

Qualificazione negli appalti di lavori - solo le Soa sono legittime a svolgere attività di attestazione - escluse le società operanti nella qualità - divieto di esercizio congiunto di attività di attestazione e di certificazione

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Qualificazione negli appalti di lavori - solo le Soa sono legittime a svolgere attività di attestazione - escluse le società operanti nella qualità - divieto di esercizio congiunto di attività di attestazione e di certificazione

Appalti di lavori: Non esiste la possibilità di autorizzare i soggetti operanti nella certificazione di qualità a svolgere anche l'attività di attestazione

La riforma disposta nel 2002 ha comportato soltanto che le società di certificazione non possono più essere autorizzate a qualificare soggetti esecutori di lavori pubblici, neppure con il limite soggettivo prima esistente.

proprio lo scopo di consentire che alle gare d'appalto in materia di lavori pubblici partecipino soltanto quei soggetti effettivamente in possesso dei requisiti prescritti giustifica, anche sotto il profilo della proporzionalità, il divieto di esercizio congiunto di attività di attestazione e di certificazione

La questione sollevata dall'appellante consiste nello stabilire se, per effetto delle modifiche apportate all'art. 8, comma 4, della legge n. 109 del 1994 dall'art. 7 della legge n.166 del 2002, sia venuto meno il divieto per le SOA di svolgere attività di attestazione anche nei confronti di imprese certificate dalle stesse

SOA o da società da queste controllate.

Qual è il parere dell'adito giudice di appello del Consiglio di Stato?

Il Collegio ritiene che al quesito si debba dare risposta negativa, e che, pertanto, il divieto continui a sussistere, così come ritenuto dall'Autorità.

4). L'art. 8, comma 4, della legge n. 109 del 1994, nel testo previgente alla riforma di cui all'art. 7 della legge n. 166 del 2002 demandava al regolamento di istituzione del sistema di qualificazione il compito di definire: "b) le modalità e i criteri di autorizzazione e di eventuale revoca nei confronti degli organismi di attestazione, nonché i requisiti soggettivi, organizzativi, finanziari e tecnici che i predetti organismi devono possedere fermo restando che essi devono agire in piena indipendenza rispetto ai soggetti esecutori dei lavori pubblici destinatari del sistema di qualificazione e che sono soggetti alla sorveglianza dell'Autorità; i soggetti accreditati nel settore delle costruzioni, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 4500 e delle norme nazionali in materia, al rilascio della certificazione dei sistemi di qualità, su loro richiesta sono autorizzati dall'Autorità, nel caso in cui siano in possesso dei predetti requisiti, anche allo svolgimento dei compiti di attestazione di cui al comma 3, fermo restando il divieto per lo stesso soggetto di svolgere sia i compiti della certificazione che quelli di attestazione relativamente alla medesima impresa".

La disposizione, quindi, prevedeva che, in presenza di determinati requisiti, le società di certificazione potessero essere autorizzate a svolgere attività di attestazione, stabilendo, tuttavia, come limite comunque operante, anche in presenza dell'autorizzazione, il divieto espresso di cumulare le due attività relativamente alla medesima impresa.

Con l'art. 7 della legge n. 166 del 2002, la lett. b) del comma 4 dell'art. 8 della legge n. 109 del 1994 è stata sostituita dalla seguente: [Il regolamento di cui al comma 2 definisce in particolare] b) le modalità e i

criteri di autorizzazione e di eventuale revoca nei confronti degli organismi di attestazione, nonché i requisiti soggettivi, organizzativi, finanziari e tecnici che i predetti organismi devono possedere.

Non si può, tuttavia, ritenere che per effetto di questa modifica sia venuto meno il divieto di svolgere attività di certificazione e di attestazione nei confronti della medesima impresa.

Al contrario, come correttamente ritenuto dall'Autorità, l'effetto di tale modifica è il venir meno della possibilità di autorizzare i soggetti operanti nella certificazione di qualità a svolgere anche l'attività di attestazione.

