

TAR Lazio, Sez. III, 18/10/2006 n. 10485

**Contrasta con il diritto comunitario e pertanto va disapplicata la determinazione n. 2/06 dell'Autorità per la Vigil. sui LL. PP. che nel fornire chiarimenti dell'art. 18, c. 8 del Dpr 34/00 limita la partecipazione alle gare d'appalto violando il principio di libera concorrenza.**

**La determinazione n. 2/2006 dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO – SEZIONE III

Composto dai signori

Stefano BACCARINI Presidente

Maria Luisa DE LEONI Consigliere

Alessandro TOMASSETTI Primo referendario

Ha pronunciato la seguente sentenza

### **SENTENZA**

sul ricorso n. 3346 del 2006/Reg.gen., proposto dall'ASSOCIAZIONE ITALIANA SEGNALETICA e SICUREZZA (AISES), in persona del Presidente pro-tempore, dall'Impresa individuale BIANCHINI Angelo; dalla C.E.M.P.I. S.p.A.; dall'Impresa individuale CHILLE' Antonino; dalla EDIL SAMA dell'Ing. SANTALUCIA Mario; dall'Impresa individuale ELIA Antonio; dalla EUROSTRADA S.r.l.; dalla FAU S.p.A.; dalla FONTANI DIDI di FONTANI Claudio & C. S.n.c.; dalla G.E.D. COLOR S.n.c.; dalla LEONARDO GROUP S.r.l.; dalla NUOVA F.I.S.E. S.r.l.; dalla NUOVA ISES S.r.l.; dalla PERNICE IMPIANTI S.r.l.; dalla RALCO S.r.l.; dalla RIMES S.r.l.; dalla RO.MA. SERVICE S.r.l.; dalla SEVEN SERVICE S.R.L.; dalla TEDESCO s.r.l. , rappresentate e difese dagli avv.ti Alfonso Celotto e Giovanni Battista Conte, con domicilio eletto in Roma, Via Ennio Quirino Visconti, n. 99;

### **CONTRO**

La Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio pro-tempore; l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, nella persona del Presidente pro-tempore; il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, nella persona del Ministro pro-tempore; il Ministero delle attività produttive, nella persona del Ministro pro-tempore; il Ministero per i beni e le attività culturali, nella persona del Ministro pro-tempore; il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nella persona del Ministro pro-tempore; il Ministero per gli affari regionali, nella persona del Ministro pro-tempore, tutti rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato;

### **e, con l'intervento ad adiuvandum**

dell'Associazione Costruttori Dispositivi di Sicurezza Stradale (ACODISS), della DUE R. s.r.l.; della INTERTRAFFIC 2000 s.a.s., della O.V.A.S. s.r.l., della S.I.E.S.S. s.r.l., tutte rappresentate e difese dagli avv.ti Ernesto e Michele Conte, con domicilio eletto in Roma, Via E. Q. Visconti, n. 99;

e dell'Associazione Nazionale Costruttori edili (ANCE), in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv.to Eugenio Picozza, con domicilio eletto in Roma, Via di S. Basilio, n. 61;

### **nonché, con l'intervento ad opponendum**

dell'Associazione Costruttori Acciaio Italiani (ACAI), rappresentata e difesa dagli avv.ti Pierluigi Piselli e Francesco Vagnucci, con domicilio eletto in Roma, Via G. Percalli, n. 13;

### **per l'annullamento**

A) - dell'art. 18, comma 8, ultimi capoversi, del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, come modificato dal d.P.R. 10 marzo 2004, n. 93;

B) - della determinazione n. 2/2006 del 7 febbraio 2006 dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, recante: "Atto di indirizzo in materia di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici ascrivibili alla categoria OS12 - modalità di dimostrazione del requisito di cui all'art. 18, comma 8, del d.P.R. n. 34/2000 e succ. mod. e int.";

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle Amministrazioni intimete e degli intervenienti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 12 luglio 2006 il Cons. Maria Luisa De Leoni e uditi gli avvocati come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

## **FATTO**

1. Con atto notificato il 6 aprile 2006 ricorrono l'AISES ed altre Imprese del settore impugnando sia il regolamento n. 34 del 2000, nella parte in cui l'art. 18, comma 18, è stato modificato dal d.P.R. 10 marzo 2004, n. 93, il quale ha previsto che ai fini della partecipazione alle gare di appalto per un valore superiore ad un milione di euro, le imprese dovessero necessariamente disporre di uno stabilimento produttivo, sia la Determinazione dell'autorità che applica tale disposizione.

