



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

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 16 aprile 2013

NUMERO AFFARE 03909/2011

OGGETTO:

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Dipartimento per le infrastrutture, gli affari generali ed il personale.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto da AGI -Associazione Imprese Generali, Astaldi s.p.a, Società italiana per condotte d'acqua s.p.a, Grandi Lavori Fincosit s.p.a., Impregilo s.p.a., Impresa s.p.a., Itinera s.p.a, Impresa Costruzioni G. Maltauro s.p.a, Impresa Pizzarotti e C. s.p.a, Salini Costruttori s.p.a., Vianini Lavori s.p.a. avverso il 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»*) limitatamente agli articoli di seguito indicati: artt. 109 comma 2, in relazione all'Allegato A, e 107, comma 2; art. 85, comma 1, lett. *b*), commi nn. 2 e 3; art. 86, comma 1, e art. 83, comma 4; art. 79, comma 19; art. 79, comma 19; art. 79, comma 20; art. 79, comma 20; art. 79, comma 17; art. 92, comma 2; art. art.

357, comma 12;

LA SEZIONE

Vista la nota di trasmissione della relazione prot. n. 3636 in data 12/09/2011 con la quale il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Dipartimento per le infrastrutture, gli affari generali ed il personale ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Visto il decreto del Presidente del Consiglio di Stato numero 54 del 8 ottobre 2012 che deferisce ad una commissione speciale l'affare in oggetto;

Visto il parere interlocutorio in data 11 gennaio 2013, n. 38 e il conseguente adempimento della Amministrazione in data 28 febbraio 2013, pervenuto al Consiglio di Stato il 7 marzo 2013;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Roberto Giovagnoli;

PREMESSO CHE:

A. Con ricorso straordinario n.r.g. 3909/2011 P'AGI (Associazione Imprese Generali), Astaldi S.p.A., Società Italiana per Condotte d'acqua S.p.A., Grandi Lavori Fincosit S.p.A., Impregilo S.p.A., Impresa S.p.A., Itinera S.p.A., Impresa Costruzioni G. Maltauro S.p.A., Impresa Pizzarotti e C. S.p.A., Salini Costruttori S.p.A., Vianini Lavori S.p.A., hanno chiesto l'annullamento 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») limitatamente agli articoli di seguito indicati, sostenendo che tali disposizioni si porrebbero in contrasto con i principi comunitari e con la normativa nazionale primaria e sarebbero inoltre lesive dei loro interessi.

In particolare, le ricorrenti hanno dedotto l'illegittimità delle seguenti disposizioni del regolamento:

1) artt. 109 comma 2, e 107, comma 2, oltre all'Allegato A, nella parte in cui tali previsioni limitano in modo discriminatorio la qualificazione e la capacità operativa delle imprese generali a favore delle imprese speciali, in conseguenza dell'obbligo di subappaltare o di rendere a qualificazione obbligatoria (con necessità di creare una ATI verticale) una serie numerosa di lavori, diversi da quelli connotati da spiccata complessità tecnica, in violazione della disciplina comunitaria che, in tema di qualificazione e di capacità tecnica, si limita, invece, a fare riferimento ai lavori analoghi svolti negli ultimi cinque anni, con conseguente compressione della libertà di organizzazione;

2) art. 85, comma 1, lett. b), commi nn. 2 e 3, nella parte in cui prevede particolari limiti di qualificazione per le imprese che abbiano subappaltato più del 30 per cento di ciascuna categoria scorporabile a qualificazione non obbligatoria o del 40 per cento nel caso di categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria, con violazione anche delle regole civilistiche, che dispongono che l'esecutore risponde per la totalità delle opere realizzate. La norma determinerebbe, poi, l'ulteriore effetto di penalizzare in maniera

sproporzionata l'impresa che utilizza il subappalto oltre le predette percentuali;

3) art. 86, comma 1, e art. 83, comma 4, nella parte in cui non vengono riconosciute, nei certificati di esecuzione lavori, alcune lavorazioni in quanto non previste dal bando, con conseguente limitazione della qualificazione di vari operatori;

4) art. 79, comma 19, nella parte in cui prevede la presenza di operai specializzati con patentino certificato, in violazione della normativa comunitaria, determinando una disparità di trattamento a danno delle imprese italiane;

5) art. 79, comma 20, nella parte in cui prevede che, per ottenere la qualificazione in determinate categorie, occorre dimostrare la disponibilità di un adeguato stabilimento industriale, requisito aggiuntivo non previsto dalla legge, che si limita a fare riferimento alle attrezzature tecniche;

6) art. 79, comma 17, nella parte in cui, per i lavori della categoria OS 12-A, richiede una certificazione del produttore che attesti il corretto montaggio e la corretta installazione dei beni oggetto della categoria, inserendo in modo irragionevole all'interno della disciplina della qualificazione delle imprese una regola relativa al collaudo, che, peraltro, è di competenza delle stazioni appaltanti;

7) art. 92, comma 2, nella parte in cui stabilisce i requisiti del concorrente singolo e di quelli riuniti in raggruppamento temporaneo, nell'ipotesi in cui sia interpretato nel senso di imporre una percentuale minima di partecipazione all'ATI;

8) art. 357, comma 12, nella parte in cui detta una specifica disciplina transitoria per l'applicazione delle nuove norme limitando la validità di alcune attestazioni SOA rilasciate nella vigenza della precedente disciplina.

B. Il Ministero resistente ha sollevato in primo luogo alcune eccezioni preliminari, sostenendo, in particolare, l'inammissibilità del ricorso in quanto diretto avverso un atto di natura normativa, non immediatamente lesivo per le ricorrenti, che difetterebbero pertanto di un interesse attuale all'annullamento delle citate disposizioni; la sua inammissibilità sotto l'ulteriore profilo di essere per lo più diretto a sostenere una determinata interpretazione delle norme censurate, nonché la sua improcedibilità con riferimento a quelle disposizioni che sono state oggetto di successive modifiche.

C. Nel merito, il Ministero ha controdedotto alle contestazioni delle imprese ricorrenti, sostenendo la specifica funzione concorrenziale delle disposizioni impugnate e l'assenza di ogni disparità di trattamento rispetto alle imprese straniere.

D. I ricorrenti hanno replicato alle osservazioni del Ministero, che, a sua volta, ha presentato una ulteriore relazione.

E. Tenuto conto che il ricorso straordinario in questione concerne la impugnabilità diretta di alcune disposizioni del regolamento 5 ottobre 2010, n. 207 e la compatibilità di tali disposizioni con la normativa comunitaria e nazionale e, in particolare con il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, con decreto del Presidente del Consiglio di Stato numero 54 del 8 ottobre 2012 l'affare è stato deferito ad una

Commissione speciale ai sensi dell'art. 22, primo comma, T.U. 26 giugno 1924, n. 1054.

F. Con parere interlocutorio 11 gennaio 2013, n. 38, la Commissione speciale, al fine di valutare l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'Amministrazione resistente in ragione della natura normativa dell'atto impugnato e, quindi, della sua dedotta inidoneità a ledere immediatamente gli interessi delle ricorrenti, ha ritenuto necessario acquisire, per il tramite del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, i seguenti elementi dalle parti ricorrenti:

- a) copia dello statuto dell'AGI -Associazione Imprese Generali;
- b) una relazione che indichi quali siano le imprese associate all'AGI (se esse siano solo le imprese che hanno proposto ricorso insieme all'AGI o anche altre) e quale sia l'interesse di categoria tutelato con il presente ricorso in modo omogeneo per tutte le imprese associate;
- c) ogni altro elemento, anche sopravvenuto, utile ai fini del decidere.

G. Con nota in data 28 febbraio 2013, pervenuta al Consiglio di Stato in data 7 marzo 2013, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in adempimento a quanto richiesto con il citato parere interlocutorio, ha trasmesso lo statuto e la relazione dell'AGI.

