

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28967-legittimo-provvedimento-di-un-comune-con-il-qual- viene-comminata-alla-ricorrente-la-sanzione-accessoria-dell-esclusione-per-un-periodo-di-tre-anni-dalle-gare-indette-dal-comune-stesso-e-dall-ele>

Autore: Lazzini Sonia

**Legittimo provvedimento di un Comune con il quale viene  
comminata alla ricorrente la sanzione accessoria  
dell'esclusione per un periodo di tre anni dalle gare indette  
dal Comune stesso e dall'elenco delle Cooperative Sociali**

**Tar Sicilia, Catania, 25.01.2010 n. 79**

**Legittimo provvedimento di un Comune con il quale viene comminata alla ricorrente la sanzione accessoria dell'esclusione per un periodo di tre anni dalle gare indette dal Comune stesso e dall'elenco delle Cooperative Sociali**

la decisione di tornare o meno sulle proprie precedenti determinazioni appartiene all'apprezzamento insindacabile dell'Amministrazione, senza che la presentazione di un'istanza di riesame da parte dell'interessato possa poi da questi essere surrettiziamente utilizzata per richiedere tardivamente il sindacato del giudice sulla legittimità del provvedimento

correttamente l'Amm.ne ha detratto dalla durata della sanzione il periodo di sospensione dell'esecutività del provvedimento sanzionatorio, periodo nel corso del quale, si ripete, l'impresa ha partecipato a gare e gestito servizi, senza che la sopravvenuta risoluzione dei contratti possa vanificare l'esperienza acquisita ed i corrispettivi maturati.

E' intuitivo che chi chiede la sospensione cautelare di un provvedimento affittivo di durata (id est la sanzione della cancellazione triennale e il divieto triennale di partecipare ad appalti) assume su di sé il rischio degli eventuali effetti demolitori della sentenza che dovesse rigettare nel merito il ricorso. Sotto tale profilo, il rigetto del ricorso non può costituire il presupposto per un vantaggio indiretto per la parte che nel ricorso stesso abbia richiesto ed ottenuto a suo tempo la misura cautelare

Con il primo ricorso lamenta "Nullità della originaria sanzione per difetto assoluto di attribuzione ex art. 21 septies l. 241/90. Nullità o comunque illegittimità derivata dei successivi provvedimenti applicativi": il provvedimento n. 252 del 14 febbraio 2006, con il quale l'Amministrazione Comunale, oltre ad escludere la ricorrente dalla procedura in corso di espletamento, ha comminato alla stessa la sanzione accessoria dell'esclusione per un periodo di tre anni dalle gare indette dal Comune di Ragusa e dall'elenco delle Cooperative Sociali tenuto presso la stessa amministrazione, sarebbe nullo per difetto assoluto di attribuzione, ed i provvedimenti successivi a loro volta nulli o comunque illegittimi, poiché non esiste alcuna norma che preveda la sanzione dell'esclusione dalle gare per un triennio, dunque l'Amministrazione non era titolare del relativo potere.

Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente lamenta "Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento di potere, illogicità manifesta e travisamento dei fatti", in quanto, secondo la sua prospettazione, la sanzione triennale sarebbe stata interamente scontata.

L'amministrazione ha comminato la sospensione triennale con il provvedimento n. 252 del 14 febbraio 2006, quindi i tre anni di esclusione dalle gare e dall'elenco dovrebbero considerarsi scontati a decorrere dal 14 febbraio 2009.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il collegio prende in esame la prima censura, con la quale parte ricorrente lamenta la nullità della determinazione dirigenziale n. 252/2006 sostenendo che la norma richiamata quale fondamento del potere sanzionatorio, art. 12 del d.lgs. n. 157/1995, in realtà, facendo riferimento alla esclusione "dalle gare" come sanzione per coloro i quali siano incorsi in false dichiarazioni, non dispone alcunché in relazione alla durata di tale sanzione.