Dopo una disamina dell'iter di formazione del d.P.R. n. 93/2004, che ha aggiunto la norma censurata al d.P.R. n. 34 del 2000, i ricorrenti illustrano, in particolare, tutti i pareri che sono stati resi sull'argomento, a cominciare da quello del Consiglio di Stato che, dopo una fase interlocutoria, ha espresso chiare valutazioni decisamente negative sulla modifica apportata all'art. 18, ritenendo l'introduzione della nuova previsione fortemente lesiva dei principi della concorrenza e della libertà dei mercati; così pure la stessa Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici ha valutato come restrittiva della concorrenza l'introduzione della disposizione censurata; di analogo tenore è il giudizio reso in data 10 dicembre 2003 dalla VIII Commissione permanente (Ambiente, territorio e lavori pubblici) della Camera dei deputati. In termini analoghi si è espresso anche il Senato della Repubblica con due pareri, entrambi favorevoli, ma con condizioni, resi dalla I Commissione (Affari costituzionali) in data 16.12.2003 (seduta n. 160) e dalla VIII Commissione (Lavori pubblici) in data 17.12.2003 (seduta n. 287) e così pure l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con il parere 21 agosto 2003. Malgrado tali numerosi pareri contrari, il Governo ha mantenuto ferma la novella, che è entrata in vigore il 1° gennaio 2006, senza neanche motivare il dissenso dai sù cennati rilievi.

L'Autorità per la Vigilanza, pur avendo espresso forti perplessità sulla novella, tuttavia ha emanato la determinazione impugnata, la quale ha reso immediatamente applicativa la norma contestata in contrasto con l'art. 18 che, nel disporre che l'Impresa al fine "di acquisire o rinnovare[...]", chiaramente disponeva per il futuro, per cui le Imprese confidavano nel fatto che essa dovesse trovare applicazione nel momento del rinnovo. La determinazione dell'Autorità ha, invece, disposto, tra l'altro, p. b) che "qualora l'attestazione riporti una data anteriore all'1.1.2006, la Stazione appaltante ha l'obbligo di verificare se il concorrente abbia conseguito la suddetta certificazione di sistema di qualità [...]".

2. Vengono dedotti i seguenti motivi: violazione dei principi in materia di appalti e di concorrenza; eccesso di potere per disparità di trattamento, irrazionalità ed ingiustizia manifesta. Invalidità derivata.

I ricorrenti sottolineano l'effetto distorsivo e restrittivo della concorrenza causato dalla novella introdotta con il d.P.R. n. 93 del 2004 e pongono l'accento, in particolar modo, sulla circostanza addotta dall'Amministrazione a giustificazione di tale previsione, secondo cui la disposizione in questione si sarebbe resa "necessaria per assicurare una miglior qualità dei manufatti, meglio garantita da chi controlli tutti gli aspetti tecnici della produzione", ritenendola inspiegabile sul rilievo che tale nuovo requisito non sia richiesto per le classifica di importo inferiore alla III (€ 1.032.913);

3. violazione del principio di parità di trattamento posto dall'art. 49 TCE riguardo alla libera prestazione dei servizi. Eventuale proposizione di quesito interpretativo alla Corte di giustizia della Comunità europea ex art. 234 TCE.