H. Dallo statuto e dalla relazione dell'AGI è emerso che:

- a) le imprese aderenti all'AGI sono tutte e soltanto quelle firmatarie, insieme all'Associazione, del presente ricorso, sopra menzionate nominativamente;
- b) in base allo Statuto (art. 3), l'AGI "ha per scopo la tutela degli interessi della categoria delle imprese generali di costruzione che

svolgono attività di promozione, finanziamento, progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche e private e che abbiano i requisiti di cui all'art. 4”;

c) l'art. 4 stabilisce che possono aderire all'AGI, quali soci ordinari, “a) *le imprese generali dell'edilizia di cui al comma 2 dell'articolo precedente, che siano costituite in forma di società di capitali e che nel triennio precedente abbiano conseguito un fatturato in lavori non inferiore a 400.000.000 Euro; b) i consorzi – ivi inclusi i consorzi stabili di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 163/2006 e le società consortili che nel triennio precedente abbiano conseguito un fatturato in lavori non inferiore a quello ivi indicato alla lettera a) [...]*”

d) nella relazione si specifica che “*l'interesse di categoria che accomuna l'AGI e le imprese associate nella sottoscrizione del ricorso in questione è quello della difesa dello specifico modello imprenditoriale dell'impresa generale, in cui tutte si riconoscono, modello che, laddove fossero confermate le previsioni regolamentari impugnate, sarebbe destinato ad essere progressivamente marginalizzato dal mercato a tutto vantaggio dell'impresa specializzata*”.

CONSIDERATO:

1. Deve essere pregiudizialmente esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'Amministrazione resistente.
2. In applicazione dei principi recentemente espressi su un caso analogo dal Consiglio di Stato (cfr. Commissione speciale, parere 14 febbraio 2013, n. 677), deve essere dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalle singole imprese. È invece ammissibile, e va, dunque, esaminato nel merito, il ricorso proposto dall'AGI.
3. Per quanto riguarda il ricorso proposto dalle singole imprese,

l'inammissibilità discende dal difetto di legittimazione al ricorso, essendo le società ricorrenti prive di una posizione giuridica differenziata e mancando, comunque, l'attualità della lesione.

3.1. La generalità e l'astrattezza che caratterizza l'atto normativo fa sì che la posizione che il singolo può vantare rispetto a essa si presenti, di regola, come posizione "indifferenziata".

L'interesse del singolo all'eliminazione di una norma generale e astratta è, infatti, perfettamente identico a quello che può vantare qualsiasi altro soggetto che appartenga alla "platea" dei potenziali destinatari della norma regolamentare.

Viene in rilievo, in altri termini, un interesse che rassomiglia molto all'interesse diffuso, perché, così come accade appunto per gli interessi diffusi, il soggetto singolo non vanta, con riferimento all'utilità che può conseguire tramite l'annullamento della norma regolamentare, alcuna posizione differenziata, trovandosi nella stessa condizione in cui versano tutti coloro che appartengono alla collettività, più o meno ampia, interessata dalla norma regolamentare.

Tale interesse, quindi, non diversamente dall'interesse diffuso, risulta, essere "adespota", perché privo di un titolare in capo al quale si individualizza.

3.2. È solo quando il regolamento viene applicato e un determinato soggetto viene specificamente inciso dal provvedimento applicativo che la posizione del singolo acquista quei tratti di peculiarità che valgono a differenziarla rispetto agli altri membri della collettività. È solo in quel momento che la sua posizione diviene differenziata.

3.3. A tal proposito, occorre premettere che le disposizioni regolamentari impugnate hanno certamente natura normativa. Seguendo i criteri di distinzione tra atto amministrativo e atto normativo elaborati dalla prevalente giurisprudenza amministrativa e recentemente ripresi dall'Adunanza Plenaria nella sentenza 4 maggio 2012, n. 9, è agevole rilevare che, nel caso di specie, le disposizioni regolamentari impugnate contengono la predefinitiva astratta della disciplina di un numero di casi indefinito e non determinato nel tempo. Si tratta, dunque, di prescrizioni generali e astratte, destinate a trovare applicazione indefinite volte, e i cui destinatari non sono individuabili né *a priori* né *a posteriori*.

Tali disposizioni non disciplinano, infatti, una situazione concreta o una o più gare determinate, ma sono destinate a trovare applicazione nell'ambito di tutte le gare d'appalto per l'aggiudicazione di lavori pubblici che saranno bandite durante la loro vigenza.

3.4. Proprio la generalità e l'astrattezza che caratterizza le prescrizioni normative impugnate impedisce di ravvisare l'attualità della lesione. La lesione è, allo stato, meramente potenziale, essendo destinata a concretizzarsi e attualizzarsi nel futuro, nel momento in cui, bandita la gara, la stazione appaltante applicherà le contestate disposizioni regolamentari.

Soltanto allora potrà eventualmente prodursi l'effetto lesivo e, in quel momento, in sede di ricorso proposto avverso il provvedimento applicativo, le disposizioni regolamentari in questione se in violazione di norme di livello superiore potranno essere disapplicate dal giudice

amministrativo, a prescindere dalla loro formale impugnazione ad opera delle parti.

3.5. In senso contrario, non può certo rilevare la circostanza che le dette disposizioni possano prefigurare una incisione futura sulla sfera giuridica di chi ne risulterà in concreto destinatario, atteso che la lesione che radica la legittimazione al ricorso deve essere attuale e non può discendere da un pregiudizio allo stato solo futuro ed eventuale. Conseguentemente, il regolamento potrà formare oggetto di contestazione, e quindi il giudice potrà verificarne l'eventuale illegittimità delle disposizioni solo unitamente agli atti che di queste ultime fanno applicazione. È infatti attraverso tali atti che si realizza il pregiudizio della sfera soggettiva e, quindi, si attualizza la lesione.

Quel che preme sottolineare è che il privato è sollevato dall'onere di impugnazione (sia immediata che differita) dell'atto regolamentare, scongiurandosi così il rischio che il regolamento, ove non tempestivamente impugnato, finisca per divenire inoppugnabile e per consolidarsi, regolando definitivamente la situazione concreta, senza che vi sia più la possibilità per il giudice di risolvere il contrasto in favore della fonte sovraordinata.

La tesi che nega l'immediata impugnabilità del regolamento da parte del singolo non si traduce, quindi, in alcun vuoto di tutela, ma, anzi, rafforza e amplia la possibilità di tutela giurisdizionale del singolo, consentendogli di agire, nel momento in cui la lesione si attualizza, contro l'atto applicativo che detta lesione produce, senza che corra il rischio di "inconsapevoli" preclusioni derivanti dalla mancata

tempestiva impugnazione dell'atto regolamentare.

In quest'ottica, del resto, è evidente che, ove si ammettesse l'immediata impugnabilità del regolamento, ne discenderebbero conseguenze particolarmente penalizzanti e riduttive in relazione alla possibilità di tutela giurisdizionale dei singoli, atteso che essi avrebbero non solo la possibilità ma anche l'onere di impugnare il regolamento, con la conseguenza che questo, ove non tempestivamente gravato, diverrebbe appunto inoppugnabile.

L'impugnabilità, infatti, non si traduce solo in una possibilità o in una facoltà, ma anche in un onere, nel senso che, se un atto può essere impugnato, esso, di regola, deve essere impugnato entro il termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità. Sotto tale profilo, infatti, i casi in cui eccezionalmente la giurisprudenza amministrativa ammette la facoltà, ma non anche il corrispondente onere di impugnare determinati atti (ad es. l'aggiudicazione provvisoria), sono del tutto eccezionali e, comunque, non sovrapponibili a quello in esame.

In altri termini, se si considerasse il regolamento immediatamente lesivo e, quindi, impugnabile, dovrebbe ritenersi che, scaduto il termine di decadenza decorrente dalla sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale, esso diventerebbe "intoccabile" in sede giurisdizionale, non potendo essere più contestato dai singoli né disapplicato dal giudice. Il che appunto è un risultato fortemente limitativo della possibilità di tutela giurisdizionale.

4. Diverse sono, invece, le considerazioni che devono svolgersi con riferimento al ricorso proposto dall'associazione di categoria, l'AGI.

4.1. L'associazione ricorrente è un ente collettivo, istituito per la tutela degli interessi omogenei delle imprese generali di costruzione.

L'interesse "diffuso", adespota e indifferenziato, di cui ogni singola impresa è titolare, si individualizza in capo all'ente esponenziale istituito per la cura e la difesa degli interessi omogenei dei soggetti appartenenti alla relativa categoria.

L'ente esponenziale, quindi, ove dotato dei necessari requisiti di rappresentatività, vanta, in linea di principio, una posizione giuridica differenziata rispetto alla contestazione dell'atto regolamentare, in quanto soggetto portatore degli interessi del gruppo dei soggetti potenzialmente lesi dalla norma regolamentare illegittima.

In capo all'ente esponenziale l'interesse diffuso, se omogeneo, in quanto comune alle imprese rappresentate, si soggettivizza, divenendo interesse legittimo, nella forma del c.d. "interesse collettivo".

L'ente esponenziale, quindi, a differenza dei singoli, è normalmente titolare nei confronti della norma regolamentare di una posizione giuridica differenziata che vale a radicare la sua legittimazione al ricorso.

