

Tra segnalazioni ‘generali’ e ‘speciali’, il Cons. di Stato detta alcuni principi dei procedimenti di iscrizione nel Casellario dell’Aut. di Vigilanza sui Contr. Pubbl.

di Marco Giustiniani, Tommaso Filippo Massari

Data di pubblicazione: 10-12-2012

Consiglio di Stato, Sezione Sesta, sentenza 4 dicembre 2012, n. 6210
Presidente Giovannini - Estensore De Nictolis

1. Le stazioni appaltanti sono tenute a segnalare all’Autorità di vigilanza per i contratti pubblici non solo i casi di concorrenti che difettano dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche quelli per cui sia accertata la carenza dei requisiti di ordine generale. Infatti, in base all’art. 27 d.P.R n. 34/2000 (applicabile *ratione temporis*) la segnalazione da parte delle stazioni appaltanti all’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici va fatta sia per difetto dei requisiti di ordine generale, sia per difetto dei requisiti generali, sia per esclusione per collegamento sostanziale.

2. In via generale, dell’avvio del procedimento di iscrizione di dati nel casellario informatico presso l’Autorità deve esserne sempre dato avviso all’impresa interessata, anche quando la trasmissione dell’informativa sia meramente esecutiva ed automatica in quanto dovuta in adempimento di disposizioni di legge.

3. In taluni casi, per la stazione appaltante resta fatta salva la possibilità d’individuazione di equipollenti, per idoneità degli stessi al raggiungimento dello scopo, dell’avviso di avvio del procedimento. A tal fine, bisogna distinguere i casi in cui la comunicazione all’Osservatorio non sia costituita da alcun margine di opinabilità o apprezzamento e costituisca un mero atto esecutivo automatico – è l’ipotesi dei provvedimenti di esclusione – dai casi in cui la comunicazione sia il frutto di valutazioni su dati opinabili, come per la segnalazione di false dichiarazioni. Nel primo caso si rinverrà nello stesso provvedimento di esclusione l’equipollente all’avviso di avvio del procedimento, nel secondo, invece, dovrà esser sempre garantita la garanzia partecipativa, pena l’illegittimità dell’iscrizione.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2272 del 2011, proposto dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

GCS s.p.a. in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. con Selecta s.p.a. e Uniposta s.p.a., rappresentate e difese dall'avv. Francesco Adavastro, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

nei confronti di

Intercent-Er - Agenzia regionale sviluppo mercati telematici, rappresentata e difesa dagli avv. Alessandro Lolli, Aristide Police, con domicilio eletto presso Aristide Police in Roma, piazza Adriana, n. 20;

ICF - Istituto Cauzioni & Fideiussioni s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Arturo Iannelli, con domicilio eletto presso Arturo Iannelli in Roma, via Francesco Crispi, n. 10;
Poste Italiane s.p.a., Regione Emilia Romagna;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA – BOLOGNA, SEZIONE I n. 8108/2010, resa tra le parti, concernente affidamento servizio gestione di notifica e postalizzazione - atti conseguenti attività di polizia municipale

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di GCS s.p.a., di Intercent-Er - Agenzia Regionale Sviluppo Mercati Telematici, di ICF - Istituto Cauzioni & Fideiussioni s.p.a.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2012 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Palasciano, gli avvocati Adavastro e Lolli;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società G.C.S. s.p.a. in proprio e quale mandataria di a.t.i. con altre società era risultata aggiudicataria provvisoria di appalto bandito da Intercent-er Agenzia regionale sviluppo mercati telematici avente ad oggetto il servizio di gestione del procedimento di notifica e postalizzazione di atti conseguenti ad attività della polizia municipale.

Veniva tuttavia esclusa, in sede di controllo sul possesso dei requisiti, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 163/2006, per gravi irregolarità fiscali. Oltre all'esclusione, la stazione appaltante disponeva l'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, sia quanto all'esclusione sia quanto alla falsa dichiarazione sul possesso dei requisiti.

A sua volta l'Autorità procedeva a iscrizione della notizia dell'esclusione e della falsa dichiarazione nel casellario informatico.

2. La società proponeva ricorso al Tar dell'Emilia Romagna avverso il provvedimento di esclusione, avverso l'aggiudicazione in favore di altro concorrente, e avverso i conseguenti provvedimenti di incameramento della cauzione, di segnalazione all'Autorità e di iscrizione nel casellario informatico.

