

Le SOA sono società private che svolgono una funzione pubblica essendo competenti a rilasciare l'attestazione richiesta, sicchè si verifica un'ipotesi di esercizio privato di funzione pubblica, come ormai riconosciuto dalla costante giurisprudenza e, per

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Il Tar Lazio, Roma con la sentenza numero 1374 del 14 febbraio 2007 ci offre alcuni importanti insegnamenti in tema di attestazioni di qualificazione negli appalti pubblici di lavori rilasciate dalle SOa

Nell'attuazione della vigilanza sul sistema di qualificazione, quale delineato dalla legislazione vigente, compito precipuo dell'Autorità è quello di controllare che l'attività delle SOA sia svolta in modo che venga garantita la totale indipendenza rispetto ad eventuali commistioni con le imprese attestate.

L'Autorità vigila sul sistema di qualificazione, verificando, tra l'altro, che le SOA operino secondo le procedure presentate in sede di richiesta di autorizzazione ed approvate dall'Autorità stessa ed abbiano un comportamento che elimini qualsiasi possibilità di conflitto di interesse

l'espletamento dell'attività di attestazione istituzionalmente demandata alle SOA miri costantemente all'interesse superiore della regolarità del mercato dei lavori pubblici

alcune Determinazioni dell'Autorità consentono alle SOA l'utilizzo di promotori commerciali esterni unicamente per la diffusione di informazioni commerciali, con esclusione di attività di raccolta documentale e, a maggior ragione, di esame della medesima documentazione

L'attività di attestazione è, pertanto, di esclusiva competenza della SOA. e non può essere svolta da soggetti estranei alla sua organizzazione, in ragione del rilievo pubblicistico proprio della funzione di attestazione, che hanno determinato l'imposizione da parte del legislatore di specifici e pregnanti doveri cui soggiacciono le SOA nello svolgimento dei relativi compiti.

A cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

PER IL LAZIO - SEZIONE III

composto dai signori

PRESIDENTE

COMPONENTE, relatore

COMPONENTE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sui ricorsi n. 1494/06, 2684/06, 4567/06, 6676/06 e 8241/06 Reg. Gen., proposti dalla *****à SOA ***,

Organismo di Attestazione, s.p.a. in persona del legale rappresentante, in giudizio con gli avv.
***** e ***** ed elettivamente domiciliato in Roma, via Lombardia n. 30;

contro

l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture, in persona del Presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato e per legge domiciliata presso la medesima in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

Il Ministero della Giustizia, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Ministero della Difesa, il Ministero dell'Interno, in persona dei rispettivi Ministri pro-tempore;

La Guardia di Finanza, in persona del Comandante pro-tempore;

per l'annullamento

del provvedimento emesso dall'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici - Servizio ispettivo settore qualificazione e vigilanza sulle imprese prot. N. 52752/05/ISP del 28 dicembre 2005 rif.: SOA/935 avente ad oggetto "avvio di procedimento di revoca dell'autorizzazione ai sensi dell'art. 10 commi 5 e seguenti, del D.P.R. 34/2000" comunicato alla SOA *** organismo di attestazione s.p.a. a mezzo fax il 28 dicembre 2005;

del rapporto della Guardia di Finanza - Comando nucleo speciale tutela mercati del 17 agosto 2005;

della nota del sostituto procuratore della DDA di Napoli del 6 ottobre 2005 prot. *****à n. 40515 del 12 ottobre 2005;

del rapporto della Guardia di Finanza - comando nucleo provinciale polizia tributaria di Napoli del 5 luglio 2005;

della nota del sostituto procuratore della DDA di Napoli del 19 ottobre 2005 prot. gen. Autorità n. 43675 del 2 novembre 2005;

dei verbali dei sequestri eseguiti dal Centro operativo di Napoli della DIA in data 25 maggio 2004;

dei verbali di ispezione compiuti dal servizio ispettivo dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici del 14-15 giugno 2005;

del provvedimento emesso dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici - servizio ispettivo settore qualificazione e vigilanza sulle imprese prot. n. 878/06/ISP. del 10 gennaio 2006 rif. SOA/935 avente ad oggetto "riscontro Vs. istanza di accesso agli atti del 29.12.2005 comunicato alla ricorrente a mezzo fax il 10 gennaio 2006;

del verbale del Consiglio dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici del 9-10 novembre 2005,

comunicato alla ricorrente in data 13 gennaio 2006;

della “proposta dell’ufficio” citata dal verbale del Consiglio dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici del 9-10 novembre 2005;

della deliberazione dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici del 31 agosto 2000;

del provvedimento dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici - servizio ispettivo settore qualificazione e vigilanza sulle imprese prot. n. 6529/06/ISP del 13 febbraio 2006 rif. SOA/935 avente ad oggetto “procedimento di revoca ex art. 10 commi 5 e seguenti del d.P.R. 34/2000: sospensione del termine di conclusione del procedimento” comunicato a mezzo fax il 13 febbraio 2006;

dell’art. 10 del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34;

del provvedimento dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici - servizio ispettivo settore qualificazione e vigilanza sulle imprese prot. n. 16326/ISP./06 del 12 aprile 2006 class. SOA/935 avente ad oggetto “procedimento di revoca ex art. 10 commi 5 e seguenti d.P.R. 34/2000: comunicazione istruttoria” comunicato a mezzo fax il 12 aprile 2006;

del parere dato dalla Commissione consultiva ex art. 8 comma 3, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 nella seduta del 10 marzo 2006 avente ad oggetto “parere sul procedimento di revoca della SOA *** s.p.a.”;

