



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 1304 del 2012, proposto da Bentley s.p.a. – società organismo di attestazione, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Claudio de Portu, presso il cui studio in Roma, via Mercalli n. 13, è elettivamente domiciliata;

contro

l'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede in Roma, via dei Portoghesi n. 12, è domiciliata ex lege;

nei confronti di

Luigi Guidotti, non costituito in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione

della nota dell'AVCP 19 gennaio 2012 prot. n. 006124/SOAS, del comunicato dell'AVCP n. 69 del 14 dicembre 2011 e di ogni altro atto con cui si è ritenuto di imporre alla SOA di procedere alla remissione della attestazione SOA a favore dell'impresa interessata a prescindere dal previo pagamento del corrispettivo da parte della medesima.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorita' per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2012 il dott. Davide Soricelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La questione oggetto del presente ricorso è esclusivamente giuridica e attiene alle modalità di pagamento delle prestazioni che gli organismi di attestazione svolgono in favore delle imprese che intendono qualificarsi per partecipare a appalti di lavori.

Il dato normativo rilevante a questo riguardo è costituito dall'articolo 70 D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 i cui commi 4 e 5 dispongono che *“ogni attestazione di qualificazione o di suo rinnovo nonché tutte le attività integrative di revisione o di variazione, sono soggette al pagamento di un corrispettivo determinato, in rapporto all'importo complessivo ed al numero delle categorie generali o specializzate cui si richiede di essere qualificati, secondo le formule di cui all'allegato C - parte I. ... Gli importi determinati ai sensi del comma 4 sono considerati corrispettivo minimo della prestazione resa. Il corrispettivo deve essere interamente pagato prima del rilascio dell'attestazione, revisione o variazione; sono ammesse dilazioni non superiori a sei mesi, ove, al momento del rilascio della attestazione sia stata disposta e comunicata alla SOA l'autorizzazione di addebito in conto corrente bancario (R.I.D.) per l'intero corrispettivo”*.

2. Con il comunicato n. 69 del 14 dicembre 2011 l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha statuito che le società di attestazione non possono subordinare al pagamento del corrispettivo da parte dell'impresa soggetta al loro controllo la revisione o variazione dell'attestazione nel caso di decadenza o di ridimensionamento a seguito di procedimento d'ufficio ex articolo 40, comma 9-ter, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163.

In sostanza l'AVCP ha ritenuto che l'articolo 70, commi 4 e 5, si riferisca, menzionando il comma 4 una “richiesta” di qualificazione alla sola attività volta al rilascio dell'attestazione ovvero alla sua variazione in senso migliorativo (aggiunta di categorie o riconoscimento di una migliore classifica).

Queste disposizioni, invece, non si applicherebbero al procedimento d'ufficio ex articolo 40, comma 9-ter citato, in cui vengono in rilievo atti sfavorevoli (decadenza ovvero variazione peggiorativa, nel senso di eliminazione di una o più categorie o di riduzione di classifica sino a quel momento posseduta); in questo caso l'atto è espressione di una funzione pubblicistica che le SOA svolgono e che attiene alla eliminazione dal mercato di quelle imprese la cui attestazione non sia più corrispondente alla reale capacità tecnica; questa funzione di aggiornamento-ridimensionamento è obbligatoria e vincolata e soprattutto, scaturendo direttamente dalla legge (cioè dall'articolo 40, comma 9-ter, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163), non potrebbe essere ricondotta a un rapporto sinallagmatico con il soggetto privato che si trova rispetto alla stessa in una posizione di soggezione e che, sul piano sostanziale, non ha alcun interesse a vedersi ridimensionata la propria sfera di operatività nel mercato di lavori pubblici; di qui l'impossibilità di subordinare lo svolgimento al pagamento del corrispettivo secondo lo schema del comma 5 del citato D.P.R. n. 207.

3. Con il ricorso all'esame la Bentley, organismo di attestazione, impugna il provvedimento dell'Autorità, traendo spunto, per così dire, da un caso concreto riguardante la ditta Luigi Guidotti (che è incorsa in una riduzione della propria classifica a causa della perdita della certificazione di qualità); in sostanza la Bentley impugna il citato comunicato dell'AVCP e una nota con cui l'Autorità, in relazione alla comunicazione inviata della chiusura della istruttoria nei confronti della ditta Guidotti, le ha ingiunto di attenersi al comunicato (cioè di aggiornare l'attestazione della ditta Guidotti senza subordinare la sua azione al previo pagamento del dovuto da parte di quest'ultima).

La ricorrente denuncia che il comunicato dell'Autorità si pone in contrasto coi commi 4 e 5 dell'articolo 70 D.P.R. n. 207 che espressamente subordinerebbero l'attività di rilascio, revisione o variazione dell'attestazione al pagamento del corrispettivo senza introdurre distinzioni ulteriori; denunciano altresì il vizio di eccesso di potere sotto vari profili sostenendo che la soluzione adottata dall'Autorità – che consisterebbe nel subordinare a preventivo pagamento le sole attività delle SOA “richieste” dalle imprese interessate e non quelle in cui le SOA si siano attivate d'ufficio – sarebbe irrazionale e ingiusta perché premierebbe le imprese che non denuncino le variazioni della propria situazione peggiorative della propria attestazione e indebolirebbe l'attività di controllo escludendo il pagamento del corrispettivo nei casi in cui non vi sia una richiesta da parte dell'impresa interessata.

