

## Urteilkopf

148 II 106

7. Estratto della sentenza della II Corte di diritto pubblico nella causa A.A. S.A.U. e B.A. SA contro Consiglio di Stato del Cantone Ticino (ricorso in materia di diritto pubblico) 2C\_155/2021 / 2C\_157/2021 del 14 dicembre 2021

**Regeste (de):**

Art. 45 und 45a des früheren Gesetzes über die öffentlichen Aufträge des Kantons Tessin vom 20. Februar 2001 (aGöA) und Art. 45a und 45b desselben derzeit in Kraft stehenden Gesetzes (GöA). Öffentliche Beschaffung: Geldstrafe nach Vergabe von Unteraufträgen ohne Genehmigung der Vergabebehörde; Art; Verjährung. Analoge Anwendung der Verjährungsfrist nach Art. 49a Abs. 3 lit. b KG.

Darstellung der bestehenden vergaberechtlichen Sanktionen (E. 4.5.4.1). Sowohl nach dem früheren (Art. 45 und 45a aGöA; E. 4.5.1) als auch nach dem heute in Kraft stehenden kantonalen Recht (Art. 45a und 45b GöA; E. 4.5.2) stellt die streitige Geldstrafe eine Verwaltungssanktion dar. Erläuterung des neuen Bundes- und interkantonalen Rechts zu diesem Thema (E. 4.5.4.2, 4.5.4.3 und 4.5.4.4). Eine in einem Verwaltungsverfahren verhängte Geldstrafe ist als verwaltungsrechtliche und nicht als strafrechtliche Sanktion zu betrachten, auch wenn sie in ihren Wirkungen mit letzterer vergleichbar ist (E. 4.5.5). In Ermangelung einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage (siehe dazu E. 4.3) hat das Kantonsgericht nicht willkürlich gehandelt, insofern es die in Art. 49a Abs. 3 lit. b KG vorgesehene Verjährungsfrist von fünf Jahren analog angewandt hat (E. 4.6) und die Frist ab Beendigung der durch die nicht genehmigten Subunternehmer ausgeführten Arbeiten laufen liess (E. 4.7).

**Regeste (fr):**

Art. 45 et 45a de l'ancienne loi sur les marchés publics du Canton du Tessin du 20 février 2001 (aLCPub) et art. 45a et 45b de la même loi actuellement en vigueur (LCPub). Marchés publics: peine pécuniaire suite à une sous-traitance sans l'autorisation du pouvoir adjudicateur; nature; prescription. Application par analogie du délai de prescription de l'art. 49a al. 3 let. b LCart.

Illustration des sanctions existantes dans le droit des marchés publics (consid. 4.5.4.1). Tant sous le régime de l'ancien (art. 45 et 45a aLCPub; consid. 4.5.1) que de l'actuel droit cantonal (art. 45a et 45b LCPub; consid. 4.5.2), la peine pécuniaire litigieuse constitue une sanction administrative. Exposé du nouveau droit fédéral et intercantonal en la matière (consid. 4.5.4.2, 4.5.4.3 et 4.5.4.4). Une peine pécuniaire prononcée dans le cadre d'une procédure administrative doit être considérée comme une sanction administrative et non comme une sanction de droit pénal, même si elle déploie des effets analogues à cette dernière (consid. 4.5.5). En l'absence d'une base légale explicite (sur cette question, voir consid. 4.3), la Cour cantonale n'a pas fait preuve d'arbitraire en appliquant par analogie le délai de prescription de cinq ans prévu à l'art. 49a al. 3 let. b LCart (consid. 4.6) et en le faisant courir dès la fin des travaux effectués par les sous-traitants non autorisés (consid. 4.7).

**Regesto (it):**

Artt. 45 e 45a della previgente legge sulle commesse pubbliche del Canton Ticino del 20 febbraio 2001 (vLCPubb) e artt. 45a e 45b della medesima legge attualmente in vigore (LCPubb). Commesse pubbliche: pena pecuniaria in seguito ad un subappalto senza autorizzazione del committente; natura; prescrizione. Applicazione per analogia del termine di prescrizione di cui all'art. 49a cpv. 3 lett. b LCart.

Illustrazione delle sanzioni esistenti nel diritto delle commesse pubbliche (consid. 4.5.4.1). Sia sotto l'egida del diritto cantonale previgente (artt. 45 e 45a vLCPubb; consid. 4.5.1) che di quello attuale (artt. 45a e 45b LCPubb; consid. 4.5.2) la pena pecuniaria litigiosa costituisce

una sanzione amministrativa. Esposto del nuovo diritto federale e intercantonale in materia (consid. 4.5.4.2, 4.5.4.3 e 4.5.4.4). Una pena pecuniaria pronunciata in una procedura amministrativa va considerata una sanzione amministrativa e non una sanzione del diritto penale anche se essa, nei suoi effetti, è analoga a quest'ultima (consid. 4.5.5). In assenza di una base legale esplicita (sulla problematica, vedasi consid. 4.3), applicando per analogia il termine di prescrizione di cinque anni di cui all'art. 49a cpv. 3 lett. b LCart (consid. 4.6) e facendolo decorrere dalla fine dei lavori effettuati dai subappaltatori non autorizzati (consid. 4.7), la Corte cantonale non è incorsa nell'arbitrio.