L'art. 8, comma 4, lett. b), della legge n. 109 del 1994, prima delle modifiche del 2002, aveva un contenuto precettivo duplice: da un lato, in deroga alla regola dell'esclusività dell'oggetto sociale degli organismi di attestazione, consentiva che l'attività di attestazione fosse svolta, previa autorizzazione, anche da soggetti certificatori; dall'altro, limitava tale possibilità, impedendo che uno stesso soggetto potesse svolgere attività di certificazione e di attestazione nei confronti della stessa impresa. La disposizione, quindi, conteneva due norme tra loro strettamente collegate: una di autorizzazione (derogatoria rispetto al principio dell'esclusività dell'oggetto sociale di cui all'art. 7, comma 3, del d.P.R. n. 34 del 2000) e l'altra di divieto, che aveva proprio lo scopo di limitare l'ampiezza, altrimenti eccessiva, di quell'autorizzazione.

La parziale abrogazione di tale disposizione ha fatto venire meno entrambi i contenuti precettivi appena descritti. E' caduto, in altri termini, non solo il divieto, ma prima ancora, e soprattutto, la norma autorizzante. Il divieto, del resto, aveva un senso proprio in presenza della norma che permetteva eccezionalmente lo svolgimento di attività di attestazione da parte dei soggetti certificatori.

In altri termini, la circostanza che la legge non preveda più il divieto per le società di certificazione della qualità di svolgere anche attività di qualificazione con riferimento alla stessa impresa non significa affatto

che le società di certificazione possano ora incondizionatamente anche attestare nell'ambito dei lavori pubblici senza alcun limite soggettivo.

In senso contrario non vale invocare la considerazione che non è stato formalmente abrogato l'art. 13 del regolamento emanato con il d.P.R. n. 34 del 2000 , che, al primo comma, prevede: "gli organismi già accreditati al rilascio di certificazione dei sistemi di qualità, che intendono svolgere anche attività di attestazione, sono soggetti alla autorizzazione da parte dell'autorità".

Tale disposizione regolamentare, per effetto delle modifiche legislative intervenute, ha visto svuotato il suo contenuto normativo, perché fa riferimento ad una autorizzazione che ormai l'ordinamento non permette più di rilasciare.

Destituiti di fondamento sono anche i prospettati dubbi di compatibilità comunitaria della normativa nazionale interpretata nel senso appena descritto.

Ad avviso della Sezione, il divieto in questione, infatti, nella misura in cui mira ad affermare la neutralità e l'imparzialità dei soggetti chiamati a verificare la sussistenza dei requisiti per partecipare alle gare di appalto risulta certamente in linea con i principi comunitari che tutelano la concorrenza.

Anzi, proprio lo scopo di consentire che alle gare d'appalto in materia di lavori pubblici partecipino soltanto quei soggetti effettivamente in possesso dei requisiti prescritti giustifica, anche sotto il profilo della proporzionalità, il divieto di esercizio congiunto di attività di attestazione e di certificazione.

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 696 del 31 gennaio 2011 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 00696/2011REG.PROV.COLL.

N. 09538/2003 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9538 del 2003, proposto dalla s.p.a. Soa Ricorrente-Organismo di Attestazione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati ***** e ***** , con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. ***** in Roma,

via Asiago, 8;

contro

Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro pro tempore, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in presenza del presidente pro tempore, entrambi rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliati per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 03659/2003, resa tra le parti, concernente NEGATA AUTORIZZAZIONE DELLA ATTIVITA' DI CERTIFICAZIONE NEL SETTORE DELLE COSTRUZIONI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2010 il Cons. ***** e uditi per le parti gli avvocati ***** e ***** e l'avvocato dello Stato *****;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1). Con il ricorso n. 13865 del 2002, proposto al T.a.r. per il Lazio, la s.p.a. SOA RICORRENTE ha chiesto:

a) l'annullamento della determinazione n. 27 del 16 ottobre 2002, con la quale l'Autorità di vigilanza ha ritenuto che, in seguito all'entrata in vigore della legge n. 166 del 2002, fosse venuta meno la possibilità di autorizzare i soggetti operanti nella certificazione di qualità a svolgere anche l'attività di attestazione;

b) il risarcimento dei danni subiti in conseguenza di tale determinazione.