4.2. Ugualmente, a differenza dei singoli, con riferimento all'ente esponenziale è possibile ravvisare la legittimazione al ricorso anche rispetto a disposizioni regolamentari che contengono norme generali e astratte.

La legittimazione al ricorso deve, infatti, essere valutata in relazione alla situazione giuridica soggettiva fatta valere e si atteggia, quindi,

diversamente a seconda che venga dedotto in giudizio un interesse individuale oppure un interesse collettivo.

L'ente esponenziale agisce a tutela dell'interesse omogeneo del gruppo, non dell'interesse particolare del singolo. L'utilità perseguita con il ricorso non è la rimozione di una lesione già verificatasi nella sfera giuridica della singola impresa (non potendo, anzi, l'ente esponenziale sostituirsi al singolo e agire in giudizio per far valere una lesione subita dall'individuo appartenente al gruppo dei cui interessi omogenei si fa portatore), quanto la rimozione di una lesione subita dal gruppo in quanto tale.

Non vi è dubbio che la norma regolamentare, pur non potendo, per il suo carattere di generalità e astrattezza, provocare un pregiudizio immediato in capo al singolo (che sarà inciso solo dal provvedimento applicativo), può, tuttavia, essere fonte di prescrizioni che colpiscono indistintamente e in maniera indifferenziata, l'interesse omogeneo di tutti gli appartenenti alla categoria. È questo interesse omogeneo che è oggetto della situazione giuridica soggettiva della quale è titolare l'ente esponenziale.

4.3. La lesione di tale interesse omogeneo, proprio perché indifferenziato e seriale, non può essere fatta valere dal singolo (essendo questi privo, appunto, di legittimazione al ricorso), ma può certamente essere fatta valere dall'ente in capo al quale quell'interesse si soggettivizza. In questo caso, infatti, la legittimazione al ricorso nasce proprio dalla lesione dell'interesse collettivo (da intendersi come interesse omogeneo degli appartenenti alla categoria

rappresentata). Tale lesione non è potenziale e futura, ma attuale e immediata, verificandosi come immediata e diretta conseguenza dell'introduzione nell'ordinamento di una prescrizione che, in maniera generale e astratta, arreca un *vulnus* agli interessi indifferenziati, e quindi omogenei, della categoria.

In questo caso, non è necessario attendere il provvedimento applicativo affinché la lesione si attualizzi. Il provvedimento applicativo adottato nei confronti di una determinata impresa avrà, infatti, l'effetto di differenziare la posizione del soggetto che ne è destinatario, consentendogli di adire autonomamente gli organi di giustizia per tutelare la propria posizione individuale. Al contrario, trattandosi di tutelare gli interessi del gruppo, quest'ultimo è leso per il solo fatto dell'introduzione nell'ordinamento di una norma il cui contenuto arreca una menomazione a tutti gli appartenenti alla categoria rappresentata.

4.4. Del resto, con riferimento all'ente esponenziale, la tecnica di tutela contro i regolamenti illegittimi limitata alla loro disapplicazione in sede di ricorso avverso il provvedimento applicativo, potrebbe rivelarsi insoddisfacente, rischiando di determinare un insormontabile ostacolo alla tutela giurisdizionale. Ciò in quanto, in molti casi, l'ente – la cui legittimazione non è mai sostitutiva rispetto alla legittimazione al ricorso dei singoli – potrebbe non essere legittimato a impugnare il provvedimento applicativo.

È evidente allora che, con riferimento all'ente esponenziale, non ha senso differire la possibilità di tutela all'adozione del provvedimento

applicativo. Quella che per i singoli rappresenta una soluzione coerente con l'effettività della tutela giurisdizionale (in quanto evita, come si è già evidenziato, che la mancata impugnazione immediata del regolamento possa determinare preclusioni definitive) si tradurrebbe per gli enti collettivi in una forte limitazione della possibilità di azione per la tutela degli interessi alla categoria. Si avrebbe un vulnus evidente al principio di effettività della tutela giurisdizionale, quale consacrato, oltre che dagli artt. 24 e 113 Cost., dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali

4.5. Da qui la conclusione secondo cui gli enti esponenziali di interessi collettivi possono direttamente impugnare, per chiederne l'annullamento, gli atti regolamentari illegittimi prima che questi siano oggetto di specifica applicazione nei confronti dei singoli appartenenti alla categoria di riferimento, al fine di tutelare interessi omogenei degli appartenenti al gruppo, ovvero, la situazione giuridica soggettiva della quale sono titolari.

4.6. Tale possibilità di tutela immediata attivabile da parte dell'ente esponenziale richiede quindi, quale condizione imprescindibile, che l'interesse che si fa valere in sede di ricorso avverso l'atto regolamentare sia, appunto, un interesse omogeneo, ovvero, un interesse comune a tutti gli appartenenti alla collettività rappresentata. L'ente collettivo non può agire a tutela degli interessi di alcuni appartenenti al gruppo contro gli altri. Al contrario, verrebbero meno

la sua funzione e la sua stessa ragion d'essere e, quindi, l'interesse collettivo del quale l'ente è titolare.

L'ente esponenziale è lo "strumento" elaborato dalla giurisprudenza per consentire la giustiziabilità dei c.d. "interessi diffusi", cioè degli interessi omogenei e indifferenziati degli appartenenti alla categoria. È attraverso la costituzione dell'ente esponenziale che l'interesse diffuso, sino a quel momento adespota e indifferenziato, si soggettivizza e si differenzia, assurgendo al rango di interesse legittimo meritevole di tutela giurisdizionale.

Ma l'interesse diffuso (che attraverso l'ente esponenziale diviene interesse collettivo e quindi interesse legittimo) è, per sua natura, indifferenziato, omogeneo, seriale, comune a tutti gli appartenenti alla categoria.

È proprio questo profilo che consente di introdurre un "filtro" o un criterio di selezione al riconoscimento della legittimazione al ricorso degli enti esponenziali: condizione imprescindibile è che l'ente faccia valere un interesse omogeneo della categoria, ovvero che l'atto impugnato leda l'interesse di tutti e non solo di alcuni dei suoi aderenti.

Laddove, al contrario, l'atto impugnato sia fonte di un potenziale conflitto di interessi tra gli appartenenti alla categoria, nel senso che, pur ledendo alcuni possa avvantaggiare altri, non vengono certamente in rilievo interessi diffusi o collettivi. In questo caso, non è più in discussione l'interesse della categoria nella sua unitarietà, ma, all'interno del gruppo, l'interesse particolare di alcuni contro

l'interesse particolare di altri.

Trattandosi allora di interessi particolari (sebbene, eventualmente, comuni a una pluralità di soggetti) la legittimazione non potrà che essere dei singoli, che potranno ricorrere solo se e quando nei loro confronti si attualizzi una lesione.

4.7. Applicando tali principi, occorre allora chiedersi se, nel caso di specie, ricorra questa situazione di omogeneità dell'interesse fatto valere rispetto agli appartenenti alla categoria rappresentata dall'associazione ricorrente.

Al quesito deve darsi risposta positiva.

L'interesse fatto valere dall'AGI attraverso la proposizione del ricorso in esame è quello della difesa dello specifico modello imprenditoriale dell'impresa generale, in cui si riconoscono tutte le imprese aderenti all'associazione (che, singolarmente, hanno tutte sottoscritto il presente ricorso).

Secondo la prospettazione dell'associazione ricorrente, tale modello di impresa risulta pregiudicato dalle contestate previsioni regolamentari, il cui effetto sarebbe quello di marginalizzare l'impresa generale dal mercato a tutto vantaggio dell'impresa specializzata.

L'associazione ricorrente, in particolare, lamenta che le disposizioni impugnate danno luogo a un sistema di regole che, legando insieme onerose condizioni per l'accesso alle gare e l'esecuzione delle commesse con la riduzione della possibilità di acquisire i titoli necessari a concorrere nel caso di esecuzione tramite terzi, conduce l'impresa generale a strutturarsi come superspecialistica, accollandosi

oneri impropri, con forte limitazioni in termini di capacità di competere sui mercati sia esteri che nazionali.

Viene, quindi, fatto valere un interesse omogeneo della categoria rappresentata, un interesse comune a tutte le imprese generali aderenti all'AGI. Tale interesse, adespota e indifferenziato in capo a ciascuna singola impresa, si individualizza in capo all'AGI, che diviene, pertanto, soggetto legittimato a farlo valere in giudizio.

