

N. 04290/2015REG.PROV.COLL.

N. 04510/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 4510 del 2014, proposto da: Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (ora Autorità nazionale anticorruzione), Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero per i Beni e le Attività Culturali, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero degli Affari Esteri, Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, tutti rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

***contro***

Lepsa s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Ielo, Mariangela Di Giandomenico, con domicilio eletto presso l'avv. Mariangela Di Giandomenico in Roma, Via Salaria N.259;

***nei confronti di***

Celsi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Domenico Ielo, Mariangela Di Giandomenico, con domicilio eletto presso Mariangela Di Giandomenico in Roma, Via Salaria N.259; Socore s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Mariangela Di Giandomenico, Domenico Ielo, con domicilio eletto presso Mariangela Di Giandomenico in Roma, Via Salaria N.259; Euro-Soa Spa (Società Organismi di Attestazione);

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 02170/2014, resa tra le parti, concernente diniego di rilascio di attestazione s.o.a. per le categorie OG2 e OS25.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Lepsa s.r.l., di Celsi s.r.l. e di Socore s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 maggio 2015 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Tortora e l'avvocato Elefante, per delega dell'avvocato Ielo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con ricorso proposto innanzi al T.a.r. per il Lazio, la società Lepsa s.r.l. ha impugnato, insieme agli atti presupposti, il provvedimento in data 19 aprile 2013, con il quale l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d'ora in avanti anche solo Autorità o AVCP) ha negato il rilascio dell'attestazione per le categorie OG2 e OS25.

2. Il diniego dell'Autorità si è fondato sulla considerazione che *“non è stata riscontrata la presenza dell'idonea direzione tecnica, di cui all'art. 248, comma 5, d.P.R. n. 207/2010, in applicazione di quanto disposto dal comunicato dell'AVCP n. 74/2012 che esclude l'estensione alle predette categorie della deroga prevista dall'art. 357, comma 23, d.P.R. n. 207/2010”*.

3. Il T.a.r. ha accolto il ricorso ritenendo non adeguatamente motivata l'interpretazione con cui l'AVCP, mutando orientamento rispetto a quanto precedentemente ritenuto, ha escluso l'applicabilità della deroga di cui all'art. 357, comma 23, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (*Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»*) (di seguito anche solo Regolamento) anche alla qualificazione relativa ai beni culturali. 4. Per ottenere la riforma di tale sentenza ha proposto appello l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

5. Hanno proposto appello anche la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, il Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero degli Affari Esteri, il Ministero dell'Economia e delle Finanze: queste Amministrazioni hanno eccepito il difetto di legittimazione attiva rispetto al ricorso di primo grado e chiesto, pertanto, l'estromissione dal presente giudizio.

6. Si sono costituite in giudizio per resistere all'appello la società Lepsa, la società Socore e la società Celsi.

7. All'odierna udienza di discussione la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Occorre, anzitutto, esaminare il motivo di appello con il quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del

Territorio e del Mare, il Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero degli Affari Esteri, il Ministero dell'Economia e delle Finanze eccepiscono il proprio difetto di legittimazione passiva rispetto al ricorso di primo grado e chiedono, pertanto, di essere estromesse dal presente giudizio.

9. L'eccezione è fondata.

I menzionati Ministeri e la Presidenza del Consiglio sono estranei alla lite introdotta con il ricorso di primo grado. Si tratta di Amministrazioni che non hanno adottato i provvedimenti impugnati e che non possono ritenersi controinteressate (neanche in senso solo sostanziale) rispetto al ricorso introduttivo. L'interesse che tali Amministrazioni possono avere al mantenimento dei provvedimenti impugnati dall'AVCP non è, infatti, diverso da quello (generico ed indifferenziato) che potrebbe avere qualsiasi altra Amministrazione che si trovi ad appaltare lavori relativi a beni culturali per le categorie OG2 e OS25.

Tali Amministrazioni non erano, quindi, legittimate passive rispetto al ricorso di primo grado che ad esse è stato inutilmente ed erroneamente notificato. Nel giudizio di primo grado avrebbero, pertanto, dovuto essere estromesse dal giudizio per difetto di legittimazione.

10. Tali conclusioni valgono anche per il Ministero per i Beni e le Attività Culturali (MBAC), nonostante tale Amministrazione abbia nella presente controversia un ruolo peculiare, in quanto si tratta dell'Amministrazione che ha reso il parere (in data 9 gennaio 2012) basandosi sul quale l'AVCP ha mutato il proprio precedentemente orientamento adottando gli atti impugnati.