3. Il Tar adito, con la sentenza in epigrafe (Tar Emilia – Romagna, 10 dicembre 2010 n. 8108): ha respinto le censure contro il provvedimento di esclusione e contro quello di aggiudicazione; ha accolto le censure contro l'incameramento della cauzione, la segnalazione e l'iscrizione, sulla base di alcuni motivi ritenuti assorbenti, con assorbimento dei restanti, e in particolare, perché l'incameramento della cauzione e la segnalazione sarebbero applicabili solo in caso di esclusione per difetto dei requisiti speciali, e non anche per difetto dei requisiti generali; ha compensato le spese di lite.
4. La sentenza ha formato oggetto di appello parziale principale da parte dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, limitatamente al capo di sentenza che ha annullato l'iscrizione nel casellario informatico.
- 4.1. La sentenza ha formato oggetto di appello parziale incidentale da parte della stazione appaltante (Intercent-er Agenzia regionale sviluppo mercati telematici), limitatamente al capo di sentenza che ha disposto l'annullamento del provvedimento di incameramento della cauzione provvisoria.
- 4.2. G.C.S. s.p.a. nel costituirsi in giudizio, in relazione all'appello principale, ha riproposto i motivi assorbiti in primo grado in relazione al provvedimento di iscrizione nel casellario informatico.
- 4.3. La sentenza ha formato oggetto di appello incidentale di G.C.S. s.p.a., proposto in relazione all'appello incidentale di Intercent-er, con cui vengono riproposti i motivi articolati in primo grado contro il provvedimento di incameramento della cauzione.
5. L'appello principale è rituale e tempestivo, quanto a notificazione e successivo deposito. Esso è stato notificato nel rispetto del termine lungo di impugnazione della sentenza nel rito abbreviato di cui agli artt. 119 e 120 c.p.a. (tre mesi in virtù del combinato disposto dell'art. 92, comma 3 e dell'art. 119, comma 2, c.p.a.), atteso che la sentenza è stata pubblicata il 10 dicembre 2010 e l'appello principale è stato notificato, mediante consegna a mani proprie, in data 10 marzo 2011, ultimo giorno utile; inoltre l'appello è stato depositato in data 24 marzo 2011, dunque entro il termine massimo di 15 giorni decorrente dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione.
6. Il ricorso di appello è stato correttamente inserito nel registro ricorsi come "appello nel rito appalti".
7. Va per converso dichiarato irricevibile per tardività l'appello incidentale di Intercent-er.
- 7.1. Il Collegio, alla pubblica udienza in cui la causa è passata in decisione, ha rilevato d'ufficio e sottoposto al contraddittorio delle parti, dandone atto a verbale ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a., la questione di irricevibilità di detto appello incidentale, sotto i seguenti profili:
- tardività integrale dell'appello incidentale di Intercent-er se qualificato come appello incidentale autonomo ex art. 333 c.p.c., perché spedito per la notificazione oltre il termine lungo di novanta giorni dalla pubblicazione della sentenza (rito ex art. 119 c.p.a.), e in particolare in date 1° e 21 aprile 2011 (v. plenaria n. 24/2011);
 - tardività della sola notificazione dell'appello incidentale di Intercent-er a ICF (se qualificato come appello incidentale subordinato ex art. 334 c.p.c., che secondo la plenaria n. 24/2011 può essere notificato anche oltre il termine lungo (notificazione spedita il 21 aprile 2011), il termine è comunque trenta giorni (rito 119 c.p.a.) decorrente dalla ricevuta notificazione dell'appello principale (notificazione ricevuta il 10 marzo 2011, sicché l'appello incidentale spedito per la notificazione il 21 aprile è tardivo);
 - tardività del deposito dell'appello incidentale se qualificato come appello ex art. 334 e non 333 c.p.c., va depositato entro 5 giorni dal perfezionamento dell'ultima notificazione, perciò

entro il 12 aprile, mentre è stato depositato il 26 aprile 2011.

7.2. A sviluppo della questione rilevata d'ufficio in udienza nei termini di cui sopra, il Collegio osserva quanto segue, in applicazione dei principi espressi dalla plenaria 16 dicembre 2011 n. 24. Nel caso di specie l'appello incidentale di Intercent-er è stato proposto contro "capo autonomo" rispetto a quello oggetto dell'appello principale, ed è retto da una autonoma soccombenza e da un autonomo interesse rispetto all'appello principale; infatti sia l'appello principale che quello incidentale sono proposti da due pubbliche amministrazioni contro differenti provvedimenti, annullati dal Tar.

L'appello incidentale, rivolto contro capo autonomo, è stato notificato entro trenta giorni dalla ricevuta notificazione dell'appello principale (notificazione ricevuta in data 10 marzo 2011, notificazione spedita il 1° aprile 2011, salvo che per una parte, non necessaria, a cui la notificazione è stata spedita il 21 aprile 2011), ma ben oltre la scadenza del termine lungo di impugnazione della sentenza, che veniva a scadenza il 10 marzo 2011.

La questione, affrontata dalla giurisprudenza amministrativa formatasi prima del codice del processo amministrativo, era risolta nel senso che comunque l'impugnazione incidentale su capi autonomi, ancorché potesse essere proposta entro un termine decorrente dalla notificazione della impugnazione principale, non poteva superare il termine lungo di impugnazione (già annuale, ora semestrale, e ridotto a tre mesi nei riti di cui agli artt. 119 e 120 c.p.a.).

Infatti si era affermato che il termine lungo di impugnazione costituiva il limite temporale massimo per la proposizione della impugnazione, il quale opera «indipendentemente» dalla notificazione della pronuncia impugnata, e, quindi, non è suscettibile di superamento, nemmeno quando, alla sua scadenza, non sia ancora maturato il termine breve decorrente dalla data di detta notificazione [Cons. St., sez. IV, 18 ottobre 2002 n. 5725].