Con la sentenza n. 3659 del 2003, il T.a.r., senza esaminare la domanda risarcitoria, ha dichiarato inammissibile il ricorso per l'annullamento, sul presupposto che la s.p.a. SOA RICORRENTE non rientrasse tra i destinatari dell'impugnata determinazione (che secondo il Tribunale amministrativo ha come destinatari i soggetti operanti nella certificazione di qualità).

Avverso tale sentenza, la s.p.a. SOA RICORRENTE ha presentato appello al Consiglio di Stato limitatamente al punto del mancato esame della domanda risarcitoria.

A sostegno della domanda risarcitoria, l'appellante deduce che, a causa dell'incertezza provocata dalla determinazione dell'Autorità, non ha potuto (fino alla sentenza con cui il giudice di primo grado ha chiarito che l'odierna appellante era estranea all'ambito soggettivo di applicazione di quella delibera) svolgere in piena libertà la propria attività, attestando, come invece avrebbe potuto, anche le imprese certificate dalla s.p.a. RICORRENTE.

Alla pubblica udienza del 14 dicembre 2010, la causa è stata trattenuta per la decisione.

2). L'appello risulta infondato e va respinto, poiché risulta corretta l'interpretazione del quadro normativo, fornita dall'Autorità di vigilanza nella citata determinazione n. 27 del 2002.

Si può pertanto prescindere dall'esame delle deduzioni della Amministrazione appellante, secondo cui l'atto impugnato in primo grado non avrebbe determinato alcuna lesione, poiché si è limitato a fornire una risposta ad una 'richiesta di chiarimenti'.

3). La questione sollevata dall'appellante consiste nello stabilire se, per effetto delle modifiche apportate all'art. 8, comma 4, della legge n. 109 del 1994 dall'art. 7 della legge n.166 del 2002, sia venuto meno il divieto per le SOA di svolgere attività di attestazione anche nei confronti di imprese certificate dalle stesse SOA o da società da queste controllate.

Il Collegio ritiene che al quesito si debba dare risposta negativa, e che, pertanto, il divieto continui a sussistere, così come ritenuto dall'Autorità.

4). L'art. 8, comma 4, della legge n. 109 del 1994, nel testo previgente alla riforma di cui all'art. 7 della legge n. 166 del 2002 demandava al regolamento di istituzione del sistema di qualificazione il compito di definire: "b) le modalità e i criteri di autorizzazione e di eventuale revoca nei confronti degli organismi di attestazione, nonché i requisiti soggettivi, organizzativi, finanziari e tecnici che i predetti organismi devono possedere fermo restando che essi devono agire in piena indipendenza rispetto ai soggetti esecutori dei lavori pubblici destinatari del sistema di qualificazione e che sono soggetti alla sorveglianza dell'Autorità; i soggetti accreditati nel settore delle costruzioni, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 4500 e delle norme nazionali in materia, al rilascio della certificazione dei sistemi di qualità, su loro richiesta sono autorizzati dall'Autorità, nel caso in cui siano in possesso dei predetti requisiti, anche allo svolgimento dei compiti di attestazione di cui al comma 3, fermo restando il divieto per lo

stesso soggetto di svolgere sia i compiti della certificazione che quelli di attestazione relativamente alla medesima impresa”.

La disposizione, quindi, prevedeva che, in presenza di determinati requisiti, le società di certificazione potessero essere autorizzate a svolgere attività di attestazione, stabilendo, tuttavia, come limite comunque operante, anche in presenza dell’autorizzazione, il divieto espresso di cumulare le due attività relativamente alla medesima impresa.

5). Con l’art. 7 della legge n. 166 del 2002, la lett. b) del comma 4 dell’art. 8 della legge n. 109 del 1994 è stata sostituita dalla seguente: [Il regolamento di cui al comma 2 definisce in particolare] b) le modalità e i criteri di autorizzazione e di eventuale revoca nei confronti degli organismi di attestazione, nonché i requisiti soggettivi, organizzativi, finanziari e tecnici che i predetti organismi devono possedere.

Non si può, tuttavia, ritenere che per effetto di questa modifica sia venuto meno il divieto di svolgere attività di certificazione e di attestazione nei confronti della medesima impresa.