Il parere reso dal MBAC non ha natura provvedimento e fra l'altro è stato reso in un contesto extraprocedimentale, ovvero nell'ambito di un "tavolo tecnico" istituito prima dell'adozione dei provvedimenti oggetto del presente giudizio. Tale parere, del resto, non è stato neanche impugnato con il ricorso introduttivo. Anche il MBAC, dunque, è privo di legittimazione passiva.

11. Venendo al merito del giudizio, l'appello dell'AVCP si rivela infondato.

12. Il giudizio verte su una questione di diritto che attiene all'interpretazione di un complesso e disordinato quadro normativo.

La questione interpretativa consiste, più nel dettaglio, nello stabilire se la norma transitoria di cui all'art. 357, comma 23, del d.P.R. n. 207/2010 (secondo cui i soggetti che alla data di entrata in vigore del d.P.R. n. 34/2000 svolgevano le funzioni di direttore tecnico possono conservare l'incarico presso la stessa impresa anche se privi dei requisiti introdotti dall'art. 87 del medesimo d.P.R. n. 207/2010) si applichi anche alla qualificazione relativa ai beni culturali.

Il dubbio si pone a causa di un difetto di coordinamento normativo tra alcune disposizioni contenute nel d.P.R. n. 207/2010.

13. Giova premettere che l'art. 79 d.P.R. n. 207/2010 individua tra i requisiti di ordine speciale necessari per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione abilitante l'indonea direzione tecnica.

Le disposizioni che disciplinano tale requisito e che vengono in rilievo nel presente giudizio sono quelle contenute negli articoli 87, 248, comma 5, e 357, comma 23, del Regolamento.

E' utile riportare testualmente le tre disposizioni che si occupano dei requisiti richiesti.

L'art. 87, comma 2, nel disciplinare i requisiti che devono essere posseduti dai direttori tecnici, prevede in via generale: *“I soggetti ai quali viene affidato l'incarico di direttore tecnico sono dotati, per la qualificazione in categorie con classifica di importo pari o superiore alla IV, di laurea in ingegneria, in architettura, o altra equipollente, o di laurea breve o di diploma universitario in ingegneria o in architettura o equipollente, di diploma di perito industriale edile o di geometra; per le classifiche inferiori è ammesso anche il possesso di titolo di studio tecnico equivalente al diploma di geometra e di perito industriale edile, ovvero il possesso del requisito professionale identificato nella esperienza acquisita nel settore delle costruzioni quale*

*direttore del cantiere per un periodo non inferiore a cinque anni da comprovare con idonei certificati di esecuzione dei lavori attestanti tale condizione”.*

L’art. 248, comma 5, del d.P.R. n. 207/2010, riferendosi specificamente ai lavori in materia di beni culturali, prevede: *“Fermo restando quanto disposto dall’articolo 87, commi 1 e da 3 a 7, la direzione tecnica per i lavori di cui al presente titolo è affidata, relativamente alla categoria OG 2, a soggetti in possesso di laurea in conservazione di beni culturali o in architettura, relativamente alle categorie OS 2-A e OS 2-B, ai restauratori dei beni culturali in possesso dei requisiti di cui agli articoli 29 e 182 del codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e, relativamente alla categoria OS 25, a soggetti in possesso dei titoli previsti dal decreto ministeriale di cui all’articolo 95, comma 2, del codice”.*

Va rilevato che l’art. 87, in realtà, non possiede un settimo comma (essendo composto di soli sei commi) e i commi 1, 3, 4, 5 e 6 si occupano di descrivere la qualifica della direzione tecnica (comma 1), delle incompatibilità (comma 3), del collegamento con la qualificazione (comma 4), delle conseguenze della mancata sostituzione (comma 5), dell’obbligo di comunicazione della variazione della direzione tecnica (comma 6).

L’art. 357, comma 23, del Regolamento n. 207/2010 prevede a sua volta che: *“In relazione all’articolo 87, in deroga a quanto previsto al comma 2, i soggetti che alla data di entrata in vigore del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, svolgevano la funzione di direttore tecnico, possono conservare l’incarico presso la stessa impresa”.* Detta previsione, quindi, consente ai soggetti che ricoprivano l’incarico di direttore tecnico alla data di entrata in vigore del d.P.R. n. 34/2000, di mantenere l’incarico presso la stessa impresa, nonostante gli stessi non siano in possesso del titolo di studio richiesto del comma 2 dell’art. 87.