La citata plenaria n. 24/2011, nel verificare la perdurante validità di tale orientamento dopo l'entrata in vigore del c.p.a. ha affermato che l'art. 96 c.p.a. disciplina in modo compiuto i termini di proposizione dell'appello incidentale ex artt. 333 e 334 c.p.c., e ha inteso superare, sul punto, la pregressa giurisprudenza; invero, dalla disciplina dell'articolo 96 c.p.a. si desume che:

- sia l'impugnazione di cui all'art. 333 che quella di cui all'art. 334 c.p.c. possono essere rivolte contro capi autonomi della sentenza, ossia capi che non hanno già formato oggetto dell'impugnazione principale;
- l'impugnazione incidentale di cui all'art. 333 c.p.c. non è condizionata all'esito di quella principale, nel senso che resta efficace anche se quella principale è dichiarata inammissibile;
- l'impugnazione incidentale di cui all'art. 334 c.p.c. può essere proposta dalla parte in via subordinata all'accoglimento di quella principale o in via autonoma, ma è comunque condizionata all'esito di quella principale, nel senso che "perde ogni efficacia" se quella principale è dichiarata inammissibile;
- l'impugnazione incidentale di cui all'art. 333 c.p.c. deve essere "tempestiva", ossia va proposta entro un termine breve decorrente dalla notificazione della sentenza o, se anteriore, dalla notificazione di altra impugnazione, ovvero entro il termine lungo;
- l'impugnazione incidentale di cui all'art. 334 c.p.c. è tardiva, nel senso che è proponibile entro sessanta giorni dalla notificazione di altra impugnazione, anche se a tale data è decorso il termine breve decorrente dalla notificazione della sentenza o quello lungo decorrente dalla pubblicazione della sentenza; in definitiva, la notificazione di altra impugnazione sortisce l'effetto di rimettere in termini la parte che era decaduta dal termine di impugnazione breve o

lungo.

Tale sistema normativo, secondo la citata plenaria, ha una sua logica, atteso che l'interesse a proporre impugnazione incidentale, ancorché autonoma, può sorgere in conseguenza dell'impugnazione principale. La parte (come nel caso di specie), ancorché soccombente in tutto o in parte, sarebbe disposta ad accettare la sentenza se la accettano le altre parti, e si determina ad impugnarla solo in conseguenza di un'altra impugnazione.

Questo giustifica la possibilità di proporre impugnazione incidentale "tardiva" dopo la notificazione di quella principale ed entro un termine decorrente da quest'ultima.

Diversamente ragionando - se si imponesse cioè come sbarramento insuperabile il decorso del termine lungo - le parti corrono il rischio di una sostanziale limitazione del loro potere di azione e si vedrebbero costrette a proporre impugnazione in via tuzioristica, prima ancora di poter sapere con certezza se le altre parti impugneranno o meno (dato che tale certezza si acquisisce, in difetto di notificazione della sentenza, solo alla scadenza del termine lungo), con gli oneri conseguenti.

Appare dunque giustificato lo spostamento del termine per l'impugnazione incidentale "tardiva" anche oltre il decorso del termine lungo, ovviamente per uno spazio massimo di ulteriori sessanta giorni, atteso che l'impugnazione principale non può comunque essere notificata oltre l'ultimo giorno del termine lungo.

7.3. Dalla decisione della plenaria si desume, dunque, che l'appello incidentale autonomo di cui all'art. 333 c.p.c. deve rispettare comunque il termine lungo decorrente dalla pubblicazione della sentenza.

Ne consegue che l'appello incidentale di Intercent-er, se inteso come appello incidentale autonomo proposto ai sensi dell'art. 333 c.p.c., è tardivo.

7.4. Esso è invece tempestivo se inteso come appello incidentale subordinato proposto ai sensi dell'art. 334 c.p.c., che, secondo la citata plenaria, può essere proposto anche contro capi autonomi non gravati con l'appello principale, e può essere proposto anche oltre il termine lungo decorrente dalla pubblicazione della sentenza, purché entro il termine breve decorrente dalla notificazione dell'appello principale.

7.5. Tuttavia, anche qualificando l'appello incidentale di Intercent-er come appello incidentale proposto ai sensi dell'art. 334 c.p.c., esso:

a) è tardivo, quanto alla notificazione nei confronti di a ICF, che peraltro è una parte non necessaria, trattandosi dell'istituto che ha emesso la cauzione in favore del concorrente, in quanto tale notificazione è stata spedita il 21 aprile 2011, e dunque ben oltre il termine di trenta giorni decorrente dalla ricevuta notifica dell'appello principale (l'appello principale è stato ricevuto il 10 marzo 2011, per cui il termine per notificare l'appello incidentale scadeva in data 11 aprile 2011);

b) è integralmente tardivo, quanto al deposito, perché l'appello incidentale proposto ai sensi dell'art. 334 c.p.c., andava depositato, secondo la disciplina applicabile *ratione temporis* (prima dell'entrata in vigore del secondo d.lgs. correttivo), entro dieci giorni dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione (art. 96, comma 5, c.p.a., nel testo applicabile *ratione temporis*); tale termine si riduce a cinque giorni nei riti abbreviati di cui agli artt. 119 e 120 c.p.a.; posto infatti che le notificazioni si sono perfezionate, per i destinatari, in date 5, 6 e 7 aprile 2011, il termine ultimo di deposito dell'appello incidentale era il 12 aprile 2011, laddove il deposito è avvenuto il 26 aprile 2011.