L'argomento appare infondato

In primo luogo, occorre chiarire che non sussiste affatto la carenza di una norma attributiva del potere sanzionatorio.

E' al riguardo troncante ricordare che il C.G.A., adito in appello dalla Cooperativa, con decisione n.683/08 ha, fra l'altro, precisato che "l'art. 12 del D.Lgs. n. 157 del 1995, nel testo vigente al tempo della procedura ufficiosa di cui si tratta, prevedeva, alla lett. f), l'esclusione di coloro «che si sono resi gravemente colpevoli di false dichiarazioni nel fornire informazioni che possono essere richieste ai sensi del presente articolo o degli articoli da 13 a 17».

"A sua volta, la lettera di invito alla gara ufficiosa in questione, ha previsto, in caso di dichiarazioni mendaci, l'esclusione dalle gare per l'affidamento di servizi, lavori e forniture indette dal Comune di Ragusa, a norma del citato art. 12, lett. f) del D.Lgs. n. 157 del 1995, che nell'ambito del Settore XII – servizi sociali – ha istituito – ed in relazione agli strumenti per la realizzazione degli inserimenti lavorativi – l'Albo delle Cooperative sociali di tipo "B"; suddiviso in Sezioni in base alle diverse attività" – soggetto a revisione annuale ed aperto all'iscrizione delle cooperative regolarmente costituite ed iscritte all'Albo, in possesso dei prescritti requisiti, fra cui la sede legale in Ragusa, a cui l'Ente può attingere per affidare la fornitura di beni e servizi o l'esecuzione di lavori, a norma del relativo regolamento, che prevede la cancellazione dall'albo della cooperativa iscritta per il caso di perdita dei requisiti di iscrizione e per gravi inadempienze contrattuali.

"3. Nel citato quadro di riferimento, è legittimo il provvedimento con il quale l'Amministrazione comunale - ..... - ha annullato l'aggiudicazione e disposto l'esclusione del concorrente per anni tre dagli affidamenti del Comune".

La ricostruzione sopra testualmente riportata, viene pienamente condivisa dal Collegio e sgombra il campo dalla prospettazione di parte ricorrente, atteso che nel caso in questione l'attribuzione del potere di comminare la sanzione deriva dal richiamato art.12, per cui l'eventuale vizio relativo alla durata della sanzione comporta un cattivo esercizio del potere, che, all'evidenza, non si sostanzia in un vizio di nullità (ricorrente solo nel caso di assoluta inidoneità strutturale dell'atto), bensì in un vizio di legittimità, la cui delibazione è preclusa a questo Tribunale per effetto del giudicato formatosi a suo tempo in dipendenza delle sentenze della Sezione n. 1311/07 e del CGA n.683/08.

Il Collegio passa all'esame della seconda censura, con la quale, come esposto in premesse, sostanzialmente si deduce l'illegittimità degli atti impugnati in quanto le sanzioni erano state già scontate, decorrendo dalla data del provvedimento di esclusione (14.2.2006), di guisa che i tre anni sono venuti a scadenza il 14.2.2009.

Sarebbe dunque illegittima la determinazione dell'Amm.ne intimata, nel far decorrere il termine dalla data di deposito della sentenza n.1311/07, di definizione del giudizio n.631/06.

Il Collegio ritiene la doglianza infondata.

In primo luogo, non può condividersi l'argomentazione della ricorrente secondo la quale la stessa verrebbe pregiudicata dalla definizione nel merito del ricorso n.631/06, avvenuta con sentenza n.1311/07, con il conseguente travolgimento, con effetto retroattivo, degli effetti discendenti dall'ordinanza cautelare interinalmente concessa.

E' infatti intuitivo che chi chiede la sospensione cautelare di un provvedimento affittivo di durata (id est la sanzione della cancellazione triennale e il divieto triennale di partecipare ad appalti) assume su di sé il rischio degli eventuali effetti demolitori della sentenza che dovesse rigettare nel merito il ricorso.