Sachverhalt ab Seite 108

BGE 148 II 106 S. 108

A.

A.a L'8 febbraio 2008 il Municipio di X. ha indetto un pubblico concorso, retto dal Concordato intercantonale del 25 novembre 1994 sugli appalti pubblici, modificato il 15 marzo 2001 (CIAP; RL/TI 730.500) e impostato secondo la procedura selettiva per aggiudicare le opere da impresa generale concernenti l'edificazione della parte pubblica del C.; il bando è stato pubblicato sul Foglio ufficiale (FU) (...) Gli atti di gara prevedevano la facoltà di subappaltare parte dei lavori. In particolare era previsto che la sostituzione di un subappaltatore, segnatamente ad opera del deliberatario, deve essere sottoposta per approvazione al committente.

A.b L'8 aprile 2009, il committente ha deliberato al Consorzio A., composto dalle ditte A.A. S.A.U., B.A. SA e D. SA e che aveva indicato 13 subappaltatori, le opere da impresa generale per un importo di fr. 128'687'614.-. Il 26 novembre 2009 il Comune di X. e il Consorzio A. hanno concluso il contratto di appalto che, fra le altre cose, riprendeva e specificava le clausole concorsuali in merito al subappalto, segnatamente che la sostituzione del subappaltatore, tra l'altro su iniziativa del deliberatario, in corso d'opera deve essere notificata e autorizzata dal committente.

B.

B.a Dopo un iter che non occorre qui rievocare, il 27 agosto 2014 l'allora Ufficio dei lavori sussidiati e degli appalti (ULSA, ora Ufficio di vigilanza sulle commesse pubbliche [UVCP]) ha notificato alle tre consorziate A.A. S.A.U., B.A. SA e D. SA (nel frattempo fallita) l'apertura nei loro confronti di un procedimento amministrativo per violazione delle normative legali vigenti in materia di appalti pubblici, più precisamente per subappalto non autorizzato dal committente di diverse opere sul cantiere, procedimento poi esteso il 9 luglio 2015 ad altri interventi.

B.b Con decisione del 21 agosto 2019 il Consiglio di Stato ha escluso A.A. S.A.U. e B.A. SA dalla partecipazione a tutti gli appalti assoggettati alla legge del 20 febbraio 2001 sulle commesse pubbliche (LCPubb; RL/TI 730.100) o al CIAP per un periodo di 24 mesi e le ha condannate al pagamento di una pena pecuniaria di fr. 109'000.- ciascuna.

BGE 148 II 106 S. 109

B.c Il 4 gennaio 2021 il Tribunale cantonale amministrativo, accogliendo parzialmente il ricorso delle due consorziate, ha annullato la loro esclusione dalla partecipazione a tutti i concorsi pubblici per 24 mesi ed ha ridotto le rispettive pene a fr. 100'000.- ciascuna.

C. Il 12 febbraio 2021 A.A. S.A.U. (causa 2C\_155/2021) e B.A. SA (causa 2C\_157/2021), patrocinate dal medesimo avvocato, hanno inoltrato al Tribunale federale due distinti (ma nel tenore identici) ricorsi in materia di diritto pubblico, da trattare in subordine come ricorsi sussidiari in materia costituzionale, con i quali chiedono, tra l'altro, che anche la sanzione pecuniaria ridotta dal Tribunale cantonale amministrativo venga annullata. Dopo aver congiunto le cause il Tribunale federale, dichiarati inammissibili i ricorsi sussidiari in materia costituzionale, ha respinto, in quanto ammissibili, i ricorsi in materia di diritto pubblico. (riassunto)

Erwägungen

Dai considerandi:

4.

4.1 I ricorsi sollevano innanzitutto la questione della prescrizione dell'azione sanzionatoria del

committente. In effetti, constatando che la legislazione in materia di commesse pubbliche non prevede termini di prescrizione e considerando che in simili circostanze il giudice debba fondarsi sulle norme stabilite dal legislatore in casi analoghi, il Tribunale cantonale amministrativo si è ispirato all'art. 49a cpv. 3 lett. b della legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (LCart; RS 251), che libera l'impresa che ha preso parte ad una limitazione della concorrenza da ogni sanzione se il comportamento illecito ha cessato di esplicare i suoi effetti da oltre cinque anni prima dell'apertura dell'inchiesta. A supporto della sua tesi, la precedente istanza ha fatto riferimento anche alla DTF 140 II 384 nella quale il Tribunale federale aveva preso in considerazione la medesima norma in relazione ad una sanzione amministrativa (pena pecuniaria) pronunciata nei confronti del gestore di un casinò per violazione degli obblighi di diligenza impostigli dalla legislazione in materia di case da gioco. I giudici cantonali hanno quindi concluso che la sanzione sarebbe stata prescritta se il comportamento illecito delle ricorrenti si fosse concluso da oltre cinque anni dall'avvio della procedura amministrativa, ciò che in concreto non era il caso, siccome i lavori effettuati dai subappaltatori senza la debita autorizzazione erano terminati al più BGE 148 II 106 S. 110