7.6. Né vi è spazio per la concessione di errore scusabile ove si consideri che:

a) trattasi di contenzioso su gara di appalto, che è soggetto a rito speciale con dimezzamento

dei termini di deposito del ricorso sin dalla l. n. 205/2000, e che in concreto si è svolto con il rito speciale abbreviato, sin dal primo grado di giudizio (il ricorso di primo grado è stato depositato nel rispetto del termine dimezzato e corredato del contributo unificato nella misura prevista per il rito appalti);

b) l'appello principale è stato registrato come ricorso soggetto al rito abbreviato;

c) anche a voler ritenere, in via di mera ipotesi, scusabile l'errore della parte appellante incidentale quanto al rito, e a voler applicare il termine ordinario di deposito di 10 giorni, lo stesso sarebbe stato comunque superato; infatti applicando il termine di dieci giorni, il termine di deposito scadeva il 18 aprile, laddove il deposito è avvenuto il 26 aprile 2011.

7.7. Da quanto esposto consegue la irricevibilità dell'appello incidentale di Intercent-er.

8. Per effetto della irricevibilità dell'appello incidentale di Intercent-er, va dichiarato improcedibile per difetto di interesse l'appello incidentale di GCS s.p.a.

9. Occorre adesso passare ad esaminare l'appello principale dell'Autorità di vigilanza.

9.1. Con esso si contesta il capo di sentenza che ha statuito che la segnalazione all'Autorità e la conseguente iscrizione nel casellario informatico sono previste solo nel caso di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti speciali, e non anche nel caso, come quello di specie, di esclusione per difetto di un requisito generale ai sensi dell'art. 38 codice appalti.

L'Autorità ricorda nell'appello le proprie determinazioni e la giurisprudenza del Consiglio di Stato che hanno affermato il principio contrario a quello espresso dal Tar, alla luce del vigente quadro normativo.

9.2. Il motivo è fondato.

Si tratta di stabilire, alla luce dell'art. 27, d.P.R. n. 34/2000, applicabile *ratione temporis*, se qualsivoglia provvedimento di esclusione possa essere segnalato dalla stazione appaltante e iscritto nel casellario informatico, o solo i provvedimenti di esclusione per difetto dei requisiti di qualificazione.

Vengono in considerazione le lettere r) e t) dell'art. 27, c. 2, d.P.R. n. 34/2000.

Secondo l'art. 27, c. 2, lett. r) citato, vanno iscritte nel casellario informatico <<eventuali provvedimenti di esclusione dalle gare ai sensi dell'art. 8, settimo comma, della legge (l. n. 109/1994) adottati dalle stazioni appaltanti>>.

Secondo l'art. 27, c. 2, lett. t), citato, vanno iscritte nel casellario informatico <<tutte le altre notizie riguardanti le imprese che, anche indipendentemente dall'esecuzione dei lavori, sono dall'Osservatorio ritenute utili ai fini della tenuta del casellario>>.

Occorre anzitutto interpretare il rinvio operato dall'art. 27, comma 2, lett. r), d.P.R. n. 34/2000 all'art. 8, comma 7, l. n. 109/1994.

In quest'ultima disposizione si indica l'autorità competente a pronunciare l'esclusione dalle gare, facendosi menzione, per un periodo transitorio, dell'Albo nazionale costruttori, e per il periodo a regime, delle singole stazioni appaltanti.

Si fa riferimento alle esclusioni nei casi previsti dall'art. 24, primo comma, della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993. Trattasi di disposizione comunitaria che indica i requisiti generali di partecipazione alle gare, non menzionando, peraltro, le esclusioni per collegamento formale o sostanziale, introdotte dalla legge n. 109/1994 (la prima) e dalla prassi e dalla giurisprudenza, e poi dal d.lgs. n. 163/2006 (la seconda).

Secondo una tesi restrittiva le esclusioni cui fa riferimento l'art. 8, comma 7, l. n. 109/1994, sono solo quelle per difetto dei requisiti di qualificazione, e non anche quelle per difetto dei requisiti generali.

La tesi non può essere condivisa.

E' bensì vero che l'art. 8, nel suo complesso, si riferisce alla qualificazione, e dunque ai requisiti speciali di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, e non a quelli generali (di carattere morale). Tuttavia, il settimo c., che qui viene in rilievo, mediante il rinvio all'art. 24, direttiva 93/37/CEE, mostra di fare riferimento alla esclusione per difetto dei requisiti di carattere generale.

Si deve poi ritenere che il richiamo alle esclusioni previste dall'art. 24, direttiva 93/37/CEE, non vada inteso come rinvio fisso e tassativo ai soli casi di esclusione ivi contemplati, ma vada inteso invece come richiamo mobile a tutti i casi di esclusione per difetto dei requisiti di carattere generale, che il legislatore nazionale via via preveda in recepimento dell'art. 24, direttiva citata.

Così intesa la norma, è evidente che l'art. 8, comma 7, l. n. 109/1994, si riferisce a tutte le esclusioni disposte dalle stazioni appaltanti, sia per difetto dei requisiti di qualificazione, sia per difetto dei requisiti generali, sia l'esclusione per collegamento sostanziale.