Il criterio introdotto è, infatti, discriminatorio ed arbitrario. e non persegue alcuna finalità apprezzabile, in aperta violazione del principio di proporzionalità. Viene richiamato il principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno, invocando la disapplicazione della disposizione e, conseguentemente l'annullamento della determinazione dell'Autorità LL.PP.;

4. In via subordinata, i ricorrenti chiedono di rinviare alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 234 TCE, il seguente quesito: "se misure nazionali di tipo di quelle in esame, chiaramente volte a favorire determinate imprese in maniera discriminatoria, siano compatibili con i principi comunitari ed in particolare con l'art. 49 TCE";

5. violazione dell'art. 17, 2° comma, della legge n. 400 del 1988, nella parte in cui disattende, senza motivazione, le condizioni poste nel parere del Consiglio di Stato e dalle Commissioni parlamentari. Eccesso di potere per carenza e contraddittorietà della motivazione. Invalidità derivata.

Pur nella consapevolezza che i pareri resi dal Consiglio di Stato e dalle Commissioni parlamentari siano di tipo obbligatorio, ma non vincolante, i ricorrenti sottolineano, tuttavia, la carenza assoluta di motivazione sulle ragioni per le quali i pareri sono stati disattesi, con conseguente violazione della norma rubricata e violazione dell'obbligo motivazionale, di cui all'art. 3 della legge n. 241 del 1990;

6. Violazione dell'art. 18, comma 8, d.P.R. n. 34 del 2000, nel testo modificato dall'art. 1, lett. d), del d.P.R. n. 93 del 2004; violazione dei principi sulla successione nel tempo delle norme e sulla irretroattività; eccesso di potere per irrazionalità.

La determinazione n. 2 del 2006, adottata dall'Autorità di vigilanza dei LL.PP., rende immediatamente applicativa la novella contenuta nel d.P.R. n. 93 del 2004 rispetto alla previsione regolamentare, con palese violazione dei principi sulla successione nel tempo delle norme e del principio di irretroattività.

7. I ricorrenti concludono per l'accoglimento del ricorso, con ogni consequenziale statuizione in ordine alle spese ed onorari di giudizio.

8. Con atto notificato il 26 maggio 2006 è intervenuta in giudizio – ad opponendum – l'Associazione costruttori in Acciaio italiani (ACAI), insistendo per il rigetto del ricorso.

9. Con atto notificato in data 22 giugno 2006 sono intervenute in giudizio ad adiuvandum l'Associazione costruttori dispositivi di sicurezza stradale (ACODISS) e le Imprese Due R. s.r.l., Intertraffico 2000 s.a.s., O.V.A.S. s.r.l. e S.I.E.S.S. s.r.l.;

10. Con atto notificato il 23 giugno 2006 è intervenuta in giudizio ad adiuvandum l'Associazione nazionale costruttori edili (ANCE);

11. Le Amministrazioni intimata, costitutesi in giudizio, concludono per il rigetto del ricorso.

11. All'Udienza del 12 luglio 2006 la causa è stata ritenuta in decisione.

## **DIRITTO**

Il ricorso merita accoglimento.

La controversia all'esame riguarda la asserita illegittimità della norma di cui all'art. 18, comma 8, ultimi capoversi, del regolamento approvato con d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, come modificata dal d.P.R. 10 marzo 2004, n. 93 e della determinazione n. 2/2006 del 7 febbraio 2006 dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, recante: "Atto di indirizzo in materia di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici ascrivibili alla categoria OS12 – modalità di dimostrazione del requisito di cui all'art. 18, comma 8, del d.P.R. n. 34/2000 e succ. mod. e int.", che di tale norma fa applicazione.

Per meglio comprendere la fattispecie, giova precisare che l'art.1, lett. d) del d.P.R. n. 93 del 2004 introduce al comma 8 dell'art. 18 del d.P.R. n. 34 del 2000 la seguente proposizione normativa: "Per la esecuzione dei lavori della categoria OS12 aggiudicati o subappaltati a decorrere dal primo gennaio 2005, al fine di acquisire o rinnovare la qualificazione nella categoria per le classifiche di importo pari o superiore alla III (E 1.032.913), l'impresa deve essere titolare della certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9001/2000 relativamente alla produzione, al montaggio e alla installazione dei beni oggetto della categoria. Per le classifiche di importo inferiore e in via transitoria per le altre classifiche le imprese non certificate presentano, ai fini della collaudazione di lavori della categoria OS12 di importo superiore a 50.000 euro, una dichiarazione del produttore dei beni oggetto della categoria, attestante il corretto montaggio e installazione degli stessi".