14. Secondo l’Autorità, stante l’espreso riferimento al comma 2 dell’art. 87 e, mancando il riferimento all’art. 248, comma 5, in materia di beni culturali, sulla

base di una interpretazione letterale della norma derogatoria, la stessa si applicherebbe alle sole categorie di lavorazioni in relazione alle quali l'idonea direzione tecnica è comprovata con il possesso dei titoli di studio previsti dall'art. 87, comma 2, con esclusione, quindi, delle lavorazioni inerenti i beni del patrimonio culturale.

Si tratta di una conclusione cui l'Autorità è giunta mutando il proprio precedente orientamento.

Infatti, in sede di prima applicazione del nuovo Regolamento del 2010, l'Autorità, con il Manuale per la dimostrazione dei requisiti di qualificazione pubblicato sulla Gazzetta ufficiale n. 182 del 6 agosto 2011, adottando una interpretazione logico-sistematica delle norme vigenti, aveva ritenuto che la deroga in questione potesse estendersi, in via analogica, anche alla qualificazione relativa ai lavori aventi ad oggetto beni del patrimonio culturale. Ciò in un'ottica di continuità con la normativa precedente (art. 26, comma 7, del d.P.R. n. 34/2000) che consentiva la deroga in questione senza distinzione in ordine alle categorie di lavorazioni.

Successivamente l'Autorità, all'esito di un tavolo tecnico istituito per risolvere alcune problematiche insorte in sede di applicazione delle nuove disposizioni in materia di qualificazione, seguendo l'avviso espresso in un parere del Ministero per i Beni e le Attività Culturali reso con la nota del 9 gennaio 2012, ha ritenuto che la non applicabilità dell'art. 87, comma 2, alle categorie relative ai beni culturali rendesse inapplicabile alle stesse anche la deroga ampliativa, riferita al citato comma 2 dell'art. 87, contenuta nell'art. 357, comma 23.

15. Tale interpretazione non è, tuttavia, condivisa dal Collegio.

16. In primo luogo, occorre osservare come tale esegesi darebbe vita ad un'irragionevole disparità di trattamento fra le imprese che operano nelle categorie relative agli interventi sui beni culturali (escluse dal regime transitorio meno

rigoroso di cui all'art. 357, comma 23, del Regolamento) e tutte le altre imprese (che di quel regime transitorio possono invece avvalersi).

Tale disparità di trattamento non può trovare giustificazione, a differenza di quanto sostiene l'AVCP, richiamando il valore prioritario dell'interesse pubblico alla tutela del patrimonio culturale sancito dall'art. 9 della Costituzione.

Pur senza disconoscere il rilievo primario e costituzionale del patrimonio culturale, non si può non rilevare, tuttavia, come esistano molte altre categorie di lavorazioni (che invece beneficiano della deroga) che incidono su interessi e beni che possono vantare, quanto meno, la stessa primazia e la stessa rilevanza che la Costituzione assegna al patrimonio culturale (si pensi, solo per fare qualche esempio, all'ordine pubblico, alla difesa nazionale, alla salute e, più in generale, a tutte le lavorazioni che interferiscono con la tutela dei diritti fondamentali della persona umana).

L'argomento fondato sul diverso rango degli interessi protetti non è, quindi, dirimente, perché porterebbe alla non condivisibile conclusione secondo cui solo per il patrimonio culturale si pongono speciali esigenze di tutela, quasi che ogni altro bene o interesse avesse necessariamente un minore rango o una minore importanza.

Fra l'altro la tesi sostenuta dall'AVCP (e, prima di essa, dall'Ufficio legislativo del Ministero per i Beni e le Attività Culturali) sembra dare per scontata una premessa che, invece, non è affatto pacifica: ovvero che i direttori tecnici che possono avvalersi della deroga (quelli privi del titolo di studio ma qualificati sulla base dei certificati dei lavori eseguiti ed iscritti all'albo ANC) siano per ciò solo meno qualificati e, quindi, meno in grado di proteggere i beni su cui incidono i lavori affidati alla loro direzione.

17. In un'ottica sostanzialistica va, al contrario, valorizzata la *ratio* della deroga contenuta nell'art. 357, comma 23, che è quella di garantire la continuità imprenditoriale di imprese che da tempo operano sul mercato con la medesima

direzione tecnica e di impedire che vengano “estromessi” dallo stesso mercato direttori tecnici già qualificati in base alle previgenti norme e che, se non operasse la deroga, sarebbero distolti dalle funzioni precedentemente svolte, senza possibilità di integrare la propria formazione.