In ogni caso, soccorre la norma di chiusura dell'art. 27, comma 2, lett. t), d.P.R. n. 34/2000, interpretata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato nel senso di costituire il fondamento della possibilità di segnalare e iscrivere nel casellario informatico il provvedimento di esclusione disposta per collegamento sostanziale.

Alla luce di siffatto quadro normativo, la giurisprudenza di questo Consesso ha reiteratamente affermato che la segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici va fatta dalle stazioni appaltanti non solo nel caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine speciale in sede di controllo a campione, ma anche in caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine generale (Cons. St., sez. VI, 4 agosto 2009 n. 4905; Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2004 n. 5792; Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2007 n. 554).

La soluzione a cui è pervenuta in via esegetica la giurisprudenza amministrativa, in applicazione dell'art. 27, d.P.R. n. 34/2000, trova conferma nel nuovo regolamento di esecuzione del codice dei contratti pubblici, che, nell'indicare i dati da iscrivere nel casellario informatico, sia per le imprese qualificate con il sistema SOA, sia per le altre imprese, menziona i «provvedimenti di esclusione dalle gare, ai sensi delle vigenti d.P.R. n. 207/2010). Pertanto, la segnalazione da parte della stazione appaltante e la iscrizione nel casellario informatico erano, nella specie, legittime, anche se l'esclusione era avvenuta per difetto di un requisito generale.

9.3. Sotto tale profilo, va accolto l'appello dell'Autorità, per la sola parte di suo interesse e oggetto di appello, in ordine al solo provvedimento di iscrizione nel casellario informatico.

Esso non avrebbe potuto essere annullato dal Tar per il solo fatto di avere ad oggetto una esclusione per difetto di un requisito di carattere generale.

10. Per effetto dell'accoglimento dell'appello principale, occorre esaminare gli altri motivi del ricorso di primo grado rivolti contro il provvedimento di iscrizione nel casellario informatico, che il Tar ha assorbito e che sono stati ritualmente e tempestivamente riproposti in grado di appello con memoria entro il termine per la costituzione in giudizio, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. (l'appello è stato ricevuto il 10 marzo 2011 e la memoria è stata depositata in data 8 aprile 2011, entro il termine di trenta giorni per la costituzione in giudizio).

11. In particolare con la memoria sono stati riproposti il secondo e terzo motivo del "secondo atto di motivi aggiunti" proposti in primo grado (notificati in data 19 febbraio 2009).

Con essi si contesta il provvedimento 20 gennaio 2009 di iscrizione nel casellario informatico.

Si lamenta, da un lato, la violazione delle regole di partecipazione, in quanto l'iscrizione nel casellario sarebbe avvenuta senza previo avviso di avvio del procedimento, dall'altro

l'incongruità del termine di decorrenza dell'anno di esclusione dalle gare, che viene fatto decorrere dal 2009 (data dell'iscrizione) per una esclusione da gara avvenuta nel 2007.

12. E' fondato e assorbente il motivo con cui si lamenta l'omissione delle garanzie partecipative.

12.1. La tesi, sostenuta dall'Autorità di vigilanza in primo grado, è che al procedimento di iscrizione nel casellario informatico non troverebbero applicazione gli istituti partecipativi, perché l'attività posta in essere dall'Autorità per la vigilanza di inserimento dei dati nel casellario informatico sarebbe meramente esecutiva, senza che competa a detta Autorità alcuna funzione preliminare di verifica dei contenuti della segnalazione pervenuta (Cons. St., sez. V, 28 settembre 2007 n. 5003; Cons. St., sez. IV, 19 ottobre 2006 n. 6212).

12.2. Tale orientamento, nella sua absolutezza, non è stato condiviso dalla più recente giurisprudenza, secondo cui dell'avvio del procedimento di iscrizione di dati nel casellario informatico presso l'Autorità deve essere notiziato l'interessato, anche quando la trasmissione di atti al casellario, da parte delle stazioni appaltanti, è dovuta in adempimento di disposizioni di legge, attese le conseguenze rilevanti che derivano da tale iscrizione e l'indubbio interesse del soggetto all'esattezza delle iscrizioni.

Né dalla l. n. 241/1990, né dal sistema della legislazione sui pubblici appalti, si desume una deroga al principio generale dell'avviso di avvio del procedimento, quanto allo specifico procedimento di iscrizione dei dati nel casellario informatico presso l'Osservatorio (Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2012 n. 8).

Piuttosto, in alcuni casi, si può ritenere che vi siano equipollenti dell'autonomo avviso di avvio del procedimento.

Così, quanto ai provvedimenti di esclusione, posto che la loro comunicazione dalla stazione appaltante all'Osservatorio è dovuta per legge, senza margini di opinabilità o apprezzamento, si può ritenere che la comunicazione del provvedimento di esclusione al concorrente costituisca anche equipollente dell'avviso di avvio del procedimento di iscrizione nel casellario informatico, che consegue ex lege.

In termini più generali, quando la legge prescrive in via automatica la segnalazione di determinati dati all'Osservatorio, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale in ordine al se della comunicazione e al contenuto della stessa, si possono, come regola generale, individuare equipollenti dell'avviso di avvio del procedimento di iscrizione.