4.8. Il ricorso proposto dall'AGI va, quindi, esaminato nel merito.

5. Con un primo motivo di ricorso, l'AGI contesta gli artt. 109, comma 2, e 107, comma 2, oltre all'Allegato A, nella parte in cui tali previsioni limiterebbero in modo discriminatorio la qualificazione e la capacità operativa delle imprese generali a favore delle imprese speciali, in conseguenza dell'obbligo di subappaltare o di rendere a qualificazione obbligatoria (con necessità di creare una ATI verticale) una serie numerosa di lavori, diversi da quelli connotati da spiccata complessità tecnica, in violazione della disciplina comunitaria che, in tema di qualificazione e di capacità tecnica, si limita, invece, a fare riferimento ai lavori analoghi svolti negli ultimi cinque anni, con conseguente compressione della libertà di organizzazione.

6. Il motivo è fondato.

6.1. Occorre premettere che il regolamento conferma la ripartizione tra opere generali e opere speciali prevista nella precedente disciplina, indicandole con gli acronimi OG e OS e fornendo nell'allegato A una definizione di “*opera*” o “*intervento*” come “*insieme di lavorazioni capace di esplicare funzioni economiche o tecniche*”.

L'Allegato stesso provvede poi a distinguere le OG dalle OS: le prime riguardano attività di costruzione, ristrutturazione e manutenzione di opere o interventi finiti, per la cui realizzazione occorrono una pluralità di lavorazioni; le seconde si riferiscono invece ad opere o interventi che fanno parte di altre opere, per la cui esecuzione sono necessarie particolari specializzazioni e professionalità.

Il bando di gara deve indicare non soltanto l'importo complessivo dell'intervento, la categoria prevalente (generale o specializzata) e il suo specifico importo, ma anche tutti gli eventuali sottoinsiemi costituenti l'intervento medesimo diversi da quelli appartenenti alla categoria prevalente (cioè la categorie scorporabili), specificando, per ogni sottoinsieme, categoria e importo. Ciò però soltanto qualora tali sottoinsiemi di lavorazioni costituiscano un lavoro autonomo e siano di importo superiore al 10 per cento del valore complessivo dell'appalto, ovvero di importo superiore a 150.000 Euro.

In base a quanto previsto dall'art. 92 del regolamento, la partecipazione a una gara di un concorrente è subordinata al possesso dei requisiti economici e tecnici relativi a tutte le categorie previste nel bando, prevalenti e scorporabili.

Nel caso in cui il concorrente non abbia i requisiti per le categorie scorporabili, è consentita comunque la sua partecipazione alla gara purché posseda i requisiti speciali riferibili alla categoria prevalente, commisurati all'importo globale della gara.

In base all'art. 109 del regolamento, tuttavia, il concorrente qualificato per la categoria prevalente potrà eseguire anche le lavorazioni

appartenenti alle categorie scorporate per le quali non è qualificato solo se dette lavorazioni siano a qualificazione non obbligatoria.

Se le categorie scorporabili sono a qualificazione obbligatoria, il concorrente dovrà obbligatoriamente subappaltare le corrispondenti lavorazioni a soggetti adeguatamente qualificati. In tal caso, deve farne oggetto di specifica precisazione nella dichiarazione allegata all'offerta o alla domanda di partecipazione, giacché il subappalto è comunque soggetto ad autorizzazione e l'autorizzazione è condizionata a una specifica richiesta effettuata in sede di gara. Ciò comporta che, qualora il bando di gara preveda, fra le categorie scorporabili, categorie a qualificazione obbligatoria e il concorrente non sia in possesso delle corrispondenti qualificazioni e non abbia indicato nell'offerta l'intenzione di procedere al loro subappalto, la stazione appaltante dovrà procedere alla sua esclusione dalla gara. Ciò in quanto, in fase di esecuzione, lo stesso non potrebbe né eseguire direttamente le lavorazioni, né ricorrere al subappalto in quanto non autorizzato.

La regola che consente il ricorso al subappalto per le lavorazioni per le quali il concorrente non è in possesso di idonea qualificazione, non si applica, tuttavia, nel caso in cui le categorie scorporate siano rappresentate dalla cosiddette opere speciali (o superspecialistiche) di cui all'art. 107, comma 2, del regolamento. In questo caso, infatti, vigendo il limite al subappalto del 30 per cento dell'importo della categoria il concorrente non qualificato per quella categoria di opere dovrà obbligatoriamente associarsi a imprese in possesso della relativa

qualificazione al fine di partecipare alla gara.

6.2. È questo, in sintesi, il quadro normativo sul quale si appuntano le censure formulate dalla ricorrente.

L'AGI lamenta, in particolare, che il combinato disposto dall'art. 109, comma 2, del regolamento e dell'allegato A (e segnatamente della "*Tabella sintetica delle categorie*"), in assenza di base legislativa e in maniera, comunque, illogica, contraddittoria e sproporzionata, impone all'impresa generale di costruzioni il ricorso al subappalto in una sere infinita di casi, atteso che, su 52 categorie di opere, ben 46 sono, in base al menzionato allegato A, a qualificazione obbligatoria e, quindi, non eseguibili dall'affidatario in possesso della categoria prevalente dell'appalto.

L'AGI lamenta, ancora, che l'art. 107, comma 2, del regolamento, per le opere superspecialistiche ivi indicate, non consente neanche il subappalto (essendo per tali opere il subappalto limitato alla misura del 30 per cento *ex artt.* 37, comma 1, e 170 del regolamento), imponendo, di conseguenza, il necessario ricorso alla costituzione di un'ATI verticale. Anche in relazione a tale norma, la ricorrente evidenzia che, in maniera illogica e sproporzionata, il regolamento ha individuato ben 24 categorie "superspecialistiche" che impongono la necessaria costituzione dell'ATI verticale ai fini della partecipazione alla gara.

Ne deriverebbe la creazione di un sistema fortemente penalizzante per le imprese generali, le quali, pur se in possesso della qualificazione nella categoria generale prevalente, non sarebbero più in grado di

eseguire alcuna opera autonomamente, essendo costrette, praticamente per tutti gli appalti, a subaffidare opere non ricomprese nelle proprie qualificazioni “generalì” e, per moltissime categorie (quelle di cui all’art. 107, comma 2), anche ad associare altre imprese.

6.3. Il sistema risultante dalle norme impugnate presenta vizi di contraddittorietà e di illogicità che possono essere ricondotti alla violazione del principio di eguaglianza o al vizio di eccesso di potere. Il giudice amministrativo nella valutazione del vizio di eccesso di potere accerta che l’esercizio della funzione non è avvenuto in coerenza con le norme attributive di tale potere, attraverso una serie di standard di controllo o figure sintomatiche. Tali standard di controllo, cui il giudice deve ricorrere ogni volta che valuta la coerenza del provvedimento con una clausola generale, ovvero con una norma a concetto indefinito, implicano una astrazione, per cui la regola del caso diviene regola di un numero indefinito di casi e consente così al giudice amministrativo di mantenere il proprio controllo nell’ambito della legittimità e di evitare ogni valutazione sul merito del provvedimento.

Standard di controllo del principio di eguaglianza, sotto l’aspetto della ragionevolezza, sono la coerenza logica intrinseca del provvedimento (CdS, IV, n. 5581/2012; n. 3138/2011), la congruità dell’istruttoria (CdS, IV, n. 4206/2012), l’esatta individuazione dei fatti rilevanti (CdS, V n. 1563/2005), la disparità di trattamento (CdS, IV, n. 1488/2012).

Può essere, quindi, utile far riferimento anche alla giurisprudenza della

Corte costituzionale, la quale, nell'effettuare il controllo del rispetto del principio di eguaglianza da parte del legislatore, si è trovata di fronte alla stessa esigenza di fissare i limiti del proprio controllo.

Essa, fin dalla sentenza n. 16 del 1960, in esito ad un giudizio di legittimità costituzionale della legge 6 agosto 1958, n. 290 (Disposizioni sui canoni di affitto di fondi rustici composti in canapa nelle province della Campania”), ha fatto riferimento, alla “patente irragionevolezza” (*“Il legislatore ha tenuto presente, così, la varietà dei rapporti, che ha cercato di individuare e di regolare con differenziata disciplina. Né la Corte ritiene che, così operando, abbia mutato la discrezionalità in quel manifesto arbitrio, in quella patente irragionevolezza, il cui esercizio e tra i modi in cui si può concretare la violazione del principio dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge”*).