Sotto tale profilo, il rigetto del ricorso non può costituire il presupposto per un vantaggio indiretto per la parte che nel ricorso stesso abbia richiesto ed ottenuto a suo tempo la misura cautelare. Quindi, in questi casi, la "durata" minima della sanzione deve computarsi in termini puramente materiali, rispetto ai quali gli effetti retroattivi, puramente giuridici, del giudicato finale (e quindi il prospettato travolgimento ex tunc degli incidenti del processo, come quello della sospensione degli atti impugnati) sono privi di rilevanza; e ciò per il principio basilare del "factum infectum fieri non potest" e specularmente, il "non fatto" (ossia la pena non scontata) non può essere ritenuto, per fictio giuridica, come "fatto".

Secondo la giurisprudenza, intervenuta in varie fattispecie, "l'effetto retroattivo del giudicato d'annullamento dà luogo ad una «fictio juris», che incontra un limite insormontabile nella sostanza degli avvenimenti già maturati, secondo il principio «factum infectum fieri nequit», e perciò rimuove «ex tunc» il titolo giuridico, ma non vale ad eliminare il fatto ...": cfr. T.A.R. Marche, 06 giugno 1978 , n. 217; Consiglio Stato , sez. VI, 20 marzo 2007 , n. 1315.

La necessità di tener conto del principio "factum infectum fieri nequit", che si pone come limite alla retroattività dell'annullamento, non deriva dal contenuto del giudicato, ma dall'attività di rinnovazione degli atti annullati susseguenti al giudicato: Consiglio Stato , sez. IV, 03 marzo 1997 , n. 181.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 79 del 25 gennaio 2010, emessa dal Tar Sicilia, Catania

**N. 00079/2010 REG.SEN.**

**N. 01785/2009 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**sezione staccata di Catania (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 1785 del 2009, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da:

"Leonardo" Cooperativa Sociale Onlus, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Romano, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Iudica in Catania, via Umberto, 303;

***contro***

Comune di Ragusa, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Frediani, con domicilio eletto presso l'avv. Angelo Frediani in Ragusa, Segreteria;

***nei confronti di***

Ati Cooperativa Esistere - Cooperativa Pegaso, non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

- del provvedimento prot. n. 40121/5° del 12 maggio 2009 con cui il dirigente del settore gestione affari patrimoniali, consulenze appalti, gare ed aste, contratti, ha comunicato l'esclusione della Cooperativa Leonardo dalla gara per l'affidamento del servizio relativo alla conduzione impianto di sollevamento idrico Lusia;
- del provvedimento prot. n. 43398/5° del 21 maggio 2009;
- del verbale di gara del 27 aprile 2009;
- della determinazione dirigenziale n. 94 del 29 maggio 2009;
- della determinazione dirigenziale n. 252/2006 e, ove occorra, della determinazione 30 ottobre 2007 n. 2384.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Ragusa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 dicembre 2009 il dott. Maria Stella Boscarino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio, notificato il 10.7.2009 e depositato il 13.7.2009, la Cooperativa Sociale Onlus "Leonardo" espone di aver impugnato, con precedente ricorso, il provvedimento n. 252 del 14 febbraio 2006, con il quale il Comune di Ragusa ne aveva disposto per tre anni la esclusione dalla gare.

In detto giudizio questo Tribunale accordava la sospensione cautelare del provvedimento n. 252/2006, ma successivamente con sentenza n.1311/07 veniva rigettato nel merito il ricorso.

La sentenza, per come comprovato in giudizio dal Comune di Ragusa, veniva confermata dal C.G.A., adito in appello dalla Cooperativa, con decisione n.683/08.

Con determinazione 30 ottobre 2007 n. 2384 veniva confermata la determinazione dirigenziale n. 252/2006 .

Avverso detta determina la ricorrente proponeva ricorso straordinario.