12.3. Diverso discorso va svolto per dati la cui comunicazione non è automatica e dovuta, ma frutto di valutazioni da parte della stazione appaltante, su dati opinabili: ciò accade ad es. nel caso di segnalazione di episodi di grave negligenza o grave inadempimento, e nel caso di false dichiarazioni. Infatti in tali casi la stazione appaltante, per effettuare la segnalazione, deve valutare se vi è o meno grave negligenza, grave inadempimento, falsità della dichiarazione. Sicché, l'interessato non può sapere ex ante se e quando tale valutazione verrà svolta in senso affermativo, e se vi sarà o meno segnalazione all'Osservatorio.

Pertanto, dell'avvio del procedimento di iscrizione nel casellario va dato avviso all'interessato, salvo a individuare caso per caso equipollenti idonei allo scopo (p.es. comunicazione dell'esclusione per grave negligenza o falsa dichiarazione, accompagnata dall'avviso che l'atto viene trasmesso anche all'Osservatorio).

12.4. La giurisprudenza ha pertanto ritenuto che deve ritenersi legittima l'iscrizione del provvedimento di esclusione, con omissione delle garanzie di partecipazione; deve invece ritenersi illegittima l'iscrizione di un'asserita <<falsa dichiarazione>>(così qualificata dalla stazione appaltante) con omissione delle garanzie partecipative (Cons. St., sez. VI, 4 agosto

2009 n. 4905; Cons. St., sez. VI, 24 dicembre 2009 n. 8720; Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2010 n. 3754).

12.5. Ora, nel caso di specie, da un lato il provvedimento di annotazione nel casellario informatico non specifica in base a quale lettera dell'art. 27, d.P.R. n. 34/2000, si è proceduto ad iscrizione, e dall'altro lato si indica che la segnalazione della stazione appaltante è avvenuta per due ragioni, sia per l'esclusione, che per la falsa dichiarazione resa circa il possesso dei requisiti.

Se ne deve desumere che la iscrizione nel casellario informatico è avvenuta non per la sola esclusione (atto dovuto) ma per la falsa dichiarazione (iscrizione discrezionale), con la grave conseguenza, per l'impresa, della esclusione da future gare per un anno con decorrenza dall'iscrizione.

Era pertanto insopprimibile la garanzia partecipativa, che non risulta essere stata attuata, atteso che non risulta inviato dall'Autorità un avviso di avvio del procedimento, né risulta provato che la stazione appaltante, nel fare la segnalazione all'Autorità di vigilanza, ne abbia dato notizia al concorrente interessato.

13. In conclusione, va dichiarato irricevibile l'appello incidentale di Intercent-er e improcedibile l'appello incidentale di GCS. L'appello principale va accolto ma, in accoglimento di diverso motivo del ricorso di primo grado, il ricorso di primo grado va accolto e per l'effetto va annullata l'iscrizione nel casellario informatico.

Le spese di lite possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello principale e sugli appelli incidentali in epigrafe:

- dichiara irricevibile l'appello incidentale di Intercent-er;
- dichiara improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse l'appello incidentale di GCS s.p.a.;
- accoglie l'appello principale dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici;
- in accoglimento di motivo del ricorso di primo grado assorbito, annulla il provvedimento di iscrizione nel casellario informatico sotto diverso profilo;
- spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Claudio Contessa, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Con la controversia in esame, viene posto all'attenzione del Consiglio di Stato il tema dei presupposti nonché dei limiti della segnalazione e dell'iscrizione nel casellario informatico quali conseguenze derivanti dall'esclusione da una gara d'appalto per difetto dei requisiti di cui all'art. 38 codice appalti, alla luce dell'art. 27 d.P.R. 34/2000 (applicabile *ratione temporis*), nonché del nuovo regolamento di cui al d.P.R. n. 207/2010 .

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Il Consiglio, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità della segnalazione e la conseguente iscrizione nel casellario informatico di una impresa concorrente nell'ambito di gare pubbliche, ha svolto alcune interessanti riflessioni su alcuni punti che sono stati oggetto di dibattito (anche vivace) in giurisprudenza.

I giudici hanno anzitutto affermato che, in base all'art. 27, d.P.R. n. 34/2000, applicabile *ratione temporis*, la segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici vada fatta dalle stazioni appaltanti non soltanto nei casi in cui sia stata accertata la mancanza di requisiti di ordine speciale, "ma anche in caso di riscontrato difetto dei requisiti di ordine generale" (nello stesso senso cfr. Cons. St., sez. VI, 4 agosto 2009 n. 4905; Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2004 n. 5792; Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2007 n. 554). Tale principio sarebbe desumibile da una lettura combinata delle disposizioni di cui alla lettera r) dell'art. 27, d.P.R. n. 34/2000 unitamente a quelle di cui all'art. 8, comma 7, l. n. 109/1994 e all'art. 24, Direttiva 93/37/CEE. D'altro canto, il comma settimo, art. 8, l. n. 109/1994 con il rinvio operato all'art. 24 della Direttiva n. 37 del 1993 non deve essere inteso come un rinvio imperniato sul principio di tassatività ma, al contrario, come "richiamo mobile" a tutti i casi di esclusione per difetto dei requisiti di carattere generale. Seguendo la lettura offerta dai giudizi di palazzo Spada, infatti, devono essere iscritti nel casellario informatico i provvedimenti di esclusione riferibili non soltanto al difetto dei requisiti speciali di qualificazione, come sembrerebbe *prima facie* indicare l'art. 8, comma 7, l. n. 109/1994, ma anche alle cause di esclusione previste per il difetto dei requisiti generali di cui all'art. 38 codice appalti. Tale conclusione troverebbe riscontro anche in base al nuovo regolamento di esecuzione del codice dei contratti, che, nel descrivere i dati da inserire nel casellario, compie un generico riferimento ai provvedimenti di esclusione dalle gare.