Nello scrutinio delle leggi da parte della Corte costituzionale in base al criterio di ragionevolezza, il giudizio può svolgersi attraverso il raffronto fra la norma impugnata ed il c.d. *“tertium comparationis”*, ossia un'altra disposizione che opera come termine di paragone, regolando situazioni del tutto omogenee alle prime. In tale tipologia di giudizio la “ragionevolezza” entra come sinonimo di “giustificatezza” – o meno – delle disparità di trattamento.

Se il giudizio di eguaglianza-ragionevolezza possiede un carattere relazionale o trilatero, nel senso che si basa sulla comparazione tra discipline legislative e situazioni che si assumono di volta in volta tra loro diverse od uguali, è anche vero, tuttavia che, partendo da quel tradizionale ambito, il principio ha avuto una progressiva espansione,

che ha portato la Corte, già a partire dagli anni '70 (cfr. Corte cost. n. 68 del 1974) ad esercitare un tipo di sindacato sulla “razionalità” (intesa come ragionevolezza intrinseca della norma) che prescinde dalla presenza di un *tertium comparationis*.

Oggi, quindi, il principio di ragionevolezza viene inteso come “razionalità” della disposizione legislativa, mediante un giudizio a schema binario che prescinde dal confronto della norma censurata con il *tertium comparationis* ma che fa comunque riferimento a standard di controllo. Nel giudizio di costituzionalità sulle leggi, la Corte valuta, sempre più frequentemente, o la coerenza della norma rispetto alla *ratio* a essa sottesa (Corte Cost. n. 233 del 2003; n. 329 del 2005; n. 234 del 2006; n. 50 del 2006), o la sua non contraddittorietà rispetto al sistema (Corte cost. n. 60 del 2006; n. 26 del 2007), o ancora, la non manifesta inidoneità degli strumenti predisposti dal legislatore per conseguire un determinato fine (Corte cost. n. 195 del 2002; n. 185 del 2003; n. 98 del 2004; nn. 245, 345 e 390 del 2007). Tale controllo comporta considerazioni di adeguatezza, pertinenza, proporzionalità, coerenza, ma non tocca il merito delle scelte legislative, proprio attraverso quella astrazione che consente alla regola del caso di essere regola di un numero indefinito di casi.

6.4. Nel caso di specie, la contraddittorietà, nell’accezione sopra ricordata, sussiste rispetto al principio generale sancito dallo stesso regolamento all’art. 109, comma 1. Tale disposizione sancisce, infatti, la regola secondo cui l’affidatario dei lavori in possesso della qualificazione nella categoria prevalente può eseguire direttamente

tutte le lavorazioni si cui si compone l'opera, anche qualora sia privo delle relative qualificazioni.

L'art. 109, comma 2, (letto alla luce del menzionato allegato A e, in particolare, della "*Tabella sintetica delle categorie*") e l'art. 107, comma 2, non si limitano ad attenuare la portata di tale regola, introducendo deroghe puntuali e giustificate, ma, al contrario, finiscono per svuotarla completamente, annullandola fino a trasformarla, in maniera del tutto contraddittoria, in una eccezione destinata a trovare applicazione in casi marginali.

Basti pensare, appunto, che in base alla *Tabella sintetica delle categorie*, sono a qualificazione obbligatoria (e, quindi, non realizzabili direttamente dall'affidatario ma necessariamente da subappaltare) ben 46 delle 52 categorie complessivamente indicate.

Nell'ambito di queste 46 categorie, peraltro, l'art. 107, comma 2, del regolamento individua un ulteriore elenco di 24 categorie, per le quali il subappalto è consentito solo nei limiti del 30 per cento, il che implica che, in presenza delle opere "speciali" individuate da tale disposizione, l'impresa munita della qualificazione nella categoria prevalente, già solo per partecipare alla gara, deve necessariamente costituire un'ATI verticale con un'impresa qualificata nella categoria "speciale".

Considerando, quindi, anche solo il profilo meramente quantitativo, già emerge che 46 categorie su 52 sono a qualificazione obbligatoria e che, quindi, per esse non vale la regola generale di cui all'art. 109, comma 1, del regolamento, secondo cui la qualificazione nella

categoria prevalente abilita all'esecuzione delle opere scorporabili. Per 24 categorie, inoltre, l'art. 107, comma 2, non consente nemmeno la scelta tra subappalto ed ATI verticale, ma, di fatto (introducendo per il subappalto il limite del 30 per cento) impone la costituzione dell'ATI.

Il dato quantitativo è già sintomatico di un'evidente contraddittorietà: l'art. 109, comma 1, sancisce una regola, ma subito dopo, il comma 2 dello stesso art. 109 (insieme all'Allegato A), e il comma 2 dell'art. 107 la contraddicono, finendo per invertire il rapporto tra regola ed eccezione.

6.5. Oltre a questo profilo di contraddittorietà il sistema normativo in esame presenta ulteriori profili di illogicità.

Molte delle categorie specializzate indicate nell'allegato A come categorie a qualificazione obbligatoria risultano, infatti, prive di connotati di particolare "specialismo", la cui sola presenza, anche alla luce di quanto previsto dall'art. 37, comma 11, del d.lgs. n. 163 del 2006 (che fa riferimento ad opere di "*notevole contenuto tecnologico*" e di "*rilevante complessità tecnica*"), potrebbe giustificare l'imposizione della qualificazione obbligatoria e, dunque, la deroga al principio generale sopra ricordato.

Si pensi, solo per fare un esempio, alle categorie specializzate a qualificazione obbligatoria OS 3 (impianti idrico-sanitario, cucine, lavanderie), OS 17 (linee telefoniche ed impianti di telefonia) e OS 28 (impianti termici e di condizionamento), rispetto alla categoria generale OG 1 (edifici civili e industriali).

Dal sistema normativo sopra delineato emerge che un'impresa generale qualificata nella categoria generale OG 1 (edifici civili e industriali) non potrebbe realizzare direttamente un edificio civile, perché dovrebbe obbligatoriamente subappaltare i lavori relativi alle linee telefoniche e agli impianti di telefonia (categoria OS 17 a qualificazione obbligatoria) e dovrebbe necessariamente, già al momento della partecipazione alla gara, costituire un'ATI verticale con le imprese in possesso della qualificazioni OS 3 (impianti idrico-sanitari, cucine, lavanderie) e OS 28 (impianti termici e di condizionamento), atteso che le categorie OS 3 e OS 28 sono indicate nell'art. 117, comma 2, come categorie superspecializzate per le quali il subappalto è consentito solo nel limite del 30 per cento delle lavorazioni appartenenti alla categorie medesime.

Un simile risultato si scontra, in primo luogo, con un dato di comune esperienza, perché in base all'*id quod plerumque accidit* chi è qualificato per costruire un edificio civile è normalmente in grado di realizzare anche gli impianti idrico-sanitari, le cucine, le lavanderie, gli impianti termici e di condizionamento e gli impianti telefonici, trattandosi di componenti essenziali di qualsiasi edificio civile.

Tale risultato si scontra, inoltre, con la stessa definizione che il regolamento (sempre nell'allegato A) dà della categoria OG 1, che, si legge testualmente, riguarda "la costruzione, la manutenzione o la ristrutturazione di interventi puntuali di edilizia occorrenti per svolgere una qualsiasi attività umana, diretta o indiretta, *completi delle necessarie strutture, impianti elettromeccanici, elettrici, telefonici ed elettronici e*

finiture di qualsiasi tipo nonché delle eventuali opere connesse, complementari ed accessorie”.

Quindi, è lo stesso regolamento che, se da un lato prevede che l'impresa in possesso della categoria generale OG 1 è qualificata a realizzare edifici completi delle necessarie strutture (compresi gli impianti elettromeccanici, elettrici, telefonici ed elettronici), dall'altro, in maniera del tutto illogica, obbliga la stessa impresa generale a costituire un'ATI per realizzare le necessarie strutture idrico-sanitarie, gli impianti telefonici, gli impianti termici, ovvero a dare tali lavori in subappalto a un'impresa speciale.

6.6. Le considerazioni che precedono evidenziano, quindi, che il sistema normativo risultante dagli articoli del regolamento 109, comma 2, (alla luce di quanto previsto dal citato allegato A e, in particolare, dalla tabella sintetica della categorie) e 107, comma 2, risulta connotato da profili di contraddittorietà ed illogicità. Tali norme, in particolare, non hanno adeguatamente considerato che la qualificazione per una categoria OG comprende, nella normalità dei casi, l'idoneità allo svolgimento di una serie di prestazioni specialistiche che sono necessarie e complementari nello svolgimento degli interventi descritti dalla categoria generale.