del provvedimento dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici - servizio ispettivo prot. n. 23471/06/ISP-SEGR del 30 maggio 2006 rif. SOA/935 avente ad oggetto “procedimento di revoca ex art. 10, commi 5 e seguenti, del d.P.R. 34/2000: convocazione in audizione” comunicato a mezzo fax il 30 maggio 2006;

della nota dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - servizio ispettivo prot. n. 34489/06/ISP del 3 agosto 2006 rif. 935 avente ad oggetto “procedimento di revoca ex art. 10 commi 5 e seguenti, del d.P.R. 34/2000: trasmissione provvedimento conclusivo”, comunicato alla ricorrente a mezzo lettera raccomandata il 8 agosto 2006;

del provvedimento SOA/935 emesso dal Consiglio dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nell’adunanza del 20 giugno 2006 e comunicato alla ricorrente a mezzo lettera raccomandata il 8 agosto 2006 con cui l’Autorità ha revocato alla ricorrente l’autorizzazione n. 25 del 30 novembre 2000;

delle annotazioni di detta revoca dell’autorizzazione di cui la ricorrente è venuta a conoscenza on data 29 agosto 2006;

dell'art. 10 D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34;

-

degli atti presupposti, antecedenti o susseguenti;

Visto i ricorsi con i relativi allegati;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi all'udienza del 22 novembre 2006, relatore il consigliere *****, gli avvocati delle parti come da verbale di udienza;

F A T T O

Con i ricorsi in epigrafe la società ricorrente impugna i provvedimenti con cui l’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture (di seguito “Autorità”) ha disposto la revoca dell’autorizzazione concessa ai sensi dell’art. 10, comma 5 e ss. del d.P.R. n. 34/00, chiedendo la sospensione cautelare della loro efficacia.

Nei confronti dei provvedimenti impugnati deduce la violazione di legge e l’eccesso di potere sotto vari profili.

Con ordinanza

n. 5367/06, adottata nel corso della trattazione della domanda cautelare proposta con il ricorso n. 1494/06, il Tar ha respinto la richiesta di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati.

Resiste ai ricorsi l’Autorità chiedendone il rigetto siccome infondati e inammissibili.

All’odierna udienza, i ricorsi sono passati in decisione.

D I R I T T O

Preliminarmente il Collegio, in adesione alla richiesta di parte ricorrente, riunisce i ricorsi in quanto connessi oggettivamente e soggettivamente.

Occorre premettere una breve ricostruzione in punto di fatto della vicenda per cui è causa.

In data 18 agosto 2005 perveniva all'Autorità di Vigilanza sui Contratti un rapporto della Guardia di Finanza (Comando Nucleo Speciale Tutela Mercati) del 17 agosto 2005, relativo all'esito di un'indagine condotta nei confronti della s.p.a. SOA ***, nell'ambito del procedimento penale n. 4655/04/21 (già n. 621/02/45) pendente presso la Procura della Repubblica di Savona.

Con nota 6 ottobre 2005 il Sostituto Procuratore della Direzione Distrettuale Antimafia di Napoli trasmetteva all'Autorità il rapporto della Guardia di Finanza (Comando Nucleo Provinciale Polizia Tributaria di Napoli) del 5 luglio 2005 relativo alla ricostruzione della compagine sociale della stessa SOA.

Con ulteriore nota 19 ottobre 2005 il Sostituto Procuratore della Direzione Distrettuale Antimafia di Napoli trasmetteva all'Autorità anche i verbali dei sequestri eseguiti presso la sede della SOA e presso il Consorzio *** s.r.l. dal Centro Operativo di Napoli della Direzione Investigativa Antimafia in data 25 maggio 2004.

Il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 9-10 novembre 2005, deliberava l'avvio del procedimento di revoca dell'autorizzazione nei confronti della SOA *** ai sensi dell'art. 10, commi 5 e seguenti, del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34.

L'avvio del procedimento veniva comunicato alla SOA con nota del 28 dicembre 2005 n. 52752, e contestualmente la società veniva invitata a presentare le proprie controdeduzioni entro il termine del 10 febbraio 2006, ai sensi dell'art. 10, comma 6, del D.P.R. 34/2000.

La comunicazione di avvio del procedimento e gli atti precedenti ad essa preordinati venivano impugnati dalla SOA *** con il primo ricorso (ric. n. 1494/2006) e con successivi motivi aggiunti notificati il 15 marzo 2006 e il 31 agosto 2006, i quali peraltro hanno investito i successivi atti del procedimento.

In data 29 dicembre 2005, peraltro, la SOA *** aveva richiesto all'Autorità di accedere agli atti indicati nella nota di avvio del procedimento di revoca, istanza che l'Autorità rigettava in parte con propria nota n. 878 del 10 gennaio 2006, negando l'accesso ai Rapporti della Guardia di Finanza ed alle note del Sostituto Procuratore della Direzione Distrettuale Antimafia, ai sensi dell'art. 24, comma 2, della legge 241 del 1990 e s.m. e dell'art. 2, comma 1, lettera e), della Delibera dell'Autorità del 31 agosto 2000, in quanto documentazione attinente alla fase istruttoria di procedimento penale, e consentendo l'accesso all'estratto del verbale dell'adunanza del Consiglio del 9-10 novembre 2005.

Tale diniego veniva impugnato dalla SOA, e il ricorso veniva respinto da questo Tribunale con sentenza n. 4555 del 14 giugno 2006, sul presupposto della legittimità del rifiuto ex art. 8, comma 5, lettera c) del

D.P.R. 352/1992 essendo atti in questione pertinenti all'indagine penale per la quale sono stati confezionati; la decisione puntualizzava, tuttavia, che non sarebbe stato legittimo opporre la segretezza degli stessi qualora l'Autorità ritenesse di utilizzarli al fine di adottare provvedimenti limitativi della sfera giuridica della SOA.