In secondo luogo, la pronuncia in rassegna si sofferma su quale sia l'esatta *ratio* e le specifiche modalità applicative del principio di partecipazione al procedimento di iscrizione nel casellario informatico. Aderendo ad un recente orientamento giurisprudenziale, il Consiglio di Stato prende le distanze da quella tesi, sostenuta in questa sede anche dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, secondo cui, stante la natura esecutiva ed automatica del

procedimento di iscrizione nel casellario informatico, senza che quindi residuino margini di discrezionalità o valutazione in capo all'Avcp, non sarebbero applicabili gli istituti partecipativi – quali l'avviso di avvio del procedimento (cfr. Cons. St., sez. V, 28 settembre 2007 n. 5003; Cons. St., sez. IV, 19 ottobre 2006 n. 6212).

Al contrario, seguendo il solco già tracciato dall'Adunanza plenaria n. 8 del 2012, il Consiglio ha ritenuto che *“dell'avvio del procedimento di iscrizione di dati nel casellario informatico presso l'Autorità deve essere notiziato l'interessato, anche quando la trasmissione di atti al casellario, da parte delle stazioni appaltanti, è dovuta in adempimento di disposizioni di legge, attese le conseguenze rilevanti che derivano da tale iscrizione e l'indubbio interesse del soggetto all'esattezza delle iscrizioni”*.

Nel sottolineare l'esistenza di un principio generale di partecipazione, il Consiglio ha successivamente individuato casi di mitigazione dello stesso, attraverso il riconoscimento di “equipollenti” validi allo scopo. Così, nelle ipotesi di esclusione, in cui non residuino spazi di opinabilità o apprezzamento da parte della stazione appaltante in merito alla comunicazione all'Osservatorio, è possibile ritenere come la stessa comunicazione di esclusione costituisca valido equipollente dell'avviso di avvio del procedimento. Al contrario, qualora tale comunicazione sia il frutto di un autonomo apprezzamento della stazione appaltante – come nel caso delle “false dichiarazioni” – l'automatica iscrizione, nell'ipotesi in cui non sia preceduta da valida comunicazione di avvio del procedimento, dovrà esserne dichiarata illegittima.

In conclusione, la garanzia partecipativa è insopprimibile, *“salvo a individuare caso per caso equipollenti idonei allo scopo (p.es. comunicazione dell'esclusione per grave negligenza o falsa dichiarazione, accompagnata dall'avviso che l'atto viene trasmesso anche all'Osservatorio)”*.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Il Consiglio di Stato con la sentenza in esame esamina differenti questioni.

La prima riguarda l'obbligo di segnalazione all'AVCP anche delle carenze accertate nel possesso dei requisiti generali da parte di concorrenti a procedure ad evidenza pubblica. Il punto apparentemente risolto in modo così agevole dal Consiglio di Stato ha, invece, segnato – per diversi anni – il dibattito giurisprudenziale sulla corretta interpretazione degli artt. 38 e 48 del Codice dei contratti pubblici.

Era dubbio, in effetti, se la triplice ‘sanzione’ (di cui la segnalazione all'AVCP costituiva un elemento) fosse da considerarsi come una sanzione ‘speciale’ (ossia limitata alle sole carenze di requisiti speciali, secondo una interpretazione strettamente letterale dell'art. 48) ovvero come sanzione ‘generale’ (ossia estesa anche ai difetti di requisiti generali, secondo

una interpretazione sistematica, analogica e finalistica dell'art. 48 in combinato disposto con l'art. 38).

Nella prima direzione si erano attestate: Cons. di Stato, Sez. V, 11 gennaio 2012, n. 80 T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 5 gennaio 2012, n. 21; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 15 dicembre 2011, n. 2984; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 27 dicembre 2010, n. 14395; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 10 dicembre 2010, n. 8108; Tar Piemonte, 16 luglio 2010, n. 3129; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 25 giugno 2010, n. 7984; Cons. di Stato, Sez. III, 1 marzo 2010, n. 1430; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 15 febbraio 2010, n. 957; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 19 gennaio 2010, n. 556; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 21 dicembre 2009, n. 3699; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 12 ottobre 2009, n. 698; T.A.R. Toscana, Sez. I, 23 settembre 2009, n. 1473; T.A.R. Veneto, Sez. I, 13 marzo 2009, n. 608; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 8 agosto 2008, n. 9943; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 26 gennaio 2001, n. 444; T.A.R. Basilicata, 22 gennaio 2002, n. 12; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 17 maggio 2004, n. 8767; Cons. giust. amm. sic., Sez. Giur., 8 marzo 2005, n. 105; Cons. di Stato, Sez. VI, 28 agosto 2006, n. 5009; e T.A.R. Veneto, Sez. I, 12 maggio 2008, n. 1326.