Con provvedimento prot. n. 40121/5° del 12 maggio 2009 il dirigente del settore gestione affari patrimoniali, consulenze appalti, gare ed aste, contratti, comunicava l'esclusione della Cooperativa Leonardo dalla gara per l'affidamento del servizio relativo alla conduzione impianto di sollevamento idrico Lusìa.

Con provvedimento prot. n. 43398/5° del 21 maggio 2009 l'Amm.ne rigettava l'istanza della ricorrente di reinserimento nell'albo delle cooperative sociali di tipo "B", ritenendo operante la sanzione di esclusione triennale dalla gare, decorrente dalla data della sentenza n. n.1311/07.

Avverso detti atti la ricorrente deduce due motivi di ricorso.

Con il primo lamenta "Nullità della originaria sanzione per difetto assoluto di attribuzione ex art. 21 septies l. 241/90. Nullità o comunque illegittimità derivata dei successivi provvedimenti applicativi": il provvedimento n. 252 del 14 febbraio 2006, con il quale l'Amministrazione Comunale, oltre ad escludere la ricorrente dalla procedura in corso di espletamento, ha comminato alla stessa la sanzione accessoria dell'esclusione per un periodo di tre anni dalle gare indette dal Comune di Ragusa e dall'elenco delle Cooperative Sociali tenuto presso la stessa amministrazione, sarebbe nullo per difetto assoluto di attribuzione, ed i provvedimenti successivi a loro volta nulli o comunque illegittimi, poiché non esiste alcuna norma che preveda la sanzione dell'esclusione dalle gare per un triennio, dunque l'Amministrazione non era titolare del relativo potere.

Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente lamenta "Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento di potere, illogicità manifesta e travisamento dei fatti", in quanto, secondo la sua prospettazione, la sanzione triennale sarebbe stata interamente scontata.

L'amministrazione ha comminato la sospensione triennale con il provvedimento n. 252 del 14 febbraio 2006, quindi i tre anni di esclusione dalla gare e dall'elenco dovrebbero considerarsi scontati a decorrere dal 14 febbraio 2009.

Secondo la ricorrente, la sospensione cautelare del provvedimento n. 252/2006 non dovrebbe essere computata a questi fini.

La sentenza di rigetto nel merito del ricorso produrrebbe effetti ex tunc, travolgendo anche la sospensiva cautelare, e infatti la ricorrente ha perso tutti gli affidamenti ottenuti medio tempore sulla scorta della sospensione cautelare.

Con ordinanza n.1197/2009 questa Sezione ha respinto la domanda cautelare, ritenendo che "la finalità afflittiva della sanzione richiede che la stessa venga scontata per il tempo previsto".

Il CGA ha accolto l'appello proposto dalla Cooperativa ai fini della fissazione nel merito del ricorso e quindi per l'approfondimento della questione controversa.

Con ricorso per motivi aggiunti la ricorrente avverso il provvedimento del 3.7.2009 di rigetto della sua istanza di eliminazione in autotutela della sanzione; istanza motivata dalla sopravvenienza normativa di cui al D.L.vo 163/2006 che disciplina ex novo la fattispecie afflittiva.

Il Comune si è costituito in giudizio a sostegno della legittimità degli atti impugnati.

Le parti hanno prodotto memorie.

All'Udienza del 22.12.2009 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

I. Il collegio prende in esame la prima censura, con la quale parte ricorrente lamenta la nullità della determinazione dirigenziale n. 252/2006 sostenendo che la norma richiamata quale fondamento del potere sanzionatorio, art. 12 del d.lgs. n. 157/1995, in realtà, facendo riferimento alla esclusione "dalle gare" come sanzione

per coloro i quali siano incorsi in false dichiarazioni, non dispone alcunché in relazione alla durata di tale sanzione.

L'argomento appare infondato.