presto da dicembre 2012 in poi e le procedure amministrative nei confronti delle ricorrenti erano state aperte il 27 agosto 2014, rispettivamente il 9 luglio 2015.

4.2 Le ricorrenti sostengono che tale ragionamento violi gli artt. 5, 9 e 36 cpv. 3 Cost. In particolare, esse concordano con la constatazione dei giudici cantonali secondo cui la normativa cantonale in materia di appalti pubblici non disciplina la prescrizione dell'azione sanzionatoria intrapresa in applicazione dell'art. 45 vLCPubb (nella versione in vigore fino al 31 dicembre 2019, BU 2019, 218); tuttavia ravvisano nell'analogia da essi operata una violazione del divieto dell'arbitrio e della buona fede. A loro avviso questa deduzione non sarebbe sorretta da alcun valido appiglio e paragonerebbe tra loro fatti non pertinenti. Il tenore degli artt. 45 cpv. 1 e 45b vLCPubb, come pure le considerazioni formulate dal Consiglio federale nell'ambito della revisione del diritto in materia di commesse pubbliche del 2019 avrebbero invece dovuto confermare la natura penale o quasi-penale della sanzione in questione e condurre di conseguenza "eo ipso" all'applicazione del termine di prescrizione di tre anni dettato dall'art. 3 della legge ticinese del 20 aprile 2010 di procedura per le contravvenzioni (RL/TI 311.100; in seguito: LPContr) - alla quale rinviava espressamente anche l'art. 45b cpv. 2 vLCPubb - e quindi in definitiva all'art. 109 CP. D'altro canto, secondo le ricorrenti, l'art. 49a cpv. 3 lett. b LCart non regolerebbe la prescrizione dell'azione, bensì i casi di esenzione da sanzione e questo quando il comportamento limitativo della concorrenza (ovvero l'atto illecito) è cessato 5 anni prima dell'apertura dell'inchiesta, ciò che avrebbe a loro avviso semmai dovuto indurre la precedente istanza a considerare come riferimento temporale non tanto la fine dei lavori effettuati in virtù del subappalto illecito, bensì il momento della conclusione del contratto di subappalto e della sua mancata notifica al committente: tali circostanze, che costituiscono l'atto illecito, risalirebbero all'aprile 2010, ossia ad oltre cinque anni dall'apertura del procedimento, che è avvenuta il 9 luglio 2015 quindi quando i 5 anni erano già trascorsi.

4.3 Un diritto si prescrive quando il suo titolare perde la facoltà di esigerne l'esecuzione forzata (THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2a ed. 2018, pag. 261). In diritto amministrativo non è raro che la prescrizione non sia espressamente disciplinata (PIERRE LOUIS MANFRINI, Les embûches de la prescription, in Le insidie della prescrizione, 2019, pagg. 101 segg., segnatamente pag. 103; THOMAS BGE 148 II 106 S. 111

MEIER, Verjährung und Verwirkung öffentlich-rechtlicher Forderungen, 2013, pag. 157). Il Tribunale federale ha nondimeno riconosciuto che, in quanto istituzione generale del diritto, il principio della prescrivibilità delle pretese di diritto pubblico si impone anche in assenza di una base legale esplicita in virtù dei principi della sicurezza del diritto e della buona fede, che appaiono irrinunciabili in uno Stato fondato sul diritto (DTF 140 II 384 consid. 4.2; DTF 126 II 49 consid. 2a, DTF 126 II 54 consid. 7; DTF 125 V 396 consid. 3a e rispettivi riferimenti; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8a ed. 20, n. 764 segg.; TANQUEREL, op. cit., pag. 261). La prescrizione non si applica solo ai crediti pecuniari, ma anche al diritto di pronunciare una sanzione amministrativa avente carattere penale (DTF 140 II 384 consid. 4.2). Nel silenzio del diritto positivo, è il giudice che deve decidere secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore (art. 1 cpv. 2 CC), applicando per analogia il termine previsto da un'altra legge di diritto pubblico in una situazione assimilabile a quella che lo occupa o, se non ne esistono, facendo ricorso ai principi generali del diritto, segnatamente del diritto civile in materia di prescrizione (DTF 140 II 384 consid. 4.2 con i relativi riferimenti giurisprudenziali e dottrinali). Trattandosi in particolare di pretese derivanti da atti illeciti, la dottrina e la giurisprudenza tendono ad ammettere che il termine vada di regola fissato in cinque anni (DTF 126 II 54 consid. 7; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, n. 1252; più in

generale vedasi MEIER, op. cit., pagg. 158 segg.).