Nelle more, la SOA *** con nota del 16 gennaio 2006, uno dei suoi soci (***** ***) e una società (s.r.l. ***) con due distinte note del 17 gennaio 2006, chiedevano all'Autorità il nulla osta alla cessione di parte della quota azionaria posseduta dal socio stesso in favore della società *** S.r.l.

Con nota n. 5002 del 2 febbraio 2006, l'Autorità comunicava alla SOA e agli altri soggetti che il termine di cui all'art. 8, comma 5, del D.P.R. 34/2000 in relazione alla richiesta di cessione azionaria del socio ***** ***, era da ritenersi sospeso per la «necessità di concludere preliminarmente il procedimento di revoca avviato....., in quanto le ragioni pubblicistiche che hanno dato luogo all'avvio di quest'ultimo procedimento sono ritenute in questa fase prevalenti rispetto alle ragioni privatistiche sottese alla cessione di quote azionarie».

Anche tale atto veniva impugnato, con ricorso notificato il 29 marzo 2006, e sospeso con ordinanza 2602/2006.

Con nota n. 6529 del 13 febbraio 2006 l'Autorità comunicava alla SOA *** la sospensione del termine di conclusione del procedimento di revoca, per la necessità di acquisire il parere obbligatorio della Commissione Consultiva ai sensi dell'art. 10, comma 8, del D.P.R. 34/2000 e dell'art. 2, lettera o), del D.P.R. 34/2000.

L'atto veniva autonomamente impugnato avanti al TAR Lazio con ricorso notificato il 15 marzo 2006 e rubricato al n. 2684/2006 del registro ricorsi.

In data 21 febbraio 2006 la SOA *** chiedeva all'Autorità il nulla osta alla cessione dell'intera quota azionaria posseduta dalla socia ***** *** in favore di ***** ***, ***** ***

Identiche istanze erano inoltrate all'Autorità da parte della socia e degli aspiranti cessionari.

Analogamente a quanto provveduto in occasione della precedente istanza, e con identica motivazione di prevalenza dell'interesse pubblico, l'Autorità con nota 16 marzo 2006 comunicava alla SOA la sospensione del termine di cui all'art. 8, comma 5, del D.P.R. 34/2000 in relazione alla richiesta di cessione azionaria.

Successivamente però, in data 30 maggio 2006, il socio ***** *** comunicava di non voler più procedere alla cessione della propria quota in favore dei soggetti di cui sopra, ma di voler invece cedere la quota alla s.r.l. ***.

Chiedendo, quindi, il relativo nulla osta.

Nella seduta del 10 marzo 2006 la Commissione Consultiva di cui all'articolo 2, lettera o), del D.P.R. 34/2000 esprimeva il parere in merito alla revoca dell'autorizzazione alla SOA.

L'Autorità, con nota n. 16326 del 12 aprile 2006, comunicava alla SOA *** l'avvenuta acquisizione del parere della Commissione Consultiva, invitandola ad accedere a tale parere, ferme restando le preclusioni già comunicate con la nota del 10 gennaio 2006, prot. n. 878, ed a presentare controdeduzioni scritte entro il termine di trenta giorni ai sensi dell'art. 10, comma 8, del D.P.R. 34/2000.

Sia il parere della Commissione Consultiva che la sua comunicazione da parte dell'Autorità, venivano autonomamente impugnate dalla SOA con ricorso notificato l'8 maggio 2006 (ric. n. 4567/06).

Sempre con nota del 12 aprile 2006 l'Autorità, di fronte alla reiterata istanza di accesso agli atti del procedimento, nuovamente opponeva diniego relativamente agli atti coperti da segreto istruttorio penale.

Con ricorso notificato l'8 maggio 2006 la SOA impugnava anche questo secondo diniego, e con sentenza n. 6422 del 26 luglio 2006 questo Tar dichiarava inammissibile il gravame attesa la natura confermativa e ripetitiva dell'atto impugnato.

In data 30 maggio 2006, con nota n. 23471, l'Autorità comunicava alla SOA *** ai sensi dell'art. 10, comma 8, del D.P.R. 34/2000, la convocazione in audizione per il giorno 20 giugno 2006.

Anche questo atto veniva impugnato con ricorso notificato il 27 giugno 2006 e rubricato al n. 6676/2006 del registro ricorsi.

Nel corso dell'audizione del 20 giugno 2006, il Consiglio dell'Autorità deliberava la revoca dell'autorizzazione della SOA *** e ne dava comunicazione con nota n. 34489/06/isp del 3 agosto 2006.

Il provvedimento è stato impugnato con ricorso avanti al TAR Lazio notificato il data 31 agosto 2006.

Tutto ciò premesso, il Collegio procede all'esame dei singoli ricorsi proposti da parte ricorrente nei confronti degli atti posti in essere dall'Autorità nell'ambito del procedimento che ha portato alla revoca oggetto di impugnazione con l'ultimo gravame.

La trattazione dei ricorsi dal n. 1494/06 al n. 8241/06, può essere congiunta, per la parte attinente l'impugnazione degli atti prodromici all'atto di revoca.

In particolare con il primo ricorso la SOA ha impugnato il provvedimento emesso dal Servizio Ispettivo Settore qualificazione e vigilanza sulle imprese dell'Autorità intimata del 28-12-2005 prot. n. 52752/05/ISP avente ad oggetto "avvio di procedimento di revoca dell'autorizzazione ai sensi dell'art. 10, comma 5 e seguenti del d.P.R. n. 34/00", nonché altri atti facenti parte del procedimento amministrativo, meglio

specificati in epigrafe.

Con i successivi gravami parte ricorrente ha impugnato i provvedimenti emessi dall'Autorità nel corso del procedimento amministrativo, sfociato con l'atto di revoca dell'autorizzazione, e in particolare l'atto di sospensione del termine di conclusione del procedimento al fine di acquisire il parere obbligatorio della Commissione Consultiva, il parere medesimo, nonché, da ultimo, l'atto di convocazione in audizione da parte dell'Autorità.

Sono stati anche impugnati ulteriori atti attinenti l'inizio del procedimento di revoca, quali, ad esempio, il rapporto della Guardia di Finanza.

Risulta evidente che i ricorsi aventi per oggetto l'impugnazione di tali provvedimenti devono essere dichiarati inammissibili in quanto diretti verso atti endoprocedimentali, i cui eventuali vizi di legittimità possono essere fatti valere esclusivamente in sede di impugnazione dell'atto finale del procedimento di cui fanno parte.

Tale atto, infatti, è l'unico ad avere portata lesiva nei confronti dell'inciso, che ha interesse, concreto e azionabile, a dedurre la sua illegittimità, anche derivata da vizi del procedimento amministrativo con cui è stato formato.

Tanto esposto il Collegio procede all'esame delle censure dedotte nei confronti dell'atto di revoca.

Le censure proposte attengono, per un primo gruppo, alla asserita illegittimità del procedimento di revoca, che sarebbe viziato per violazione di legge, eccesso di potere sotto vari profili, difetto di istruttoria e di motivazione; per una seconda parte sono relative all'illegittimità della revoca che sarebbe basata su presupposti in fatto e diritto errati e comunque non dimostrati.

Le doglianze afferenti i vizi procedurali non meritano accoglimento alla luce della documentazione versata in atti e delle difese dell'Autorità intimata.

Con riferimento alla dedotta eccezione di incompetenza essendo gli atti endoprocedimentali posti in essere, in modo irregolare, dal Dirigente Generale del Servizio e non dal Consiglio, occorre osservare che secondo l'art. 23 del Regolamento sul funzionamento dell'Autorità, la pronuncia del Consiglio dell'Autorità interviene nella fase di avvio ed in quella conclusiva di definizione del procedimento, mentre tutta la fase istruttoria del procedimento si svolge a cura del settore, con atti a firma del Dirigente o del Dirigente Generale.

L'Autorità è, infatti, un organo collegiale, e, secondo il normale funzionamento di tali organi, al collegio spetta assumere le decisioni finali, ossia quegli atti che costituendo manifestazione della volontà dell'Autorità hanno rilevanza esterna, mentre tutti gli atti prodromici sono adottati dalle strutture amministrative secondo la ripartizione di competenza interna.

Non è fondata la censura relativa all'illegittimo avvio del procedimento.

Come esposto nella ricostruzione della vicenda l'Autorità ha regolarmente comunicato alla SOA l'avvio di procedimento, che, peraltro, è oggetto di impugnazione con il primo ricorso, permettendo all'interessata di intervenire nel procedimento al fine di far valere le proprie ragioni e presentare le proprie difese in ordine ai fatti contestati.

Le affermazioni di parte ricorrente in ordine alla irregolarità della comunicazione, che sarebbe arrivata a istruttoria compiuta, e della nomina del responsabile del procedimento appaiono del tutto apodittiche e indimostrate.

Parimenti infondata è la doglianza con cui si deduce l'illegittimità del procedimento per scadenza del termine a provvedere.

La SOA ha sostenuto che l'avvio del procedimento doveva essere deliberato in data antecedente il 9 novembre 2005, conseguentemente, il termine di 90 giorni per la conclusione del procedimento di revoca previsto dall'art. 10 del D.P.R. 34/2000 sarebbe maturato prima del 20 giugno 2006, data di deliberazione della revoca dell'autorizzazione.

Giova evidenziare che sono ravvisabili due distinti profili: il primo relativo alla data d'avvio d'ufficio del procedimento di revoca, e il secondo relativo al termine di conclusione di detto procedimento.

Il procedimento di revoca inizia d'ufficio quando l'Autorità viene a conoscenza dell'esistenza dei fatti che ne costituiscono il presupposto, ai sensi dell'art. 10, commi 5 e 9, del D.P.R. 34/2000.

L'inizio d'ufficio non deve essere identificato con la ricezione da parte dell'Autorità della relazione della Guardia di finanza, pervenuta il 18 agosto 2005, poiché l'Autorità ha dovuto attendere la trasmissione degli ulteriori rapporti della Guardia di Finanza e delle Procure della Repubblica, redatti nel corso dello sviluppo delle indagini penali.

L'Autorità ha proceduto alla necessaria valutazione dei fatti riportati in detti atti, ha svolto i preliminari adempimenti istruttori e procedurali previsti dal Regolamento interno e, solo quando ha avuto piena contezza dei fatti e della loro qualificazione giuridica, ha deliberato l'avvio del procedimento di revoca nell'adunanza del 9 novembre 2005.

La correttezza di siffatto modus operandi deve essere, pertanto, valutata non basandosi sul mero riscontro del lasso temporale trascorso, bensì in relazione alla particolare complessità della relativa istruttoria e alle delicate implicazioni del procedimento di revoca dell'autorizzazione ad una SOA. Proprio la molteplicità dei fatti da analizzare e la delicatezza dei relativi accertamenti hanno comportato che l'avvio d'ufficio del procedimento di revoca sia stato tempestivamente deliberato all'inizio del mese di novembre 2005.

In secondo luogo, occorre considerare che il procedimento di revoca deve concludersi, per espressa volontà del legislatore ai sensi dell'articolo 10, comma 6, del D.P.R. 34/2000, entro 90 giorni decorrenti dalla scadenza del termine assegnato dall'Autorità alla SOA per presentare osservazioni e controdeduzioni.

Nella nota di comunicazione dell'avvio del procedimento del 28 dicembre 2005, l'Autorità assegnava termine per controdeduzioni alla SOA fino al 10 febbraio 2006, data dalla quale iniziava a decorrere il termine di 90 giorni per la conclusione del procedimento.

In data 13 febbraio 2006 i termini venivano sospesi per l'acquisizione del parere obbligatorio della Commissione Consultiva, di cui all'art. 2, comma 1, lettera o), del D.P.R. 34/2000 ed erano, pertanto, decorsi solo 3 giorni. I termini restavano sospesi fino al 12 maggio 2006, data di scadenza del termine assegnato alla SOA dall'Autorità con nota del 12 aprile 2006, conformemente a quanto previsto dall'art. 10, comma 8, del D.P.R. 34/2000 secondo cui «il termine per la pronuncia da parte dell'Autorità rimane sospeso per il periodo necessario allo svolgimento dell'istruttoria ed alle presentazioni delle controdeduzioni». Infatti, con la nota del 12 aprile 2006, l'Autorità comunicava alla SOA il parere della Commissione Consultiva e le assegnava termine fino al 12 maggio 2006 per controdedurre.

Dal 12 maggio 2006, quindi, decorreva nuovamente il termine fino al 20 giugno 2006: in totale, dall'inizio del procedimento di revoca alla data della sua conclusione decorrevano solo 42 giorni.

Con ulteriori motivi di ricorso l'istante sostiene il difetto di istruttoria e di motivazione, la nullità degli atti del procedimento, in quanto quest'ultimo sarebbe stato avviato senza l'accertamento della situazione di fatto relativa alle vicende che hanno coinvolto l'attività della SOA, ma si sarebbe basato su atti di un'indagine penale, ancora in corso e come tali non utilizzabili dall'Autorità.

Quanto asserito da parte ricorrente è smentito dai documenti in atti che dimostrano, viceversa, che l'Autorità ha autonomamente svolto un'accurata istruttoria in modo autonomo rispetto agli accertamenti di Polizia Giudiziaria, tale da consentire ad essa di avviare il procedimento che poi ha portato alla gravata revoca.

Non è ravvisabile alcuna illegittimità nell'attività dell'Amministrazione poiché non esiste una c.d. pregiudizialità penale, come sostiene parte ricorrente.

Infatti la trasmissione dei rapporti della Guardia di Finanza e dei successivi rapporti e atti pervenuti dalla Procura, previo nulla osta della stessa, è avvenuta al fine di permettere all'Autorità di effettuare le valutazioni di competenza per i profili amministrativi di interesse, per l'eventuale adozione degli atti relativi.

Dall'esame dei suddetti atti d'indagine sono emersi gravi elementi concernenti l'attività della SOA, relativi a reiterate violazioni dei fondamentali principi di indipendenza, di

imparzialità di giudizio, di diligenza, correttezza e trasparenza, che hanno indotto l'Autorità ad avviare e, quindi, concludere il procedimento di revoca, indipendentemente dall'esito del giudizio penale.

Occorre rappresentare che l'Autorità Giudiziaria e l'Amministrazione operano in ambiti differenti e nell'esercizio di poteri diversi, anche se possono interagire nell'ipotesi in cui una medesima situazione o vicenda rivesta profili che investono settori differenti dell'ordinamento, come nel caso di specie.

Infatti, il procedimento penale e quello amministrativo di revoca, pur vertendo su fatti materiali magari coincidenti, hanno finalità diverse, come diverse possono essere le valutazioni proprie dei due sistemi normativi: uno stesso fatto può essere considerato penalmente irrilevante e al contempo integrare una fattispecie sanzionatoria per il diritto amministrativo e viceversa.

La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di affermare in tema di connessione tra illecito amministrativo e reato, con specifico riferimento al caso disciplinato dall'art. 24 della legge n. 689 del 1981, che «la connessione obiettiva dell'illecito amministrativo con un reato, ai sensi dell'art. 24 della legge 24 novembre 1981, n. 689, rileva esclusivamente, determinando lo spostamento della competenza all'applicazione della sanzione dall'organo amministrativo al giudice penale, nel caso in cui l'accertamento del primo costituisca l'antecedente logico necessario per l'esistenza dell'altro, mentre, in difetto di tale rapporto di pregiudizialità, la pendenza del procedimento penale non fa venir meno detta competenza all'irrogazione della sanzione amministrativa». (Cass. 9 febbraio 2005 n. 2630).

L'Autorità ha analizzato i fatti che emergevano dalle prove documentali formate dalla Guardia di Finanza, dai verbali di sequestro, dalle visure camerali, ha compiuto le proprie autonome valutazioni, accertando la sussistenza dei presupposti per la revoca dell'autorizzazione, e ha esercitato i propri poteri sanzionatori, rispetto ai quali l'eventuale accertamento in sede penale non presenta alcun profilo di collegamento, se non limitatamente al comune accertamento storico dei fatti.

Le suesposte considerazioni portano a respingere le argomentazioni con cui parte ricorrente asserisce l'avvenuta violazione ed elusione del giudicato derivante dalla sentenza di questa sezione n. 4556/06.

La ricorrente sostiene che l'atto di revoca si basa esclusivamente su documenti che, essendo coperti dal segreto, non potevano essere né trasmessi all'Autorità né utilizzati ai fini dell'adozione della revoca; il Tar avrebbe accolto tale tesi affermando che l'Autorità doveva esibirli ove fossero stati utilizzati quale presupposto del provvedimento di revoca.

La censura non ha pregio poiché, come già illustrato, l'Autorità ha condotto un'autonoma istruttoria, completa e approfondita che ha fatto emergere episodi di *** compromissione della trasparenza e regolarità dell'attività istituzionale della SOA. Ciò risulta in modo chiaro dagli atti del procedimento, dal parere della Commissione Consultiva e dallo stesso provvedimento di revoca. Gli atti di Polizia Giudiziaria sono e rimangono coperti dal segreto istruttorio, essendo il procedimento penale ancora in corso, ma

hanno costituito la base e l'occasione per l'esercizio del potere di vigilanza e controllo che istituzionalmente è attribuito all'Autorità in materia di organismi di attestazione.

Giova evidenziare che numerose disposizioni legislative prevedono che gli atti coperti da segreto investigativo, come nella presente controversia, possono e addirittura devono essere comunicati a talune autorità pubbliche per preminenti esigenze preventive amministrative.

Si possono citare l'art. 4 del D.L. 15 gennaio 1991, n. 8 circa la trasmissione di notizie di reato da parte dell'autorità giudiziaria al Governatore della Banca d'Italia per gli atti di sua competenza con riferimento ai reati di sequestro di persona a scopo di estorsione; gli artt. 118 c.p.p. e 102 del D.P.R. 309/99 in base ai quali il Ministro dell'Interno può richiedere all'autorità giudiziaria copia di atti assolutamente segreti per finalità di prevenzione dei reati in materia di stupefacenti; si può infine rammentare la legittimazione del CSM a conoscere fatti coperti dal segreto investigativo e che siano addebitabili sotto il profilo disciplinare a magistrati.

Da quanto sopra discende la legittimità dell'acquisizione della documentazione dall'Autorità resistente, onde consentirle di adottare gli atti di sua competenza nell'esercizio delle funzioni istituzionalmente demandate di vigilanza sul settore della qualificazione e, più in generale, sul mercato dei lavori pubblici.

Peraltro il Collegio ritiene che le dedotte censure sulla impossibilità di conoscere gli atti coperti da segreto e sulla illegittimità del loro utilizzo da parte dell'Autorità appaiono pretestuose anche sotto un altro profilo. Il contenuto di tali atti, infatti, è stato ampiamente versato negli atti istruttori compiuti, in particolare nel parere della Commissione Consultiva che riporta quasi integralmente il contenuto dei rapporti della Guardia di Finanza, rendendoli, nei fatti, conoscibili dall'interessata.

Passando all'esame delle censure proposte nei confronti dell'atto di revoca, di cui si deduce l'illegittimità per errore nei presupposti di fatto e di diritto, il Collegio ne ritiene l'infondatezza alla luce degli atti acquisiti e delle argomentazioni della difesa erariale.

Occorre premettere brevi considerazioni sull'attuale sistema di qualificazione che vede coinvolti soggetti privati, come le SOA, cui è demandata la competenza a rilasciare le attestazioni alle varie imprese, e l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture, cui sono attribuiti penetranti poteri di vigilanza.

Le SOA sono società private che svolgono una funzione pubblica essendo competenti a rilasciare l'attestazione richiesta, sicché si verifica un'ipotesi di esercizio privato di funzione pubblica, come ormai riconosciuto dalla costante giurisprudenza e, pertanto, la loro attività deve essere improntata a principi di massima indipendenza e trasparenza.

Nell'attuazione della vigilanza sul sistema di qualificazione, quale delineato dalla legislazione vigente, compito precipuo dell'Autorità è quello di controllare che l'attività delle SOA sia svolta in modo che venga

garantita la totale indipendenza rispetto ad eventuali commistioni con le imprese attestata.

Le SOA derivano, pertanto la legittimazione a svolgere le funzioni loro demandate, oltre che dalla legge, anche e soprattutto dal provvedimento di autorizzazione emanato dall'Autorità. L'art. 14 del D.P.R. 34/2000 stabilisce che l'Autorità vigila sul sistema di qualificazione, verificando, tra l'altro, che le SOA operino secondo le procedure presentate in sede di richiesta di autorizzazione ed approvate dall'Autorità stessa ed abbiano un comportamento che elimini qualsiasi possibilità di conflitto di interesse. Ed i principi che informano l'intera disciplina del settore sono l'indipendenza e l'imparzialità di giudizio, come dimostrano le disposizioni sui requisiti che le SOA devono possedere per ottenere l'autorizzazione all'esercizio dell'attività da parte dell'Autorità o la previsione regolamentare per cui la composizione e la struttura organizzativa delle SOA devono assicurare il rispetto del principio di indipendenza. Infatti, la preminente necessità che l'indipendenza degli organismi di attestazione sia assicurata sempre e comunque, che ogni sia pur minima circostanza che possa determinare un conflitto di interessi sia comunicata all'Autorità - alla quale spetterà poi valutare se nel concreto si prospetti la situazione di incompatibilità - risponde alla primaria esigenza di garantire che l'espletamento dell'attività di attestazione istituzionalmente demandata alle SOA miri costantemente all'interesse superiore della regolarità del mercato dei lavori pubblici.

Nel caso di specie l'Autorità ha deliberato l'avvio del procedimento di revoca dell'autorizzazione a carico della SOA ricorrente a seguito dei fatti e delle circostanze rappresentate dal rapporto della Guardia di Finanza e della DIA nell'ambito di procedimenti penali.

Tali fatti, come vengono riportati nel rapporto della Guardia di Finanza e nell'atto di comunicazione dell'avvio del procedimento, sono relativi ad una serie di situazioni che violano pesantemente i principi di indipendenza e trasparenza di cui all'art. 7, comma 4 del d.P.R. n. 34/00.

In particolare riguardano la pratica relativa all'attestazione di un'impresa (la s.p.a. ***) che risulta essere stata curata da un promotore d'affari della SOA (tal ***i *****), il quale aveva dichiarato alla Guardia di Finanza di aver effettuato personalmente «l'attività istruttoria ... per quanto concerne gli aspetti formali e tecnici» sulla base della documentazione fornita integralmente dall'impresa stessa e, ancora, di aver curato «per conto dell'***, in qualità di consulente, la fase istruttoria per il conseguimento da parte di tale società dell'attestazione di qualificazione». Detta circostanza costituisce una chiara violazione del disposto dell'articolo 12, comma 2, del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34, che vieta alle SOA «per l'espletamento delle loro attività [...] di ricorrere a prestazioni di soggetti esterni alla loro organizzazione aziendale», anche in relazione alle determinazioni dell'Autorità n. 38 e n. 50 del 2000, circa il divieto di utilizzo di soggetti esterni per lo svolgimento dell'attività di attestazione. Con queste Determinazioni l'Autorità ha consentito alle SOA l'utilizzo di promotori commerciali esterni unicamente per la diffusione di informazioni commerciali, con esclusione di attività di raccolta documentale e, a maggior ragione, di esame della medesima documentazione. L'attività di attestazione è, pertanto, di esclusiva competenza della SOA. e non può essere svolta da soggetti estranei alla sua organizzazione, in ragione del rilievo pubblicitario proprio della funzione di attestazione, che hanno determinato l'imposizione da parte del legislatore di specifici e

pregnanti doveri cui soggiacciono le SOA nello svolgimento dei relativi compiti.

Di conseguenza, il fatto che la SOA ricorrente abbia consentito ad un proprio promotore di compiere l'istruttoria dell'attestazione dell'impresa su indicata costituisce di per sé circostanza senza dubbio ***, nonché la violazione della normativa richiamata.

Dal medesimo rapporto della Guardia di Finanza si è, altresì, appreso che la SOA è stata «amministrata e posseduta occultamente da un dipendente del Ministero delle Infrastrutture in servizio presso un ufficio di Roma, (tale *** Antonio), il quale [...] avrebbe conferito la propria parte di capitale sociale al socio di maggioranza della predetta SOA, *** Aniello». E a riprova della presenza attiva del dipendente pubblico nella gestione della SOA, il promotore ***i ha dichiarato alla Guardia di Finanza, nella deposizione del 14 luglio 2004, di aver concordato verbalmente la propria provvigione direttamente con lui.

Lo stesso *** è socio unico dal 24 aprile 2003 della s.r.l.

*** (denominata, sino al 9.08.2004, Promo Consulting S.r.l.), società che sino al 5 novembre 2002 aveva la sede legale coincidente con quella tenuta della SOA sino al 2004 (via Giordani 56, Napoli) e che si è resa promissaria acquirente delle quote sociali della SOA.

La medesima società risulta inoltre aver rilasciato la certificazione di qualità al Consorzio *** s.p.a. impresa qualificata dalla SOA ***, il che rappresenta un ulteriore elemento di commistione tra la gestione della SOA ed il *****.

I principi di indipendenza e trasparenza di cui all'art. 7, comma 4, e all'art. 12, lettere a) e d), del D.P.R. 34/2000, risultano sostanzialmente elusi da una forma di controllo "di fatto" esercitato sulla SOA da un soggetto ad essa esterno.

Dal Rapporto della Guardia di Finanza di Napoli del 5 luglio 2005, relativo agli esiti degli accertamenti condotti sulla compagine sociale della SOA, è inoltre emerso che, sin dal momento della sua costituzione, «alcuni dei soci indicati nella compagine sociale rivestivano tale carica solo in modo formale, atteso che soci di fatto e reali finanziatori sono risultati essere amici o parenti degli stessi».

In particolare, dai suddetti accertamenti è risultato, tra l'altro, che alcuni soci (*** *****, *** Angelo, *** Filomena) erano parenti di titolari di imprese edili, che erano state attestate dalla SOA quando nella compagine di quest'ultima erano ancora presenti i suddetti soci.

I riferiti legami tra soci della SOA e imprese attestate, così come la presenza di incompatibili soci occulti alle spalle di quelli ufficiali, sono apparsi indici di una ulteriore *** compromissione del principio di indipendenza sancito dall'art. 7, commi 4 e 5, e dall'art. 12, lettere a) e d), del D.P.R. 34/2000, oltre che sostanziale violazione delle regole in materia di compagine sociale delle SOA, di cui all'art. 8 del medesimo D.P.R., improntate al rispetto della massima trasparenza e, dunque, inconciliabili con la presenza di soci occulti.

Infatti, la necessità della mancanza di interferenza è un principio di base che si desume direttamente dalla stessa normativa di riferimento, la quale esplicitamente prevede che «la composizione ... delle SOA deve assicurare il rispetto del principio di indipendenza di giudizio» e che le SOA devono «assicurare ...l'indipendenza richiesta dalla legge e dal regolamento» (articoli 7, comma 4, e 12, lettera d), del D.P.R. 34/2000).