In primo luogo, occorre chiarire che non sussiste affatto la carenza di una norma attributiva del potere sanzionatorio.

E' al riguardo troncante ricordare che il C.G.A., adito in appello dalla Cooperativa, con decisione n.683/08 ha, fra l'altro, precisato che "l'art. 12 del D.Lgs. n. 157 del 1995, nel testo vigente al tempo della procedura ufficiosa di cui si tratta, prevedeva, alla lett. f), l'esclusione di coloro «che si sono resi gravemente colpevoli di false dichiarazioni nel fornire informazioni che possono essere richieste ai sensi del presente articolo o degli articoli da 13 a 17».

"A sua volta, la lettera di invito alla gara ufficiosa in questione, ha previsto, in caso di dichiarazioni mendaci, l'esclusione dalle gare per l'affidamento di servizi, lavori e forniture indette dal Comune di Ragusa, a norma del citato art. 12, lett. f) del D.Lgs. n. 157 del 1995, che nell'ambito del Settore XII – servizi sociali – ha istituito – ed in relazione agli strumenti per la realizzazione degli inserimenti lavorativi – l'Albo delle Cooperative sociali di tipo “B”; suddiviso in Sezioni in base alle diverse attività” – soggetto a revisione annuale ed aperto all'iscrizione delle cooperative regolarmente costituite ed iscritte all'Albo, in possesso dei prescritti requisiti, fra cui la sede legale in Ragusa, a cui l'Ente può attingere per affidare la fornitura di beni e servizi o l'esecuzione di lavori, a norma del relativo regolamento, che prevede la cancellazione dall'albo della cooperativa iscritta per il caso di perdita dei requisiti di iscrizione e per gravi inadempienze contrattuali.

"3. Nel citato quadro di riferimento, è legittimo il provvedimento con il quale l'Amministrazione comunale - ..... - ha annullato l'aggiudicazione e disposto l'esclusione del concorrente per anni tre dagli affidamenti del Comune".



La ricostruzione sopra testualmente riportata, viene pienamente condivisa dal Collegio e sgombra il campo dalla prospettazione di parte ricorrente, atteso che nel caso in questione l'attribuzione del potere di comminare la sanzione deriva dal richiamato art.12, per cui l'eventuale vizio relativo alla durata della sanzione comporta un cattivo esercizio del potere, che, all'evidenza, non si sostanzia in un vizio di nullità (ricorrente solo nel caso di assoluta inidoneità strutturale dell'atto), bensì in un vizio di legittimità, la cui delibazione è preclusa a questo Tribunale per effetto del giudicato formatosi a suo tempo in dipendenza delle sentenze della Sezione n. 1311/07 e del CGA n.683/08.

Ne consegue in parte l'inammissibilità ed in parte l'infondatezza della censura.

II. Il Collegio passa all'esame della seconda censura, con la quale, come esposto in premesse, sostanzialmente si deduce l'illegittimità degli atti impugnati in quanto le sanzioni erano state già scontate, decorrendo dalla data del provvedimento di esclusione (14.2.2006), di guisa che i tre anni sono venuti a scadenza il 14.2.2009.

Sarebbe dunque illegittima la determinazione dell'Amm.ne intimata, nel far decorrere il termine dalla data di deposito della sentenza n.1311/07, di definizione del giudizio n.631/06.

Il Collegio ritiene la doglianza infondata.

In primo luogo, non può condividersi l'argomentazione della ricorrente secondo la quale la stessa verrebbe pregiudicata dalla definizione nel merito del ricorso n.631/06, avvenuta con sentenza n.1311/07, con il conseguente travolgimento, con effetto retroattivo, degli effetti discendenti dall'ordinanza cautelare interinalmente concessa.

E' infatti intuitivo che chi chiede la sospensione cautelare di un provvedimento affittivo di durata (id est la sanzione della cancellazione triennale e il divieto triennale di partecipare ad appalti) assume su di sé il rischio degli eventuali effetti demolitori della sentenza che dovesse rigettare nel merito il ricorso.