4.4 In concreto, come già sottolineato, applicando il diritto cantonale delle commesse pubbliche, il Tribunale cantonale amministrativo ha fatto ricorso per analogia all'art. 49a cpv. 3 lett. b LCart, ispirandosi alla soluzione che il Tribunale federale aveva trovato nella DTF 140 II 384 consid. 4.3 in relazione ad una pena pecuniaria pronunciata in virtù dell'art. 51 dell'ora abrogata legge federale del 18 dicembre 1998 sul gioco d'azzardo e sulle case da gioco (vLGG; RU 2018 5103 segnatamente 5145). Questa disposizione, intitolata "Sanzione amministrativa", prevedeva che al concessionario che commetteva a proprio vantaggio un'infrazione alla concessione o a una decisione passata in giudicato fosse addebitato un importo fino a tre volte il guadagno ottenuto con l'infrazione, oppure fino al 20 per cento del prodotto lordo dei giochi realizzato nell'ultimo anno d'esercizio. Il Tribunale federale ha ammesso che tale provvedimento andava considerato alla stregua di una

BGE 148 II 106 S. 112

sanzione amministrativa con carattere penale ai sensi dell'art. 6 CEDU, poiché, oltre ad avere un effetto preventivo, possedeva una componente penale e repressiva che si rifletteva nel fatto che il relativo importo non si limitava alla confisca del provento dell'infrazione ma - in funzione della gravità dell'infrazione e della colpa - poteva essere ben più elevato (DTF 140 II 384 consid. 3.2.2). Ha quindi giudicato che, stante la forte analogia che esso presentava con la sanzione di cui all'art. 49a LCart, la possibilità di adottare il provvedimento sanzionatorio in questione fosse prescritta se, al momento dell'avvio dell'inchiesta, il comportamento che doveva essere sanzionato era cessato da oltre cinque anni, come previsto appunto all'art. 49a cpv. 3 lett. b LCart (DTF 140 II 384 consid. 4.3.1). Occorre quindi ora esaminare se la deduzione operata dal Tribunale amministrativo cantonale nel giudizio impugnato regga ad un esame sotto il profilo dell'arbitrio.

4.5 A tal fine, e sempre con un potere di cognizione limitato all'arbitrio, è opportuno dapprima analizzare se il provvedimento contestato dalla ricorrente possa effettivamente essere qualificato come sanzione amministrativa con carattere penale, alla stessa stregua della sanzione comminata dal diritto in materia di case da gioco nella sentenza evocata nonché dal diritto della concorrenza.

4.5.1 L'art. 45 vLCPubb, nella versione applicabile alla presente fattispecie, portava il titolo marginale "Sanzioni amministrative" e il suo primo capoverso era del seguente tenore: "In caso di gravi violazioni della presente legge, il Consiglio di Stato infligge una congrua pena pecuniaria e/o può escludere il contravventore da ogni aggiudicazione per un periodo massimo di 5 anni." Il secondo capoverso enumerava le fattispecie che configuravano gravi violazioni ai sensi del precedente capoverso; tra queste figurava anche il subappalto senza l'accordo del committente. Il terzo capoverso fissava il limite massimo della pena pecuniaria al 20 % del valore della commessa e il quarto capoverso disciplinava la pubblicazione delle decisioni di esclusione. D'altra parte, l'art. 45a vLCPubb, che portava il titolo marginale "Sanzioni al committente", comminava una multa sino ad un massimo di fr. 20'000.- per atti illeciti intenzionali commessi dai membri dell'autorità committente e dai suoi ausiliari (cpv. 1) e l'art. 45b vLCPubb stabiliva che per le contravvenzioni era applicabile la legge ticinese del 20 aprile 2010 di procedura per le contravvenzioni.

BGE 148 II 106 S. 113

Questa formulazione era il frutto di una modifica della legge cantonale, entrata in vigore nel 2012, che intendeva rafforzare il sistema delle "sanzioni amministrative in caso di gravi violazioni della legge" introducendo nell'art. 45 vLCPubb "la possibilità di comminare una pena pecuniaria" accanto alla possibilità dell'esclusione da appalti futuri, già prevista dall'assetto preesistente (cfr. Messaggio del Consiglio di Stato n. 6455 dell'8 febbraio 2011 concernente la modifica dell'articolo 45 della Legge cantonale sulle commesse pubbliche relativo alle sanzioni amministrative, pag. 1). Con l'art. 45a vLCPubb, invece, è stata introdotta "la facoltà per il Consiglio di Stato di punire tramite contravvenzione i membri della committenza rei di aver violato le prescrizioni della legge" (Messaggio n. 6455 citato, pag. 2; corsivo aggiunto). L'art. 45b vLCPubb - che dal profilo sistematico risulta sotto il medesimo titolo marginale dell'art. 45a vLCPubb - si riferiva unicamente alle contravvenzioni comminate ai membri della committenza, ai quali (ma solo a loro, contrariamente a quanto sostengono le ricorrenti) si applicava la LPContr.