Al contrario, come correttamente ritenuto dall’Autorità, l’effetto di tale modifica è il venir meno della possibilità di autorizzare i soggetti operanti nella certificazione di qualità a svolgere anche l’attività di attestazione.

L’art. 8, comma 4, lett. b), della legge n. 109 del 1994, prima delle modifiche del 2002, aveva un contenuto precettivo duplice: da un lato, in deroga alla regola dell’esclusività dell’oggetto sociale degli organismi di attestazione, consentiva che l’attività di attestazione fosse svolta, previa autorizzazione, anche da soggetti certificatori; dall’altro, limitava tale possibilità, impedendo che uno stesso soggetto potesse svolgere attività di certificazione e di attestazione nei confronti della stessa impresa. La disposizione, quindi, conteneva due norme tra loro strettamente collegate: una di autorizzazione (derogatoria rispetto al principio dell’esclusività dell’oggetto sociale di cui all’art. 7, comma 3, del d.P.R.

n. 34 del 2000) e l'altra di divieto, che aveva proprio lo scopo di limitare l'ampiezza, altrimenti eccessiva, di quell'autorizzazione.

La parziale abrogazione di tale disposizione ha fatto venire meno entrambi i contenuti precettivi appena descritti. E' caduto, in altri termini, non solo il divieto, ma prima ancora, e soprattutto, la norma autorizzante. Il divieto, del resto, aveva un senso proprio in presenza della norma che permetteva eccezionalmente lo svolgimento di attività di attestazione da parte dei soggetti certificatori.

In altri termini, la circostanza che la legge non preveda più il divieto per le società di certificazione della qualità di svolgere anche attività di qualificazione con riferimento alla stessa impresa non significa affatto che le società di certificazione possano ora incondizionatamente anche attestare nell'ambito dei lavori pubblici senza alcun limite soggettivo.

La riforma disposta nel 2002 ha invece comportato soltanto che le società di certificazione non possono più essere autorizzate a qualificare soggetti esecutori di lavori pubblici, neppure con il limite soggettivo prima esistente.

6). In senso contrario non vale invocare la considerazione che non è stato formalmente abrogato l'art. 13 del regolamento emanato con il d.P.R. n. 34 del 2000 , che, al primo comma, prevede: "gli organismi già accreditati al rilascio di certificazione dei sistemi di qualità, che intendono svolgere anche attività di attestazione, sono soggetti alla autorizzazione da parte dell'autorità".

Tale disposizione regolamentare, per effetto delle modifiche legislative intervenute, ha visto svuotato il suo contenuto normativo, perché fa riferimento ad una autorizzazione che ormai l'ordinamento non permette più di rilasciare.

7). Destituiti di fondamento sono anche i prospettati dubbi di compatibilità comunitaria della normativa nazionale interpretata nel senso appena descritto.

Ad avviso della Sezione, il divieto in questione, infatti, nella misura in cui mira ad affermare la neutralità e l'imparzialità dei soggetti chiamati a verificare la sussistenza dei requisiti per partecipare alle gare di appalto risulta certamente in linea con i principi comunitari che tutelano la concorrenza.

Anzi, proprio lo scopo di consentire che alle gare d'appalto in materia di lavori pubblici partecipino soltanto quei soggetti effettivamente in possesso dei requisiti prescritti giustifica, anche sotto il profilo della proporzionalità, il divieto di esercizio congiunto di attività di attestazione e di certificazione.

8). Alla luce delle considerazioni che precedono, rilevato che l'interpretazione fornita dall'Autorità legittima risulta conforme alla normativa di settore, la domanda risarcitoria proposta dalla s.p.a. SOA RICORRENTE deve essere respinta, non riscontrandosi alcun fatto illecito imputabile all'Amministrazione.

9). Sussistono i presupposti per compensare tra le parti le spese e gli onorari del secondo grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 9538/2003, come in epigrafe proposto, lo respinge

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

*****, Presidente

*****, Consigliere

*****, Consigliere

*****, Estensore

*****, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/01/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

<https://www.diritto.it/qualificazione-negli-appalti-di-lavori-solo-le-soa-sono-legittime-a-svolgere-attivita-di-attestazione-escluse-le-societa-operanti-nella-qualita-divieto-di-esercizio-congiunto-di/>