Sotto tale profilo, il rigetto del ricorso non può costituire il presupposto per un vantaggio indiretto per la parte che nel ricorso stesso abbia richiesto ed ottenuto a suo tempo la misura cautelare. Quindi, in questi casi, la "durata" minima della sanzione deve computarsi in termini puramente materiali, rispetto ai quali gli effetti retroattivi, puramente giuridici, del giudicato finale (e quindi il prospettato travolgimento ex tunc degli incidenti del processo, come quello della sospensione degli atti impugnati) sono privi di rilevanza; e ciò per il principio basilare del "factum infectum fieri non potest" e specularmente, il "non fatto" (ossia la pena non scontata) non può essere ritenuto, per fictio giuridica, come "fatto".

D'altra parte, la partecipazione della ricorrente a gare e l'aggiudicazione di appalti, avvenute nel corso del periodo in cui ha operato la sospensione cautelare del provvedimento interdittivo, non possono certo ritenersi come inesistenti e quindi devono condurre alla detrazione del periodo di tempo dalla durata sancita dalla sanzione.

Secondo la giurisprudenza, intervenuta in varie fattispecie, "l'effetto retroattivo del giudicato d'annullamento dà luogo ad una «fictio juris», che incontra un limite insormontabile nella sostanza degli avvenimenti già maturati, secondo il principio «factum infectum fieri nequit», e perciò rimuove «ex tunc» il titolo giuridico, ma non vale ad eliminare il fatto ...": cfr. T.A.R. Marche, 06 giugno 1978 , n. 217; Consiglio Stato , sez. VI, 20 marzo 2007 , n. 1315.

La necessità di tener conto del principio "factum infectum fieri nequit", che si pone come limite alla retroattività dell'annullamento, non deriva dal contenuto del giudicato, ma dall'attività di rinnovazione degli atti annullati susseguenti al giudicato: Consiglio Stato , sez. IV, 03 marzo 1997 , n. 181.

Applicando i superiori principi al caso in esame, ne consegue all'evidenza come correttamente l'Amm.ne abbia detratto dalla durata della sanzione il periodo di sospensione dell'esecutività del provvedimento sanzionatorio, periodo nel corso

del quale, si ripete, l'impresa ha partecipato a gare e gestito servizi, senza che la sopravvenuta risoluzione dei contratti possa vanificare l'esperienza acquisita ed i corrispettivi maturati.

Ne consegue l'infondatezza della censura.

III. Il Collegio passa all'esame del ricorso per motivi aggiunti, con il quale la ricorrente avversa il provvedimento del 3.7.2009 di rigetto dell'istanza di eliminazione in autotutela della sanzione, istanza motivata dalla sopravvenienza normativa di cui al D.L.vo 163/2006 che disciplina ex novo la fattispecie afflittiva.

Il gravame è infondato, alla luce del pacifico principio secondo il quale la decisione di tornare o meno sulle proprie precedenti determinazioni appartiene all'apprezzamento insindacabile dell'Amministrazione, senza che la presentazione di un'istanza di riesame da parte dell'interessato possa poi da questi essere surrettiziamente utilizzata per richiedere tardivamente il sindacato del giudice sulla legittimità del provvedimento (in termini, tra le più recenti, T.A.R. Umbria Perugia, sez. I, 15 gennaio 2009, n. 7).

IV. Conclusivamente i ricorsi introduttivo e per motivi aggiunti vengono rigettati.

Il Collegio stima equo disporre l'integrale compensazione delle spese di giudizio, attesa la peculiarità della fattispecie e la insussistenza di consolidati orientamenti giurisprudenziali.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia – Sezione staccata di Catania – Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo rigetta; compensa spese ed onorari del giudizio.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 22 dicembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Giovanni Milana, Consigliere

Maria Stella Boscarino, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/01/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO