momento sulle imprese e anche sui piani economici delle stesse. Si immagini, a titolo esemplificativo, l'ipotesi in cui il provvedimento sanzionatorio sia stato effettivamente emesso, l'iscrizione nel Casellario effettuata, ma il tutto non sia stato ancora comunicato all'impresa. Tale impresa, in questo lasso di tempo, potrebbe legittimamente partecipare a gare pubbliche? L'eventuale dichiarazione da questa resa in ordine all'assenza di cause di esclusione sarebbe da considerare falsa, oppure potrebbe essere 'salvata' dall'errore scusabile?

Nel caso sottoposto al vaglio del Tar, il profilo non rilevava in quanto – comunque – la sanzione è stata annulla per 'sfornamento' del termine di avvio procedimentale. Tuttavia, non si dubita che la questione potrebbe tornare nuovamente a porsi all'interprete quanto al giudice.

Sul punto, dunque, si potrebbe ipotizzare l'adozione di una interpretazione sostanziale delle disposizioni inerenti i due atti (di avvio e di conclusione) che ne uniformi il regime applicativo dei termini al fine di garantire maggiore chiarezza per gli operatori economici privati.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

Si segnalano:

- F. Cardarelli, *Art. 38 – Requisiti di ordine generale*, in Aa. Vv., *il Codice dei Contratti Pubblici – Commento al d.lvo 12 aprile 2006*, n. 163, Milano, 2007;
- M. Giustiniani, *La triplice sanzione di cui all'art. 48 del codice dei contratti pubblici in tema di controllo dei requisiti: sanzione speciale, sanzione generale o non sanzione*, in *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, Dike, n. 1/2012, pp. 63 ss.;
- R. Greco, *I requisiti di ordine generale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, II, diretto da M.A.

Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, Milano, 2008;

- S. Sticchi Damiani, *I requisiti di ordine generale*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, Torino, 2010, p. 423;

- F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Ed. Dike, 2012;

- M. Giustiniani e T.F. Massari, *Tra segnalazioni 'generali' e segnalazioni 'speciali', il Consiglio di Stato detta alcuni principi dei procedimenti di iscrizione nel Casellario dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici*, in questa rivista, Dicembre 2012.