4.5.2 Il Tribunale federale ha già in passato statuito che la pena pecuniaria pronunciata in applicazione dell'art. 45 vLCPubb ha carattere amministrativo e ciò in ragione sia del titolo marginale della disposizione in questione ("Sanzioni amministrative"), sia del fatto che l'esclusione dai mercati pubblici futuri, che è contemplata dalla stessa disposizione quale misura alternativa o aggiuntiva, costituisce a sua volta una sanzione amministrativa; ha quindi scartato il ricorso in materia penale degli art. 78 segg. LTF (DTF 140 I 252 consid. 1.1). A medesima conclusione era giunto rispetto all'ammenda che, in virtù della legge vodese sui mercati pubblici, può essere pronunciata in maniera cumulativa o alternativa alle altre sanzioni previste dalla legge cantonale, quali l'avvertimento o la revoca dell'aggiudicazione, l'esclusione da ogni nuovo mercato per una durata massima di cinque

anni e l'esclusione dalla lista permanente degli offerenti qualificati. Il Tribunale federale aveva stabilito che, indipendentemente dal termine utilizzato - che può riferirsi tanto ad una sanzione di diritto amministrativo, quanto ad una sanzione di diritto penale - essa costituisce una misura amministrativa, come conferma anche il fatto che è pronunciata da un'autorità amministrativa e che, per di più, non può essere convertita in una pena privativa della libertà (DTF 138 I 367 consid. 1). In quel contesto aveva ulteriormente precisato che una simile qualificazione non pregiudica l'applicabilità delle garanzie degli art. 6 e 7 CEDU anche alle sanzioni

BGE 148 II 106 S. 114

del diritto delle commesse pubbliche, ove l'entità della sanzione sia tale da conferire loro carattere penale (DTF 138 I 367 consid. 5.2).

Questa Corte non vede ragioni fondate per scostarsi dalla propria giurisprudenza, che continua ad essere coerente non solo con la sistematica del diritto cantonale delle commesse pubbliche applicabile alla presente fattispecie (cfr. supra consid. 4.5.1), ma pure con la sua successiva modifica (cfr. infra consid. 4.5.3). Va peraltro rilevato che la qualifica del provvedimento litigioso alla stregua di una sanzione amministrativa è coerente pure con le categorizzazioni operate sia dalla nuova legislazione federale e intercantonale in materia di commesse pubbliche, sia dalla dottrina (cfr. infra consid. 4.5.4). Come si vedrà, in tutti questi ambiti, l'eventuale carattere penale del provvedimento ai sensi dell'art. 6 CEDU non ne cambia la natura di fondo amministrativa.

4.5.3 L'attuale LCPubb, profondamente rivista ed entrata in vigore il 1° gennaio 2020, ha riorganizzato le disposizioni relative all'impianto sanzionatorio come segue: l'art. 25 LCPubb, che già prevedeva l'esclusione dall'aggiudicazione della commessa oggetto della procedura degli offerenti che hanno adottato comportamenti contrari al diritto delle commesse pubbliche, ha aggiunto la possibilità di pronunciare la revoca di un'aggiudicazione già avvenuta. L'art. 45 vLCPubb, diventato l'art. 45a LCPubb, ha mantenuto il titolo marginale "Sanzioni amministrative", ha modificato la denominazione "pena pecuniaria" in "sanzione pecuniaria" ed ha ampliato la lista dei comportamenti passibili di una sanzione pecuniaria o di un'esclusione da appalti futuri. Inoltre un nuovo art. 45b LCPubb, che porta il titolo marginale "Sanzioni penali", al suo primo capoverso commina una multa fino a fr. 50'000.- per la commissione intenzionale da parte di membri sia del committente che degli aggiudicatari di una serie di atti illeciti particolarmente gravi e al secondo capoverso stabilisce che "[s]i applica la legge di procedura per le contravvenzioni del 20 aprile 2010 e la sanzione è di competenza del Consiglio di Stato".

4.5.4

4.5.4.1 D'altro canto, in generale, malgrado la mancanza d'uniformità nella terminologia utilizzata per indicare le varie tipologie di strumenti di vigilanza esistenti nel diritto amministrativo (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., n. 1440 segg. pagg. 331 segg.; TOBIAS JAAG, Sanktionen, in Fachhandbuch Verwaltungsrecht: Expertenwissen BGE 148 II 106 S. 115

für die Praxis, 2015, pagg. 933 segg., segnatamente pagg. 936 segg.; TANQUEREL, op. cit., n. 1237 segg. pag. 419 seg.; DUBEY/ZUFFEREY, op. cit., n. 2243 segg.), nel diritto delle commesse pubbliche è sostanzialmente possibile individuare tre categorie di sanzioni: le misure amministrative intese a ripristinare la legalità e, indirettamente, anche a sanzionare la violazione di una prescrizione amministrativa ed a tutelare l'interesse pubblico minacciato; le sanzioni amministrative con carattere repressivo che, in ragione del loro effetto deterrente e punitivo, possono avere natura penale; ed infine le sanzioni penali in senso proprio (cfr., ad esempio, DIEBOLD/KELLER/ KREIS/TANNER, Aufsichtsinstrumente im revidierten Beschaffungsrecht, in Marchés publics, 2020, pagg. 315 segg.). Il nuovo diritto federale delle commesse pubbliche (segnatamente la legge federale del 21 giugno 2019 sugli appalti pubblici [LAPub], entrata in vigore il 1° gennaio 2021), che ha parallelamente comportato una riformulazione integrale del CIAP 2019 per quanto possibile armonizzata con la legge federale, ha rafforzato e sistematizzato l'impianto sanzionatorio del diritto delle commesse pubbliche in maniera più chiara e coerente con la tipizzazione appena evocata. Ancorché non direttamente applicabili alla fattispecie, ai fini della causa appare utile illustrarne le principali caratteristiche.

4.5.4.2 Da un lato, gli artt. 44 LAPub e 44 CIAP 2019 (che hanno identico tenore e sono intitolati "Esclusione dalla procedura e revoca dell'aggiudicazione") contemplano la possibilità di escludere un offerente dalla procedura di aggiudicazione, di radiarlo da un elenco o di revocare l'aggiudicazione. Si tratta di misure orientate al ripristino della legalità e quindi alla tutela immediata dell'interesse pubblico minacciato dal comportamento illecito dell'offerente, quindi di misure amministrative di natura restitutoria (DIEBOLD/ KELLER/KREIS/TANNER, op. cit., pag. 321 seg.; ASTRID WASER, Verschärfung der Sanktionen im Vergaberecht, in Jusletter del 28 settembre 2020, n. 5 segg.). Nella

legge ticinese, misure corrispondenti sono previste all'art. 25 LCPubb (cfr. supra consid. 4.5.3).

4.5.4.3 D'altro lato, gli artt. 45 LAPub e 45 CIAP 2019 (intitolati "Sanzioni") prevedono l'esclusione da future commesse pubbliche per un periodo massimo di cinque anni o, nei casi meno gravi, l'ammonizione; è inoltre istituito un elenco centrale (non pubblico) degli offerenti e dei subappaltatori esclusi da future commesse pubbliche. Tali misure vanno qualificate come sanzioni amministrative intese a punire l'avvenuta violazione di determinati doveri da parte  
BGE 148 II 106 S. 116

dell'offerente (carattere repressivo), con l'obiettivo di evitare che questa si riproponga (effetto preventivo), senza per contro mirare a ristabilire la legalità (DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, op. cit., pag. 322 seg.; WASER, op. cit., n. 35). In virtù della loro incisività e della loro natura deterrente e punitiva, il legislatore ha inteso riconoscere a simili provvedimenti un carattere penale (cfr. Messaggio del Consiglio federale del 15 febbraio 2017 già citato, FF 2017 1587 segg.["equivalgono alle sanzioni penali "; " haben strafähnlichen Charakter "; " sont comparables à des sanctions pénales "]. Per la dottrina si veda JAAG, op. cit., pag. 956; WASER, op. cit., n. 20 segg.; contra : DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, op. cit., n. 31, secondo i quali invece va qualificata quale misura disciplinare adottata nell'ambito della vigilanza sull'esercizio delle libere professioni, senza carattere penale, dato che l'esclusione dagli appalti futuri è addirittura meno grave del divieto di esercitare una professione che, in ambito finanziario, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale [DTF 142 II 243 consid. 3.4] costituisce, per sua natura e gravità, una misura dettata da motivi di polizia economica che restringe la libertà economica e non un'accusa di carattere penale ai sensi dell'art. 6 n. 1 CEDU). Ciò nonostante, questi provvedimenti non costituiscono sanzioni penali in senso proprio ( strafrechtliche Sanktionen ; WASER, op. cit., n. 22); sono decisi da autorità amministrative, nel quadro di un procedimento amministrativo (KERSTIN NOËLLE VOKINGER, in Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, n. 8 all'art. 45 LAPub e all'art. 45 CIAP), ponendo tuttavia attenzione alle esigenze più elevate derivanti dall'art. 6 CEDU in materia processuale penale (JAAG, op. cit., pagg. 958 segg.). È proprio in ragione di tale loro carattere che il legislatore federale ha previsto che nei ricorsi contro simili sanzioni l'applicazione diretta delle disposizioni speciali della legislazione sugli appalti pubblici destinate a garantire la celerità dei procedimenti e la certezza del diritto non si giustifica (cfr. Messaggio già citato, FF 2017 1715; si veda anche MARTIN ZOBL, in Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, n. 26 all'art. 53 LAPub e all'art. 53 CIAP). Nella legge ticinese, misure analoghe sono previste all'art. 45a LCPubb (corrispondente all'art. 45 vLCPubb; cfr. supra consid. 4.5.3).

4.5.4.4 In aggiunta, rispetto alla nuova LAPub che non la contempla, il nuovo art. 45 CIAP 2019 prevede poi il diritto per il committente di infliggere all'offerente o al subappaltatore inadempiente una "multa" fino al 10 % della somma dell'offerta. A prescindere  
BGE 148 II 106 S. 117

dalla sua denominazione (amende; Busse) che richiama il diritto penale (vedasi l'art. 103 CP) la multa, pronunciata in una procedura amministrativa, va considerata una sanzione amministrativa pecuniaria (DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, op. cit., n. 18 segg.; VOKINGER, op. cit., n. 5 e 8 all'art. 45 LAPub e all'art. 45 CIAP; WASER, op. cit., n. 22) e non una sanzione del diritto penale, la quale viene invece emanata nel quadro di un procedimento penale (sulla difficile delimitazione tra i due istituti: DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, Instrumente der laufenden Marktaufsicht, in 7. Forum für Verwaltungsrecht: staatliche Aufsicht über die Wirtschaft und ihre Akteure, 2019, pagg. 68 segg.). Certo, il carattere repressivo e di prevenzione generale di questa sanzione, come pure l'effetto incisivo che essa può esplicare sulla situazione finanziaria, se non sull'esistenza stessa dell'offerente sanzionato, la rendono analoga ad una sanzione penale, nei suoi effetti (si veda anche Revisione totale del Concordato intercantonale sugli appalti pubblici (CIAP) del 15 novembre 2019, Modello di messaggio del 16 gennaio 2020, pag. 110) e comportano quindi l'esigenza di applicare le garanzie minime fondamentali degli artt. 6 e 7 CEDU nonché degli artt. 30 e 32 Cost. (DTF 140 II 384 consid. 3; DTF 139 I 72 consid. 2; WASER, op. cit., n. 20 segg.; della stessa opinione DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, op. cit., n. 32; con riferimento alle sanzioni analoghe in materia di diritto della concorrenza cfr., ad esempio, DTF 144 II 194 consid. 5.1). Ciò non significa tuttavia, come invece pretendono le ricorrenti, che essa debba essere considerata una sanzione penale, ritenuto anche che non ogni sanzione che non abbia un semplice effetto restitutorio o esecutorio, bensì repressivo, deve essere automaticamente qualificata come una sanzione penale (DTF 147 I 57 consid. 4.3 con riferimenti dottrinali). Appare chiaro che la "pena pecuniaria" oggetto del presente ricorso, già prevista da diversi anni nel diritto ticinese in materia di commesse pubbliche ed ora denominata "sanzione pecuniaria" (supra consid. 4.5.3), debba essere attribuita a questa categoria di misure.

4.5.5 Occorre quindi concludere che il provvedimento contestato costituisce una sanzione

amministrativa (DTF 140 I 252 consid. 1.1) con carattere penale ma che, contrariamente a quanto sostengono le ricorrenti, per i motivi esposti in precedenza, il suo carattere penale non la rende automaticamente una contravvenzione ai sensi dell'art. 103 CP e non comporta quindi automaticamente l'applicabilità né della LPContr (cui rinvia l'art. 45b vLCPubb, ma solo per le BGE 148 II 106 S. 118

procedure di contravvenzione aperte nei confronti dei membri della committenza; cfr. supra consid. 4.5.1), né del termine di prescrizione di due anni previsto dall'art. 11 cpv. 1 della legge federale del 22 marzo 1974 sul diritto penale amministrativo federale (DPA; RS 313.0) per l'azione penale per le contravvenzioni. Su questo punto, i ricorsi si rivelano quindi infondati.

4.6

4.6.1 Assodato che la sanzione pecuniaria in questione debba essere qualificata alla stregua di una sanzione amministrativa con carattere penale, va ora esaminato se, come sostengono le ricorrenti, il ricorso analogico al termine di cinque anni previsto per l'azione sanzionatoria dell'art. 49a cpv. 3 lett. b LCart possa essere considerato arbitrario (art. 9 Cost.). Al riguardo va rammentato che una decisione è arbitraria quando è in manifesta contraddizione con la situazione di fatto, e gravemente lesiva di una norma o di un principio giuridico chiaro e indiscusso, oppure quando urta in modo scioccante il sentimento di giustizia ed equità (DTF 144 I 170 consid. 7.3; DTF 141 III 564 consid. 4.1). La decisione deve inoltre essere arbitraria nel suo risultato e non solo nella sua motivazione. Il semplice fatto che un'altra soluzione, diversa da quella adottata dall'autorità precedente, potrebbe entrare in linea di conto o sarebbe addirittura preferibile non costituisce arbitrio (DTF 144 I 318 consid. 5.4, DTF 144 I 170 consid. 7.3, 113 consid. 7.1 e rispettivi riferimenti).

