

**Comunicato 14/12/2011, n. 69 - Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture**

**Chiarimenti in ordine all'applicabilità dell'art. 70, commi 4 e 5 del D.P.R. n. 207/2010 all'attività di aggiornamento/ridimensionamento delle attestazioni effettuata a seguito delle verifiche di cui all'art. 40 comma 9 ter del D. Lgs. n. 163/2006 a carico delle SOA**

--- § ---

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Comunicato 14 dicembre 2011, n.69

Nello svolgimento dell'attività di vigilanza sul sistema di qualificazione di cui all'art. 6, comma 7, lettera m) del D. Lgs. n. 163/2006, l'Autorità ha riscontrato la sussistenza di alcuni profili problematici, riguardanti il comportamento di alcune SOA nell'adozione dei provvedimenti volti ad adeguare le attestazioni di qualificazione ai mutamenti dei requisiti facenti capo alle imprese, all'esito dei procedimenti di controllo ex art. 40, comma 9 ter del D. Lgs. n. 163/2006.

Tali profili problematici sono stati rilevati, in particolare, in relazione all'attività di ridimensionamento delle attestazioni, ove le SOA intervengono con l'esercizio di una nuova attività di attestazione e il rilascio di un diverso attestato, avente l'effetto di riposizionare le imprese nel mercato dei lavori pubblici con l'eliminazione di una o più categorie e/o con la riduzione delle classifiche fino a quel momento possedute; minori problemi sono stati rilevati in relazione all'attività di decadenza posta in essere dalle SOA, al fine di annullare l'attestato dell'impresa non più in possesso dei previsti requisiti minimi, estromettendolo dalla realtà giuridica, senza l'emissione di una nuova attestazione.

In particolare, in occasione di alcuni eventi riguardanti le imprese attestate, incidenti sul possesso dei requisiti di qualificazione, le SOA hanno comunicato il venir meno di alcuni requisiti o la sussistenza di intervenute variazioni all'interno delle compagini imprenditoriali con conseguente necessità di ridimensionare e/o variare le attestazioni, subordinando il rilascio della nuova attestazione al pagamento del corrispettivo ai sensi dell'art. 70, commi 4 e 5 del D.P.R. n. 207/2010 (ex art. 12 del D.P.R. n. 34/2000).

Per la risoluzione della questione relativa all'applicabilità o meno delle disposizioni di cui all'art. 70, commi 4 e 5 del D.P.R. n. 207/2010 all'attività di ridimensionamento delle attestazioni all'esito dei procedimenti ex art. 40 comma 9 ter del D. Lgs. n. 163/2006, va osservato, come peraltro evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa e dall'Autorità in precedenti determinazioni, che le SOA svolgono una funzione pubblicistica di certificazione, che sfocia in una attestazione, consistente in un atto unilaterale con valore di atto pubblico, in quanto proiezione della funzione pubblica esercitata.

Tali atti sono destinati altresì ad assumere una particolare efficacia probatoria, in quanto come disposto da ultimo dall'art. 60 del D.P.R. n. 207/2010 "Fatto salvo quanto stabilito agli articoli 61, comma 6, e 62, l'attestazione di qualificazione rilasciata a norma del presente titolo costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici".

Da tali considerazioni ne discende un duplice interesse pubblicistico sotteso all'attività di attestazione: da un lato quello di permettere alle imprese di accedere al mercato dei lavori pubblici solo se in possesso dei requisiti per la qualificazione come disciplinati dal D.P.R. n. 207/2010, che ha sostituito il previgente D.P.R. n. 34/2000 e dall'altro quello di permettere alle medesime imprese di continuare ad operare nel mercato solo se in possesso dei requisiti.

A tali interessi corrispondono due distinte attività delle SOA, quella funzionale all'accesso al mercato delle imprese e quella funzionale all'estromissione dal mercato delle medesime imprese. Al riguardo va osservato che espressione di tale seconda funzione è la previsione di cui all'art. 40, comma 9 ter del D. Lgs. n. 163/2006, laddove si prevede che "Le SOA hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità l'avvio del procedimento di accertamento del possesso dei requisiti nei confronti delle imprese nonché il relativo esito. Le SOA hanno l'obbligo di dichiarare la decadenza dell'attestazione di qualificazione qualora accertino che la stessa sia stata rilasciata in carenza dei requisiti prescritti dal regolamento, ovvero che sia venuto meno il possesso dei predetti requisiti; in caso di inadempienza l'Autorità procede a dichiarare la decadenza dell'autorizzazione alla SOA all'esercizio dell'attività di attestazione".

Tale funzione, rivolta non già a consentire all'operatore di accedere al mercato, bensì, al contrario, a consentire al mercato di espungere quei soggetti per i quali l'attestazione non risulta espressione della reale capacità tecnica ed economica-finanziaria, risulta particolarmente connotata da profili strettamente pubblicistici ed il relativo potere esercitato dalle SOA è obbligatorio e privo di connotati di discrezionalità, risultando vincolato nell'an e nel quomodo.

Espressione della medesima funzione è l'attività di aggiornamento/ridimensionamento, ovvero di riduzione della portata abilitante dell'attestazione, quale declinazione del potere di decadenza desumibile in via implicita dalla medesima disposizione dell'art. 40, comma 9 ter del D. Lgs. n. 163/2006, di cui ne condivide natura e finalità e rispetto alla quale il privato si trova in posizione di soggezione.

Se dunque l'attività prevista dall'art. 40 comma 9 ter del codice dei contratti è un'attività obbligatoria e vincolata, la cui fonte risiede unicamente negli obblighi di legge, la stessa non può rientrare nella disponibilità della SOA e non può risultare oggetto di contrattazione con l'operatore economico, mancando all'uopo la possibilità di prospettare un rapporto sinallagmatico tra prestazione della SOA e pagamento del corrispettivo da parte dell'operatore economico, che non avrebbe alcun interesse a vedersi ridurre la propria sfera di operatività nel mercato dei lavori pubblici.

Alla luce di quanto esposto ne consegue l'inapplicabilità dell'art. 70 commi 4 e 5 del D.P.R. n. 207/2010 alle attività di decadenza o ridimensionamento, poste in essere dalle SOA ad esito di un procedimento d'ufficio, tenuto conto che l'articolo 70, comma 4 nel prevedere 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...", fa riferimento a quelle prestazioni delle SOA richieste dallo stesso operatore economico per partecipare alle procedure di affidamento dei lavori pubblici e che trovano la loro fonte nel contratto di attestazione.

Sulla scorta di tali considerazioni si ritiene che le SOA non possono subordinare la pronuncia di decadenza e/o il rilascio dell'attestazione ridimensionata, disposti all'esito del procedimento di cui all'art. 40, comma 9 ter del D. Lgs. n. 163/2006, al versamento di un corrispettivo da parte dell'impresa in applicazione di quanto previsto dall'art. 70, comma 5 del D.P.R. n. 207/2010.

Il comportamento delle SOA volto a ritardare il perfezionamento del procedimento di controllo di cui all'art. 40, comma 9 ter del D. Lgs. n. 163/2006, consentendo la sopravvivenza dell'ultima attestazione risultante dal casellario informatico e la relativa possibile spendita della stessa nel mercato dei lavori pubblici, anche se non più adeguata alle reali capacità delle imprese, potrà essere valutato ai fini dell'applicazione delle sanzioni ex art. 73 del D.P.R. n. 207/2010.