Al contrario, in sede di adozione del regolamento, l'individuazione delle opere specialistiche a qualificazione obbligatoria avrebbe richiesto una più attenta valutazione, al fine di realizzare un più equilibrato contemperamento tra due opposte esigenze: da un lato, consentire all'impresa munita della qualificazione OG di potere

svolgere direttamente una serie di lavorazioni complementari e normalmente necessarie per completare quello che è l'intervento che costituisce l'oggetto principale della sua qualificazione; dall'altro, imporre, invece, il ricorso a qualificazioni specialistiche in presenza di interventi, che, per la loro rilevante complessità tecnica o per il loro notevole contenuto tecnologico, richiedono competenze particolari.

Le norme impugnate non realizzano un adeguato punto di equilibrio tra queste due opposte esigenze ma si limitano, in maniera, come si è detto, contraddittoria e illogica, a imporre il ricorso pressoché generalizzato alle competenze dell'impresa specialistica, così sacrificando illegittimamente gli interessi delle imprese generali.

6.7. Il relativo motivo di ricorso deve, pertanto, essere accolto, con conseguente annullamento delle disposizioni regolamentari impugnate.

7. Con il secondo motivo di ricorso, l'AGI impugna l'art. 85, comma 1, lett. b), nn. 2 e 3, del regolamento nella parte in cui prevede particolari limiti di qualificazione per le imprese che abbiano subappaltato più del 30 per cento dell'importo di una categoria scorporabile a qualificazione non obbligatoria, ovvero più del 40 per cento nel caso di categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria.

Avverso tale disposizione la ricorrente articola tre diverse censure.

7.1. In primo luogo, le norme impugnate si porrebbero in contrasto con i principi comunitari e nazionali di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, ponendo in una posizione deteriore le imprese nazionali rispetto a quelle comunitarie che

partecipino alle gare italiane, per le quali, ai sensi dell'art. 47, comma 2, d.lgs. n. 163/2006, la qualificazione conseguita secondo il sistema italiano non è condizione obbligatoria di partecipazione.

7.2. In secondo luogo, la disposizione censurata violerebbe il principio (desumibile dall'art. 1670 c.c. e implicitamente richiamato dall'art. 1 d.lgs. n. 163/2006) secondo cui l'appaltatore risponde nei confronti del committente per tutte le prestazioni affidategli, a nulla rilevando che tutte o soltanto alcune di esse vengano realizzate in subappalto. In base alla norma contestata, invece, l'appaltatore verrebbe a rispondere civilisticamente di prestazioni che, in quanto subappaltate, non potrebbe poi "utilizzare" interamente ai fini della sua futura qualificazione. L'illegittimità sarebbe ancor più evidente alla luce dell'art. 109 del regolamento che, con l'estensione a tappeto del concetto di "qualificazione obbligatoria", impone all'impresa titolare di categorie "generali" di subappaltare lavori che pure sono compresi nella categoria posseduta, senza consentirle di conseguire la relativa qualificazione.

7.3. In terzo luogo, la norma impugnata sarebbe affetta da manifesta irragionevolezza penalizzando in maniera illogicamente sproporzionata, ai fini della qualificazione, l'impresa che subappalti più del 30 per cento della categoria scorporabile a qualificazione non obbligatoria (o più del 40 per cento, in caso di categoria a qualificazione obbligatoria) rispetto a quella che si mantenga entro il predetto limite. Invero, secondo l'interpretazione prospettata dalla ricorrente, mentre in quest'ultimo caso l'impresa potrà sfruttare, ai

fini della futura qualificazione, tutti i lavori subappaltati della categoria scorporabile in questione (oltre che, ovviamente, quelli eseguiti in proprio), nel caso in cui oltrepassi il limite del 30 per cento (o del 40 per cento), fermo restando che la parte eccedente non potrà essere affatto sfruttata a fini qualificatori, la stessa percentuale del 30 per cento non potrà essere interamente destinata a ottenere la qualificazione nella categoria scorporabile, ma al massimo, verrà ripartita tra categoria prevalente e scorporabile, e la percentuale riferita alla categoria scorporabile non potrà essere superiore al 10 per cento.

7.4. La ricorrente segnala inoltre che, ove si accogliesse un'interpretazione meramente letterale delle disposizioni in oggetto, potrebbe addirittura assumersi che l'impresa che abbia subappaltato i lavori della categoria scorporabile oltre il limite del 30 per cento (nel caso di categorie a qualificazione non obbligatoria) o del 40 per cento (nel caso di categorie a qualificazione obbligatoria) non possa utilizzare a fini qualificatori neppure una parte dei lavori eseguiti direttamente. Le previsioni normative in esame, in altri termini, potrebbero essere interpretate nel senso che l'intero importo della categoria scorporabile, in caso di subappalto oltre il limite del 30 per cento o del 40 per cento, possa essere utilizzato a fini qualificatori solo con le forti limitazioni previste dalla disposizione. E una simile interpretazione renderebbe ancora più manifesto il denunciato vizio di irragionevolezza.

8. Il motivo è fondato nei sensi e nei limiti di seguito specificati.

La disposizione censurata presenta, in effetti, profili di irragionevolezza.

8.1. Va ricordato che l'art. 85, comma 1, lett. *b*) del regolamento introduce una disciplina in parte innovativa rispetto a quella contenuta nel previgente regolamento (art. 24 d.P.R. n. 34 del 2000), consentendo all'impresa affidataria di utilizzare i lavori subappaltati non solo ai fini della qualificazione nella categoria prevalente, ma anche per la qualificazione nella categoria scorporabile.

8.2. Si tratta di un'innovazione che fu oggetto di considerazioni critiche da parte della Sezione consultiva per gli atti normativi nel parere espresso sullo schema di regolamento (parere n. 313 del 24 febbraio 2010) che, proprio con riferimento a tale disposizione, osservò che: *“Lo schema di regolamento, dunque, attribuisce all'impresa affidataria il diritto a conseguire la qualificazione anche per lavori eseguiti in regime di subappalto anche per categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria. Tale nuova previsione appare fortemente in contrasto con i principi che hanno dato origine al sistema di qualificazione delle imprese: certificare le imprese in base alle lavorazioni effettivamente eseguite e, quindi, creare le condizioni affinché nel mercato operino solo quelle imprese che siano effettivamente in grado di garantire la migliore qualità delle opere da realizzare.*

Si propone il mantenimento del sistema vigente, espungendo dal testo ai nn. 2 e 3 le parole “in alternativa” e “ovvero ripartito tra la categoria prevalente e la categoria scorporabile, per una percentuale riferita a tale categoria scorporabile non superiore al dieci per cento”.

Nonostante tali rilievi, nel testo definitivo venne mantenuta la

possibilità di utilizzare i lavori subappaltati anche per la qualificazione nella categoria scorporabile.

8.3. Tale scelta non è in questa sede oggetto di contestazione ed esula, pertanto, dal *thema decidendum* del presente giudizio.

Ciò che la ricorrente contesta è la disciplina, a suo dire illegittima, delle modalità e dei limiti che il regolamento ha previsto alla possibilità per l'impresa affidataria di utilizzare i lavori subappaltati ai fini della qualificazione nella categoria scorporabile.

8.4. Tale censure di irragionevolezza sono fondate.

Invero, l'art. 85, comma 1, lett. *b*), del regolamento prevede che, ove l'appaltatore si mantenga nei limiti segnati dalla disposizione (40 o 30 per cento di lavori dati in subappalto, a seconda che si tratti o meno di categoria a qualificazione obbligatoria), esso potrà sfruttare, ai fini della futura qualificazione, tutti i lavori subappaltati della categoria scorporabile in questione (oltre quelli eseguiti in proprio). Nel caso in cui oltrepassi il limite del 30 o 40 per cento, invece, – fermo restando che la parte eccedente non potrà essere affatto sfruttata ai fini qualificatori – la stessa percentuale del 30 o 40 per cento non potrà essere interamente destinata ad ottenere la qualificazione nella categoria scorporabile, potendo, al massimo, essere ripartita tra la categoria prevalente e scorporabile. In quest'ultimo caso, la percentuale riferita alla categoria scorporabile non potrà essere superiore al 10 per cento.