Il Collegio, pertanto, ritiene violato il principio di indipendenza, anche nella lettura che di tale principio si è data nella Determinazione dell'Autorità n. 38 del 2000: «l'indipendenza delle SOA deve essere intesa in senso funzionale e non strutturale [...]. L'indipendenza non è situazione suscettibile di essere definita con esattezza secondo termini e contenuti predeterminati, ma va accertata caso per caso in relazione alla specifica funzione di cui si vuole garantire l'imparzialità»: è proprio l'accertamento dei citati casi di attestazioni rilasciate a imprese in vario modo legate a soci della SOA a far emergere una compromissione dell'imparzialità nell'esercizio della funzione di qualificazione.

A fronte di tali elementi non possono essere condivise le affermazioni della ricorrente la quale ha opposto il fatto che i soci citati avrebbero ricevuto il nulla-osta dell'Autorità ai sensi dell'art. 8 del D.P.R. 34/2000 e, dunque, non potrebbero ora essere oggetto di contestazione. La tesi, evidentemente, è infondata, poichè oggetto della contestazione non è stata la presenza in sé di tali soci nella compagine della SOA, peraltro ormai passata, bensì l'avvenuta attestazione di imprese in vario modo legate a tali soci proprio in coincidenza della permanenza di questi ultimi nella compagine sociale.

Infine, a seguito di controlli d'ufficio effettuati dall'Autorità mediante visure presso la Camera di Commercio, è emersa la coincidenza tra il collegio sindacale della SOA e quello di altre due imprese (***) Costruzioni S.r.l. e Consorzio Stabile *** s.p.a.), entrambe attestate dalla SOA medesima. Inoltre nel corso dei sequestri disposti dal Sostituto Procuratore della Direzione Distrettuale Antimafia di Napoli ed eseguiti dal Centro Operativo di Napoli della Direzione Investigativa Antimafia presso il Consorzio *** s.p.a. e presso la SOA, tra il materiale rinvenuto sono stati individuati elementi di cancelleria (timbro di gomma, note e cartelline) di un'impresa ("SIGENCO s.p.a.") attestata dalla SOA, ma non facente parte del Consorzio *** e, quindi, in assenza di una valida ragione idonea a giustificare la presenza di tali elementi presso la sede del Consorzio ***; cartelline contenenti fogli con la scritta "Cantiere SOA *** s.p.a."; alcuni contenitori, tenuti in cassaforte, recanti la scritta "Fascicoli SoaGest - Attestati" (il Soagest è il programma di gestione della procedura di attestazione utilizzato dalla SOA ***) e contenenti decine di fascicoli relativi alla procedura di attestazione di imprese riguardanti la SOA.

Presso la SOA è stata altresì trovata una cartellina con la scritta "SOA *** e Consorzio *** - lavoro - Azioni", contenente titoli azionari in bianco del Consorzio stabile *** s.p.a.

Sono pertanto emersi gravi indizi di violazione dell'indipendenza, al cospetto dei quali risulta evidente non solo una commistione di interessi, e dunque un legame, tra la SOA e le imprese da essa attestate, e fra esse soprattutto il Consorzio *** s.p.a.: si pensi ai fascicoli relativi alla procedura di attestazione di

imprese riguardanti la SOA sequestrati presso il citato Consorzio, ai titoli azionari in bianco del medesimo Consorzio sequestrati presso la Soa ***, alle attestazioni della SOA firmate in bianco, il rinvenimento delle quali risulta evidente uno svolgimento dell'attività di attestazione in modo scorretto e negligente, in violazione dei basilari principi di diligenza, correttezza e trasparenza richiamati dall'art. 12, lettera a), del D.P.R. 34/2000 ed anche dall'art. 2, comma 1, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.

Emerge con chiarezza che i fatti rilevati dal complesso lavoro di indagine e gli elementi raccolti dalla DIA si presentano non già come meri indizi, bensì come prove dirette e concrete, gravi, precise, univoche e concordanti della reiterata violazione dei principi di indipendenza, diligenza, correttezza e trasparenza di cui all'art. 7, comma 4, art. 12, lettera d), del D.P.R. 34/2000 e all'art. 2, comma 1, del D.Lgs. 163 del 2006.

Alla luce di quanto esposto, il Collegio ritiene del tutto legittimo l'esercizio del potere di revoca dell'autorizzazione alla SOA *** ai sensi dell'art. 10, comma 5, del D.P.R. 34/2000.

Sussistono infatti i presupposti di diritto in quanto, secondo quanto disposto dalla norma richiamata, «L'autorizzazione è revocata dall'Autorità quando sia accertato il venire meno dei requisiti e delle condizioni di cui agli articoli 7,8 e 9», nonché quelli di fatto visti gli accertamenti compiuti dalla Guardia di Finanza e dalla DIA, i cui esiti sono stati trasmessi all'Autorità.

Conclusivamente il Collegio dichiara inammissibili i ricorsi n. 1494/06, 2684/06, 4567/06 e 6676/06; respinge il ricorso n. 8241/06 siccome fondato.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese processuali liquidate in € 5000,00 a favore dell'Amministrazione costituita.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione III, previa riunione degli stessi, dichiara inammissibili i ricorsi n. 1494/06, 2684/06, 4567/06 e 6676/06.

Respinge il ricorso n. 8241/06.

Condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali liquidate in complessivi € 5.000,00 a favore dell'Amministrazione costituita.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del 22 novembre 2006.

Il Presidente

: *****

Il Relatore: *****

<https://www.diritto.it/le-soa-sono-societa-private-che-svolgono-una-funzione-pubblica-essendo-competenti-a-rilasciare-l-attestazione-richiesta-sicche-si-verifica-un-ipotesi-di-esercizio-privato-di-funzione-pubblica-come/>