L'entrata in vigore della disposizione, dapprima prevista per il 1° gennaio 2005, è stata poi differita al 1° gennaio 2006 dall'art. 1-ter del d.l. 26 aprile 2004, n. 107.

La determinazione dell'Autorità impugnata, nel fornire chiarimenti interpretativi ed indirizzi applicativi della disposizione, ha stabilito che coloro che vogliano concorrere in gare indette nella categoria OS12 dovranno essere in possesso della certificazione di sistema di qualità nella produzione, montaggio ed installazione delle barriere, il cui accertamento è demandato alla Stazione appaltante.

Orbene, la dubbia legittimità della disposizione così novellata è posta in rilievo dai ricorrenti e dai numerosi interventori ad adiuvandum, in particolare ponendo in evidenza i vari pareri resi

dalle Autorità a ciò preposte durante l'iter formativo della novella e deducendo la violazione dei principi in materia di appalti e di concorrenza, e l'eccesso di potere per disparità di trattamento, irrazionalità ed ingiustizia manifesta. Invalidità derivata.

Sottolineano, i ricorrenti, l'effetto distorsivo e restrittivo della concorrenza causato dalla novella introdotta con il d.P.R. n. 93 del 2004 e pongono l'accento, in particolar modo, sulla circostanza addotta dall'Amministrazione a giustificazione di tale previsione, secondo cui la previsione si sarebbe resa "necessaria per assicurare una miglior qualità dei manufatti, meglio garantita da chi controlli tutti gli aspetti tecnici della produzione", ritenendola inspiegabile sul rilievo che tale nuovo requisito non sia richiesto per le classifica di importo inferiore alla III classifica ( € 1.032.913);

Le argomentazioni dedotte dai ricorrenti e dagli interventori ad adiuvandum possono essere condivise.

Le norme comunitarie rilevanti sono gli artt. 49 e 50 del Trattato CE, che sanciscono il principio della libera prestazione dei servizi.

Le restrizioni consentite agli Stati membri al principio della libertà di concorrenza sono commisurate al principio di proporzionalità-adequatezza.

Il principio di proporzionalità-adequatezza, come ha chiarito la giurisprudenza, è, infatti, un principio generale dell'ordinamento ed implica che l'Amministrazione debba adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi coinvolti e si risolve, in sostanza, nell'affermazione secondo cui le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore, vale a dire, sproporzionata, a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia adeguato all'obiettivo da perseguire e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile (Corte giust. CE, 22 gennaio 2002, causa C - 390/99, Canal Satellite; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087).

Alla luce delle norme richiamate, appaiono fondate le censure sollevate dai ricorrenti. Non sono mancate voci in proposito (cfr. i numerosi pareri citati in ricorso), tese a sensibilizzare l'Autorità emanante sul problema che suscita l'adozione della integrazione regolamentare in contestazione, ritenuta "restrittiva in misura rilevante della concorrenza" e, non da ultimo, il parere reso dal Consiglio di Stato, prima in data 9 giugno 2003, conclusosi con una fase interlocutoria proprio per richiamare l'attenzione sul punto, e, definitivamente, in data 13 ottobre 2003, in cui ha rilevato la permanenza delle "fondate perplessità riguardo alla norma a ragione dell'effetto restrittivo della concorrenza che ne deriva". Non da ultimo, la misura in contestazione non appare giustificata neanche al fine di assicurare la migliore qualità dei manufatti "meglio garantita da chi controlli tutti gli aspetti tecnici della loro produzione", come affermato dall'Amministrazione interessata.

A parte il rilievo che tale misura dovrebbe essere valevole per tutti i tipi di appalto, qualunque sia l'importo, mentre il requisito di cui trattasi riguarda solo le classifiche superiori alla III categoria, è assorbente la considerazione - come, peraltro, ha rilevato l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato - che i costruttori, operando sulla base di standard di riferimento convenzionali, non è certo che assicurino tale migliore qualità, mentre le aziende installatrici, le quali dispongono di Know-how e di specifiche competenze, possono meglio assicurare gli elementi di qualità perseguiti dalla norma (cfr. nota dell'Autorità del 30 giugno 2006).