8.5. Tale disciplina conduce a risultati irragionevoli.

Si pensi, ad esempio, al caso di un appalto in cui l'impresa

aggiudicataria decida di subappaltare il 40 per cento dei lavori della categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria (il cui importo complessivo è, supponiamo, pari ad 1.000.000 di euro). In questo caso, in base alla previsione in esame, l'impresa potrà utilizzare ai fini della futura qualificazione nella categoria scorporabile l'intero importo dei lavori (sia quelli eseguiti direttamente sia quelli dati in subappalto). Se la stessa impresa dovesse, invece, dare in subappalto anziché il 40 per cento, anche solo il 41 per cento, essa potrà utilizzare per intero i lavori direttamente eseguiti, ma soltanto una quota del 10 per cento dei lavori dati in subappalto. Rispetto all'impresa che ha rispettato il limite del 40 per cento, l'importo dei lavori utilizzabili per la qualificazione nella categoria scorporabile passa, quindi, per questa impresa, da 1.000.000 di Euro a 631.000 Euro: 590.000 Euro di lavori eseguiti direttamente più 41.000 Euro di lavori subappaltati (ovvero il 10 per cento dei 410.000 euro di lavori subappaltati).

8.6. Questa enorme penalizzazione della seconda impresa rispetto alla prima, a fronte di situazioni sostanzialmente analoghe, risulta irragionevole, in quanto realizza una disparità di trattamento non giustificata.

Il regolamento, infatti, dopo aver fissato il principio dell'utilizzabilità dei lavori subappaltati anche per la qualificazione della categoria scorporabile, detta poi una disciplina attuativa destinata a dare luogo a significative disparità di trattamento (a seconda che venga superato o meno il limite percentuale previsto), che si rivelano prive di adeguata giustificazione e quindi irragionevoli.

L'irragionevolezza della disposizione censurata si coglie nel confronto tra la disciplina in essa contenuta (i lavori subappaltati sono utilizzabili nel limite del 10 per cento) e la regola generale che stabilisce l'utilizzabilità per intero dei lavori subappaltati fino all'importo del 30 o 40 per cento.

8.7. L'irragionevolezza della normativa che si occupa dell'ipotesi in cui l'impresa "superi" il limite del 30 o 40 per cento deriva, in altri termini, dal confronto di tale disciplina con il suo *tertium comparationis*, rappresentato, nella specie, dalla disciplina destinata ad applicarsi ove i suddetti limiti percentuali siano rispettati.

Il regolamento, in altri termini, dopo avere stabilito una regola (utilizzabilità ai fini della qualificazione nella categoria scorporabile di lavori dati in subappalto, ma solo nei limiti percentuali dei 30 o 40 per cento), introduce, per le ipotesi di subappalto oltre tali limiti, una disciplina irragionevole.

Ed infatti, una volta fissato il principio secondo cui anche in caso di subappalto i lavori subappaltati sono utilizzabili, nei limiti del 30 o 40 per cento, ai fini della qualificazione nella categoria scorporabile, non vi sono valide ragioni che giustifichino la non applicazione di tale regola ove l'importo dato in subappalto superi dette percentuali.

Al contrario, il principio di ragionevolezza imporrebbe che, anche in tale caso, l'importo dei lavori subappaltati, decurtato dalla quota eccedente il 30 o 40 per cento, possa essere utilizzato ai fini della qualificazione nella categoria non scorporabile. In caso contrario verrebbero altrimenti a crearsi irragionevoli disparità di trattamento a

fronte di situazioni sostanzialmente analoghe.

Ed infatti, l'art. 87, comma 1, lett. b), nn. 2 e 3, fa espresso riferimento, nell'ipotesi di lavori subappaltati oltre il predetto limite (30 o 40 per cento), all'“*importo dei lavori [...] decurtato della quota eccedente il trenta [o quaranta] per cento*”. Solo che poi, nel disciplinare l'utilizzabilità dei lavori subappaltati nella categoria scorporabile, prevede irragionevolmente l'ulteriore limite del dieci per cento. Viene così introdotto un limite che appare del tutto distonico rispetto allo stesso riferimento contenuto nella disposizione all'importo dei lavori decurtato della quota eccedente.

8.8. In questo senso, l'art. 87, comma 1, lett. b) nn. 2 e 3, del regolamento è illegittimo, perché affetto da irragionevolezza, nella parte in cui non consente all'impresa affidataria, a prescindere dalla quantità di lavori subappaltati, di utilizzare ai fini della qualificazione l'importo dei lavori subappaltati decurtato della quota eccedente il 30 o il 40 per cento.

Merita, quindi, accoglimento la terza censura fatta valere avverso tale disposizione.

9. Non hanno pregio, invece, le altre censure dirette a contestare in radice che il regolamento possa limitare l'utilizzabilità, ai fini delle future qualificazione, dei lavori subappaltati.

Non si ravvisa, infatti, in tale limitazione, alcuna violazione delle direttive europee e dei principi nazionali e comunitari di non discriminazione.

9.1. Parte ricorrente paventa, in particolare, che l'art. 85 del

regolamento, limitando (nella misura già esaminata) l'utilizzabilità dei lavori dati in subappalto ai fini della qualificazione, possa discriminare nell'accesso al mercato l'impresa italiana rispetto alla concorrente impresa di un altro Stato membro dell'Unione europea, la quale, in base alla disciplina del Paese di provenienza, potrebbe trovarsi nella più favorevole condizione di poter sfruttare interamente i lavori dati in subappalto.

La ricorrente richiama, a supporto di tale conclusione, l'art. 47, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006, in base al quale, per le imprese comunitarie, la qualificazione conseguita secondo il sistema italiano non è condizione obbligatoria per la partecipazione alle gare, posto che tali imprese possono qualificarsi per la singola gara semplicemente producendo documentazione conforme alle normative vigenti nei rispettivi Paesi di origine, idonea a dimostrare il possesso di tutti i requisiti prescritti per la qualificazione e la partecipazione degli operatori economici italiani.

Quindi, evidenzia la ricorrente, se un'impresa comunitaria realizza all'estero un edificio civile completo di impianti, tale appalto sarà utile a consentirle la qualificazione, per una gara italiana che abbia analogo oggetto, per tutte le categorie di cui si compone l'intervento secondo la legislazione italiana, a prescindere che l'impresa in questione abbia eseguito i lavori in subappalto.

10. Il motivo, come si diceva, non è fondato.

10.1. In primo luogo, non è vero che dalla normativa comunitaria o dal confronto con le normative nazionali degli altri Stati membri

dell'Unione europea si ricava il principio dell'utilizzabilità senza limiti dei lavori subappaltati.

Giova al riguardo evidenziare che i lavori subappaltati sono materialmente eseguiti dall'impresa subappaltatrice, non dall'impresa subappaltante. La disposizione regolamentare in esame disciplina, quindi, il tetto massimo entro il quale l'impresa aggiudicataria può sfruttare, per le successive qualificazioni, lavori che non ha direttamente eseguito.

Il sistema comunitario sembra, al contrario, fondarsi sul principio, opposto a quello invocato dalla ricorrente, secondo cui ciò che rileva per la dimostrazione della capacità tecnica delle imprese sono i lavori eseguiti (e, quindi, quelli svolti direttamente).

L'art. 48, par. 2 della direttiva 2004/18 prevede che le capacità tecniche degli operatori economici possono essere provate mediante *“presentazione dell'elenco dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni; tale elenco è corredato di certificati di buona esecuzione dei lavori più importanti. Tali certificati indicano l'importo, il periodo e il luogo di esecuzione dei lavori e precisano se questi sono stati effettuati a regola d'arte e con buon esito; se del caso, questi certificati sono trasmessi direttamente all'amministrazione aggiudicatrice dall'autorità competente”*.

Tale disposizione non menziona mai i lavori subappaltati ma, anzi, riferendosi specificamente ai lavori eseguiti, sembrerebbe escludere, in linea di principio, l'utilizzabilità dei lavori subappaltati.

10.2. Inoltre, anche se in altri Stati membri fosse consentito alle imprese utilizzare per intero, ai fini delle future qualificazioni, lavori

subappaltati, non vi sarebbe, comunque, il rischio di discriminazione a danno delle imprese italiane. Queste, infatti, invocando il principio di non discriminazione, quando partecipano alle gare in quel Paese potranno eventualmente qualificarsi anche sfruttando quella quota di lavori subappaltati che in base alla più restrittiva disciplina italiana non possono utilizzare.