4. Le argomentazioni della ricorrente sono infondate e si basano su un parziale fraintendimento della portata del comunicato impugnato determinato dalla circostanza che esso è formulato in modo tutt'altro che chiaro.

Il comunicato infatti non stabilisce che l'atto di variazione-ridimensionamento dell'attestazione possa essere subordinato al pagamento del corrispettivo solo quando l'organismo non agisca d'ufficio ma su "richiesta" dell'interessato né che, quando la "richiesta" manchi e l'organismo si sia attivato d'ufficio, non sia dovuto corrispettivo per la sua attività.

L'AVCP ha invece distinto l'attività delle SOA secondo che si tratti di attività svolta in base a titolo negoziale che sfoci in atti "migliorativi" per l'impresa interessata (rilascio di attestazione ovvero ampliamento di essa mediante riconoscimento di nuove categorie o di una maggior classifica) ovvero si tratti dell'attività di verifica della permanenza dei requisiti ex articolo 40, comma 9-ter, d.lg. n. 163, sfociante in atti "peggiorativi" (decadenza dell'attestazione o perdita di una o più categorie o riduzione di classifica); nel primo caso, che non crea alcun particolare problema dato che l'interessata ha un evidente interesse a conseguire il rilascio della SOA (aggiornata), l'AVCP, conformemente al disposto del quinto comma del citato articolo 70, ha ritenuto che il rilascio dell'attestazione possa essere subordinato al pagamento del corrispettivo dovuto all'organismo di attestazione per l'attività svolta. Il comunicato impugnato si riferisce al secondo caso; quando ricorre quest'ultimo, indipendentemente dal fatto che l'organismo si sia attivato su segnalazione dell'interessata ovvero d'ufficio (e in questa prospettiva il riferimento da parte del comunicato a un'attività ufficiosa appare equivoco), l'AVCP si è limitata ad affermare che il perfezionamento del procedimento e quindi la decadenza, variazione o modifica non possa essere subordinata al pagamento del corrispettivo ma debba avvenire senza indugio al fine di evitare che l'impresa possa, sottraendosi o ritardando il pagamento, continuare ad avvalersi di una attestazione che non rispecchia la sua realtà. In sostanza il corrispettivo è comunque dovuto; del resto gli organismi di attestazione, pur svolgendo un'attività a carattere pubblicistico, sono pur sempre società di capitali a fini di lucro e la loro attività ha sempre un rilievo pubblicistico per cui quest'ultimo non può rilevare ai fini del riconoscimento del corrispettivo.

Si tratta di una soluzione che prospetta un'interpretazione dell'articolo 70 che appare condivisibile su un piano logico e sistematico, dato che avrebbe effettivamente poco senso subordinare lo svolgimento di un'attività sfavorevole a un esborso da parte del soggetto passivo di tale attività; in definitiva o si ritiene, secondo l'impostazione dell'atto impugnato, che i commi 4 e 5 si siano voluti riferire solo all'attività di attestazione di tipo favorevole-migliorativo (cioè rilascio di attestazione o variazione migliorativa sotto forma di riconoscimento di nuove categorie o di una migliore classifica) e che, di conseguenza, queste disposizioni nulla dispongano in ordine alla spettanza del corrispettivo nel caso di attività di controllo ex art. 40, comma 9-ter, sfociante in atti di variazione peggiorativa, oppure si ritiene – come appare preferibile – che i commi 4 e 5 citati si riferiscano a tutta l'attività delle SOA, compresa quella di verifica sfociante in variazioni peggiorative, nel qual caso la legge magis dixit quam voluit nel senso che essa apparentemente dispone che tutti gli atti delle SOA siano subordinati al pagamento del corrispettivo da parte dell'impresa interessata essendo invece implicito – per ragioni di carattere logico e sistematico – che tale subordinazione è ipotizzabile per la sola attività svolta in base a titolo negoziale e sfociante nel rilascio di attestazione o di variazione migliorativa, cioè nei soli casi in cui l'impresa interessata abbia un interesse alla pronta emissione dell'atto (e quindi il suo interesse sia convergente rispetto a quello della SOA ad essere remunerata per l'attività svolta). In definitiva il comunicato impugnato si sottrae alle censure della ricorrente nella misura in cui si ritenga che esso si limiti a escludere che gli atti di variazione-modifica peggiorativa ex articolo 40, comma 9-ter, siano subordinabili al pagamento di un corrispettivo fermo restando che questo è comunque dovuto.

Se ci si colloca in questa prospettiva si può riconoscere che la soluzione dell'atto impugnato non "premia", come

denunciato in ricorso, le imprese che non denuncino le variazioni peggiorative della propria situazione né indebolisce l'attività di controllo delle SOA; e infatti il pagamento del corrispettivo è comunque dovuto sia che l'impresa, come è suo dovere, informi l'organismo di attestazione della modifica intervenuta sia che non lo faccia, con la sola precisazione che, venendo nella fattispecie dell'articolo 40, comma 9 ter, un'attività di controllo che trae il proprio fondamento nella legge, l'esito del controllo (o meglio la sua formalizzazione) non può essere subordinata al preventivo pagamento del corrispettivo dovuto.

5. Il ricorso deve dunque essere respinto. La novità e peculiarità della questione giustifica l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, sezione III, definitivamente pronunciandosi sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Giuseppe Sapone, Consigliere

Davide Soricelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/10/2012

IL SEGRETARIO

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