E' evidente che tale *ratio* vale per tutte le categorie di lavori, a prescindere che si tratti di beni culturali o di altro.

18. Neppure appare significativa la circostanza che la disposizione che contiene la deroga (il più volte citato art. 357, comma 23) faccia espresso riferimento solo alla norma generale di cui all'art. 87, comma 2, e non anche alla previsione che l'art. 248, comma 5, dedica specificamente ai lavori su beni culturali.

Il rapporto tra l'art. 87, comma 2, che disciplina in generale il requisito dell'idonea direzione tecnica, e l'art. 248, comma 5, che disciplina l'idoneità della direzione tecnica per le categorie di lavori che riguardano i beni culturali, è riconducibile, più che al rapporto di specialità in senso stretto, a quello di specificazione o esplicazione.

L'art. 248, comma 5, in altri termini, non è, a rigore, una norma speciale rispetto a quella contenuta nell'art. 87, comma 2, ma, al contrario, è una norma che ne specifica e ne esplica i contenuti adeguandoli alla peculiarità delle lavorazioni su beni culturali.

La norma di cui all'art. 248, comma 5, invero, più che derogare al requisito del titolo di studio richiesto in generale dall'art. 87, comma 2, vale a specificare il tipo di titolo di studio che occorre per assicurare l'idonea direzione tecnica dei lavori che riguardano il patrimonio culturale.

La norma, quindi, non ha la funzione di derogare, ma di specificare o chiarire il titolo di studio richiesto (ad esempio, per i lavori rientranti nella categoria OG2 si richiede, anziché la laurea in ingegneria, in architettura o altra equipollente, la laurea in conservazione dei beni culturali).

Del resto, mentre la norma speciale tutela interessi diversi da quelli tutelati dalla norma generale (ed ha per questo una sua *ratio* speciale e diversa), la norma di specificazione ha la medesima finalità protettiva e si ispira alla medesima *ratio* su cui si fonda la norma generale.

La riscontrata diversità tra specialità normativa e specificazione normativa assume particolare rilievo nel caso oggetto del presente giudizio.

In presenza di un rapporto di specialità, può valere la considerazione secondo cui la deroga espressamente prevista per la norma generale non si estende automaticamente alla norma generale. Al contrario, in presenza di un rapporto di specificazione nel senso appena chiarito, è preferibile proprio l'opposto ragionamento: la deroga esplicitamente riferita alla norma generale si estende, anche in mancanza di un testuale richiamo, anche alla norma che si colloca in rapporto di specificazione, stante la identità di *ratio* che in questo caso sussiste.

19. Va ancora osservato che pure l'argomento testuale (che rappresenta l'unico vero supporto alla tesi sostenuta nei provvedimenti impugnati) non risulta, a sua volta, univoco.

Se è vero, infatti, che l'art. 357, comma 23, richiama solo l'art. 87, è altrettanto vero, tuttavia, che l'art. 248, comma 5, nel disciplinare la idoneità tecnica della direzione dei lavori sul patrimonio culturale, fa espressamente salvo il "comma 7" dell'art. 87.

Si è già visto che nell'attuale versione dell'art. 87, il comma 7 non esiste più in quanto il suo contenuto è stato trasposto nell'art. 357, comma 23, che consente, come si è più volte detto, alle imprese di affidare la direzione tecnica a soggetti privi di idonei titoli di studio, ma già qualificati come direttori tecnici dal d.P.R. 34 del 2000.

Si può allora ritenere che il rinvio che l'art. 248 fa al comma 7 dell'art. 87 non sia "fisso" (perché altrimenti sarebbe un rinvio ormai inutile), ma "mobile" e che,

quindi, quel rinvio abbia ad oggetto non tanto la singola norma (in senso statico) ma la fonte (in senso dinamico) della disciplina transitoria, fonte oggi da rinvenirsi nell'art. 357, comma 23.

20. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello proposto dall'AVCP deve, pertanto, essere respinto.

La novità della questione esaminata e le incertezze interpretative generate dalla complessità normativa giustificano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando:

- dichiara il difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero per i Beni e le Attività Culturali, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, del Ministero dello Sviluppo Economico, del Ministero degli Affari Esteri, del Ministero dell'Economia e delle Finanze e, per l'effetto, ne dispone l'estromissione dal giudizio;
- respinge l'appello proposto dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Gabriella De Michele, Consigliere

Carlo Mosca, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/09/2015

IL SEGRETARIO

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