E' palese la circostanza, peraltro rilevata in tutti i pareri espressi, che l'imposizione dell'obbligo a carico delle imprese di conseguire la certificazione di sistema di qualità anche per la produzione dei beni oggetto della categoria OS12, lungi dal costituire un adempimento che può essere realizzato dall'impresa con la semplice dimostrazione del possesso di una linea produttiva messa a disposizione anche da terzi, determina chiaramente una significativa riduzione del numero dei potenziali partecipanti alle procedure concorsuali e, quindi, una drastica riduzione dell'offerta, essendo, ovviamente, presenti sul mercato un numero ridotto di imprese costruttrici e ciò, in palese violazione, oltre che del principio di libertà di concorrenza, anche dell'altro principio, ampiamente applicato in ambito di pubbliche gare, di più ampia partecipazione delle imprese alle gare di appalto.

La conclusione cui si è pervenuti trova rilevanza anche nel parametro di cui all'art. 2 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004. Disposizione, questa, recepita dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, il quale sancisce, all'art. 2, comma 1, tra l'altro, che "l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture" deve rispettare anche "i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità" (Titolo I, art. 2, comma 1, d. lgs. n. 163 del 2006).

Sul piano pratico, dunque, la disposizione censurata escluderebbe dalle gare arbitrariamente un numero elevato di imprese, senza alcuna ragione giustificativa senza che possa pervenirsi alla ricostruzione della ratio di detta disposizione, considerato che essa incide pregiudizievole sulla necessaria pariteticità tra le imprese stesse.

Va, infine, rilevato che la limitazione alle sole imprese produttrici di barriere dei soggetti ammessi alla procedura concorsuale che la novella in contestazione provoca, agevola la creazione di un contesto di mercato nel quale può rendersi possibile un coordinamento dei comportamenti dei partecipanti, con palese contrasto con la necessità di accentuare il confronto concorrenziale, al fine di consentire alle Amministrazioni di selezionare l'offerta migliore nell'ambito di una platea di concorrenti la più ampia possibile.

Da essa, infatti, è palese che derivi una penalizzazione di rilevante entità a carico di quelle imprese finora operanti sul mercato, nei cui confronti, di contro, i principi tanto economici che giuridici conferiscono piena idoneità ad operare sul mercato. La disposizione, infatti, ha un carattere palesemente protezionistico, che pone a proprio presupposto il fatto che solo i produttori possano garantire la qualità della sicurezza stradale, garantendo gli standard essenziali, secondo la normativa italiana ed europea; assunto, questo, non idoneo a supportare la disposizione di cui trattasi.

La disposizione censurata, quindi, appare incompatibile con le norme ed i principi comunitari sopra illustrati per evidente violazione della libera concorrenza tra operatori, con la conseguenza che la stessa va disapplicata, essendo, in base al principio del primato del diritto comunitario, inidonea ad innovare nell'ordinamento interno.

Consegue da ciò l'annullamento della determinazione n. 2 del 7 febbraio 2006, nella parte in cui dà immediata e pedissequa applicazione alla censurata disposizione regolamentare, la quale avrebbe dovuto essere disapplicata dall'Amministrazione.

Per le argomentazioni che precedono, il ricorso va, pertanto, accolto, rimanendo assorbiti gli ulteriori motivi di censura.

Va, di contro, respinta la domanda di risarcimento del danno alla luce sia della misura cautelare tempestivamente accordata da questo Tribunale che della presente decisione; rimedi che hanno impedito qualsiasi danno che i ricorrenti.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la determinazione dell'Autorità di vigilanza per i lavori pubblici n. 2/2006.

Rigetta la domanda di risarcimento del danno.

Compensa, tra le parti, le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 12 luglio 2006

Stefano BACCARINI                      PRESIDENTE

Maria Luisa DE LEONI                 ESTENSORE

Depositata in segreteria