4.6.2 Come illustrato in precedenza (cfr. supra consid. 4.4), il Tribunale federale ha già stabilito che la sanzione amministrativa pecuniaria dell'art. 51 vLCG rientrava nel campo di applicazione delle garanzie procedurali penali dell'art. 6 n. 1 CEDU e che la sua natura, simile alla sanzione di cui all'art. 49a LCart, giustificava un'analogia tra queste due sanzioni amministrative con carattere penale (DTF 140 II 384 consid. 3.2) anche per quanto riguarda la questione della prescrizione dell'azione (DTF 140 II 384 consid. 4.3.1), sottolineando che comunque non sarebbe stata contestabile nemmeno l'applicazione del termine di prescrizione più lungo (sette anni) per le contravvenzioni di cui all'art. 57 cpv. 2 vLCG (DTF 140 II 384 consid. 4.3.2). Invero, va precisato che la dottrina non è unanime sulla natura dell'art. 49a cpv. 3 lett. b LCart quale norma di prescrizione (si veda NIGGLI/RIEDO, Vorbemerkungen zu Art. 49a-53 KG in Basler Kommentar, Kartellegesetz, 2010, n. 163 segg. all'art. 49a LCart con ulteriori riferimenti dottrinali; TAGMANN/ZIRLICK, in Basler Kommentar, Kartellegesetz, 2010, n. 239 segg. all'art. 49a LCart).

BGE 148 II 106 S. 119

La questione non deve però essere risolta in questa sede, ritenuto che in casu questa Corte deve limitarsi ad esaminare se l'analogia a cui ha fatto ricorso il Tribunale cantonale amministrativo nel colmare una lacuna presente nel diritto cantonale delle commesse pubbliche sia, come affermano le ricorrenti, arbitraria. Ora, alla luce del fatto che, da un lato, la sanzione pecuniaria oggetto della presente procedura ha effettivamente una natura analoga a quella comminata dall'art. 49a LCart e che, d'altro lato, la giurisprudenza e la dottrina tendono in generale a considerare che, in assenza di disposizioni contrarie, il termine di prescrizione nel diritto amministrativo debba essere di cinque anni (DTF 126 II 54 consid. 7; per la dottrina vedasi NIGGLI/RIEDO, op. cit., n. 164 segg. con i relativi riferimenti), occorre concludere che il ragionamento seguito dai giudici cantonali non è insostenibile né contrasta con il sentimento di giustizia ed equità. Quando le ricorrenti invocano l'analogia con la prescrizione triennale dell'azione penale in materia di diritto tributario cantonale o con la prescrizione biennale contemplata dall'art. 11 DPA si limitano invero ad opporre la loro opinione a quella dei giudici cantonali, senza tuttavia mostrarne il carattere arbitrario. Le impugnative vanno quindi respinte anche su questo punto.

4.7

4.7.1 Le ricorrenti censurano poi la modalità con cui il Tribunale cantonale amministrativo ha applicato il termine di cinque anni dedotto dall'applicazione analogica dell'art. 49a cpv. 3 lett. b LCart, in particolare il dies a quo della prescrizione dell'azione. A loro avviso, esso dovrebbe decorrere a partire dalla conclusione del contratto di subappalto, nell'aprile 2010, mentre i giudici cantonali l'hanno fatto partire dal momento in cui i lavori effettuati dai subappaltatori senza autorizzazione del committente sono stati portati a termine.

4.7.2 Le ricorrenti non possono essere seguite nemmeno su questo punto. In effetti, l'art. 49a cpv. 3 lett. b LCart fissa il decorso dei cinque anni a partire da quando "la limitazione della concorrenza ha cessato di esplicare i suoi effetti". I giudici cantonali hanno constatato (art. 105 LTF) che i lavori

effettuati dai subappaltatori senza autorizzazione del committente sono stati portati a termine al più presto nel dicembre 2012 da una delle ditte subappaltatrici, successivamente dalle altre, ed hanno conseguentemente dedotto che al momento dell'apertura delle procedure amministrative nei confronti delle ricorrenti, avvenuta il 27 agosto 2014 e il 9 luglio 2015, il termine di 5 anni per l'azione sanzionatoria non era ancora scaduto.

BGE 148 II 106 S. 120

Tale ragionamento non presta il fianco a critiche. D'altro canto, non trova fondamento nel testo legale l'opinione delle ricorrenti secondo cui sarebbe stato necessario considerare come riferimento temporale il momento della conclusione del contratto di subappalto di primo grado (cfr. supra lett. C) e della sua mancata notifica al committente, ovvero l'inizio dell'atto illecito.