Queste pronunce stressavano la considerazione dell'art. 48 come norma sanzionatoria e, quindi, la debenza di una sua interpretazione restrittiva. In particolare, tale disposizione *“prevede l'esclusione del partecipante alla gara, l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità per la vigilanza, che può disporre la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento soltanto con riferimento alla mancanza del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dal bando di gara che sono, quindi, considerati quali "requisiti di partecipazione". A tale disposizione, in considerazione della sua funzione sanzionatoria, deve attribuirsi carattere tassativo e, pertanto, la stessa non può essere estesa ad ipotesi diverse e, in particolare, alle fattispecie previste dall'art. 38 del medesimo D.Lgs. Infatti, la carenza dei requisiti di carattere generale è compiutamente regolata dall'articolo 38 del codice dei contratti che prevede, in tal caso, solo l'esclusione del concorrente dalla gara e costituisce situazione ontologicamente diversa dal mancato possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa disciplinata dall'articolo 48 del medesimo codice. Né l'incameramento della cauzione può trovare fondamento nell'art. 75 co. 6 del codice, che disciplina la diversa ipotesi in cui l'aggiudicatario si rifiuti di sottoscrivere il contratto senza adeguata motivazione”* (Cons. di Stato, Sez. V, n. 80/2012).

Nella seconda direzione invece si erano registrate: T.A.R. Campania, Napoli, 9 luglio 2012, n. 3281; T.A.R. Toscana, Sez. I, 26 maggio 2011, n. 936; Cons. di Stato, Sez. V, 18 aprile 2012, n. 2232; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 8 aprile 2011, n. 191; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 3 maggio 2011, n. 677; T.A.R. Toscana, Sez. I, 6 aprile 2011, n. 606; T.A.R. Veneto, Sez. I, 18 marzo 2011, n. 455; Cons. di Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 782; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 3 novembre 2010, n. 33141; Cons. di Stato, Sez. V, 20 ottobre 2010, n. 7581; T.A.R. Valle d'Aosta, Sez. I, 10 marzo 2010, n. 21; Tar Lazio, Roma, Sez. III, 26 ottobre 2009, n. 10429; e Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 29 luglio 2009, n. 4536; Cons. di Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4905.

All'inverso tali pronunce muovevano dalla necessità di offrire una lettura costituzionalmente

orientata dell'art. 48 e dell'art. 38 del Codice, secondo la quale non esistono (né possono essere introdotte ad arbitrio) delle differenze tra requisiti di ordine speciale e requisiti di ordine generale, in quanto ad entrambi è stata attribuita la medesima funzione di presidio della serietà e correttezza della partecipazione dei concorrenti a gare pubbliche.

Di recente l'Adunanza Plenaria parrebbe aver messo un punto sulla questione con la sentenza n. 8 del 4 maggio 2012 in un sostanziale *obiter dictum*. Quindi, non si esclude la potenziale sopravvenienza di 'voci' giurisprudenziali 'fuori dal coro'.

Rispetto a questo scenario la sentenza in commento è, tuttavia, una delle prime che aggiunge un elemento interpretativo fornito dai regolamenti esecutivi (nonostante si tratti di disposizioni normative di rango secondario) a suffragio dell'estensione alle carenze di requisiti generali dell'obbligo di segnalazione. In altri termini, in una sorta di *reverse engineering*, i giudici muovono da contenuti dell'iscrizioni delle imprese nel Casellario (fissati dai regolamenti esecutivi), per poter poi individuare con pienezza quelli che devono essere gli oggetti delle segnalazioni.

Sotto altro profilo, la sentenza in esame, abbracciando una ricostruzione sostanzialistica del principio di partecipazione al procedimento, conferma un recente indirizzo giurisprudenziale, avvalorato dalla stessa Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8, secondo cui le garanzie partecipative relative al procedimento di iscrizione nel casellario informatico sono, in linea di principio, sempre dovute, salvo ad ammettere equipollenti quando la segnalazione da parte della stazione appaltante e la conseguente iscrizione siano un atto dovuto (conformi, *ex multis*: Cons. di Stato, Sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3754; Id., 24 dicembre 2009, n. 8720; Id., 4 agosto 2009, n. 4905). Così, in caso di segnalazione di episodi di grave negligenza, grave inadempimento o false dichiarazioni, la stazione appaltante sarà sempre tenuta a dare avviso di avvio del procedimento, stante l'impossibilità da parte dell'interessato di sapere *ex ante* se e quando tale valutazione verrà svolta e se vi sarà o meno. La posizione del Consiglio di Stato sembra condivisibile. D'altronde, né dalla legge n. 241/1990, né dal sistema della legislazione sui pubblici appalti, è possibile dedurre, quanto allo specifico procedimento di iscrizione dei dati nel casellario informatico presso l'Osservatorio, una deroga al principio generale dell'avviso di avvio del procedimento. Anzi, una conferma della necessità di garantire la partecipazione (mediante avviso di avvio del procedimento e mediante contraddittorio) nel procedimento di iscrizione di dati e notizie nel casellario informatico si desume proprio dalla determinazione n. 1/2008 dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, che ha istituito il casellario informatico per servizi e forniture (cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4905).

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, 423;
- F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Ed. Dike, 2012.