Viceversa, non subirebbero, in Italia, alcuna “discriminazione alla rovescia” rispetto all’impresa comunitaria, perché, se, da un lato, è vero che l’art. 47, comma 2, del codice stabilisce che per gli operatori stranieri la qualificazione mediante SOA non è condizione obbligatoria di partecipazione, dall’altro lato è altrettanto vero che lo stesso comma prosegue specificando che essi si qualificano alla singola gara producendo documentazione idonea a dimostrare il possesso di tutti i requisiti prescritti per la qualificazione e partecipazione degli operatori economici italiani alle gare. Ciò significa che l’impresa comunitaria, per qualificarsi in Italia (al fine di determinare ad un certa gara), potrà spendere i lavori subappaltati con gli stessi limiti oggi fissati dall’art. 85, comma 1, lett. *b*).

Non vi è, quindi, il rischio, di alcuna discriminazione alla rovescia.

11. Infondato, infine, è l’ulteriore motivo di ricorso avverso la disposizione in esame, volto a sostenere che le norme impugnate violerebbero il principio civilistico secondo cui l’appaltatore risponde, nei confronti del committente, di tutte le prestazione affidategli, a nulla rilevando che tutte o solo alcune di esse vengano realizzate in subappalto.

11.1. Il principio civilistico della responsabilità dell'appaltatore nei confronti del committente anche per le prestazioni subappaltate non interferisce in alcun modo con la questione dell'utilizzabilità, ai fini delle future qualificazioni, dei lavori subappaltati. Il principio civilistico della responsabilità dell'appaltatore per l'attività del subappaltatore è, infatti, solo l'applicazione del più generale principio di cui all'art. 1228 cod.civ., secondo il quale il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvalga dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro. Tale principio, tuttavia, non esclude che la prestazione subappaltata (della cui esecuzione si risponde) sia materialmente realizzata da un soggetto diverso. Si tratta, quindi, per molti versi, di una responsabilità per fatto altrui, come del resto si desume proprio dalla previsione dell'azione di regresso verso il subappaltatore di cui all'art. 1670 cod.civ. (che, ove si trattasse di lavori propri dell'appaltatore, non avrebbe giustificazione).

12. Con un ulteriore gruppo di motivi, la ricorrente impugna l'art. 86, comma 1, del regolamento nella parte in cui prevede che l'attribuzione delle categorie di qualificazione relative ai lavori eseguiti nei certificati di esecuzione lavori di cui all'art. 83, comma 4, debba essere effettuata esclusivamente con riferimento alle categorie richieste dal bando o nell'avviso o nella lettera di invito.

12.1. Le censure della ricorrente si appuntano essenzialmente sui seguenti profili:

a) ai sensi degli artt. 108 e 109 del d.P.R. n. 207/2010, il bando non

deve indicare le lavorazioni di importo inferiore al 10 per cento dell'appalto o a 150.000 Euro. La norma pregiudicherebbe così il diritto degli esecutori di tali lavorazioni a vedersi riconosciute queste ultime nel certificato lavori e a conseguire la relativa qualificazione. Più in generale, tale diritto verrebbe precluso in tutti i casi in cui il bando individui una OG che comprenda altre lavorazioni specialistiche che poi il contraente generale o l'appaltatore intendano affidare o sub-affidare a terzi;

b) negli appalti, concessioni e affidamenti a contraente generale, l'affidamento può avvenire sulla sola base di un livello preliminare della progettazione, che non consente l'individuazione di dettaglio, nel relativo bando, di tutte le categorie di qualificazione. La norma risulterebbe, quindi, inattuabile in una serie indefinita di casi e, per come è formulata, sarebbe altresì suscettibile di impedire la qualificazione degli esecutori di lavori pubblici;

c) gli allegati B e B1 del regolamento, aventi ad oggetto i modelli dei certificati di esecuzione lavori, non sarebbero utilizzabili per la qualificazione SOA dei contraenti generali in relazione ai lavori eseguiti da questi ultimi direttamente o attraverso i loro affidatari.

13. I motivi non sono fondati.

13.1. Deve osservarsi, in linea generale, che la norma censurata è mossa da un evidente intento antielusivo e moralizzatore: sono infatti evidenti i rischi di comportamenti fraudolenti che potrebbero realizzarsi ove fosse consentito il rilascio di certificati di esecuzioni anche per lavori che non sono indicati nel bando.

La scelta normativa appare, quindi, legittima perché introduce un limite (quello secondo cui una lavorazione è certificabile solo se indicata nel bando) che rispetta i requisiti di idoneità e proporzionalità rispetto allo scopo perseguito, consistente nell'evitare il rilascio di certificati non totalmente corrispondenti ai lavori realmente eseguiti.

La circostanza che, in base all'art. 108, comma 3, del regolamento, il bando non debba indicare tutte le lavorazioni (in particolare non sono indicate quelle di importo inferiore al 10 per cento dell'appalto o a 150.000 euro) non è direttamente rilevante in questa sede. Tale circostanza potrebbe eventualmente, tradursi in un vizio della norma che disciplina il contenuto del bando (e, quindi, del richiamato art. 108), in questo giudizio però non impugnata. L'eventuale incompletezza del bando nell'indicazione specifica delle lavorazioni, in altri termini, non vizia l'art. 86 del regolamento che, invece, ancorando il certificato di esecuzione ai lavori indicati nel bando, è espressione di una scelta ragionevole, cui è sotteso un condivisibile intento antielusivo.

In ogni caso, risultano persuasive le osservazioni del Ministero, secondo cui le lavorazioni pari o inferiori al 10 per cento dell'importo complessivo dei lavori e alla soglia di 150.000 Euro, ricadono e vengono assorbite nella categoria prevalente e, quindi, computate in essa, per cui, contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente, tutte le lavorazioni eseguite vengono riconosciute alle imprese esecutrici.

13.2. Privo di pregio è anche il motivo secondo cui la norma sarebbe impossibile da attuare laddove a base di gara sia posto il solo progetto

preliminare che non consentirebbe di individuare, già dal bando, le categorie di lavorazioni. In disparte la considerazione secondo cui il fatto che una disposizione possa, con riferimento a taluni casi, incontrare delle difficoltà applicative, non basta a decretarne l'illegittimità, risulta, comunque, dirimente la previsione di cui all'art. 23, comma 1, lett. b), d.P.R. n. 207/2010, in base al quale il capitolato speciale descrittivo e prestazionale del progetto preliminare contiene *“la specificazione delle opere generali e delle eventuali opere specializzate comprese nell'intervento con i relativi importi?”*.

13.3. La censura *sub c)*, secondo cui vi sarebbe un vuoto normativo per i certificati di lavori conseguenti agli affidamenti a contraente generale, può considerarsi superata, come sostanzialmente riconosce la stessa ricorrente nella sua memoria di replica, a seguito delle modifiche apportate all'art. 189 del Codice, con l'art. 4, comma 2, lett. cc) del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge 12 luglio 2012, n. 106.

14. Con un quarto motivo di ricorso, la ricorrente impugna l'art. 79, comma 12, del regolamento nella parte in cui prevede che, al fine della qualificazione nelle categorie specializzate, l'impresa debba dimostrare, con l'estratto autentico del libro unico del lavoro, che nel proprio organico sia presente un certo numero di operai qualificati (in proporzione alle classifiche di iscrizione), assunti con contratto di lavoro subordinato e muniti di patentino certificato.

Secondo l'AGI l'introduzione dell'obbligo per le imprese di dotarsi nel proprio organico degli operai specializzati muniti di patentino

certificato si porrebbe in netto contrasto con l'art. 48 della direttiva 2004/18/CE, che prevede tra i requisiti di qualificazione (paragrafo 2, lett. g) soltanto l'organico medio e non una specifica qualificazione professionale degli operai. Tale norma secondo la ricorrente, creerebbe, ancora una volta, un'ingiustificata disparità di trattamento tra operatori nazionali e comunitari.

Il requisito dell'operaio specializzato si porrebbe inoltre, secondo l'AGI, in contrasto con il principio di proporzionalità e ragionevolezza, posto che l'art 79, comma 10, dello stesso d.P.R. 207/2010 già prevede che ai fini della qualificazione l'impresa dimostri il requisito dell'adeguato organico medio annuo, attraverso il costo complessivo sostenuto per il personale.

15. Il motivo non ha pregio.

15.1. La norma censurata introduce, infatti, un criterio relativo alla capacità tecnica che, sebbene non espressamente nominato nella direttiva comunitaria n. 2004/18, non si pone, comunque, in contrasto con essa.

L'art. 48, paragrafo 2, della citata direttiva prevede che *“le capacità tecniche degli operatori economici possono essere provate in uno o più dei seguenti modi, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi”*. Segue l'elenco dei criteri utilizzabili, fra cui quello della lettera g) specificamente richiamato dalla ricorrente che fa riferimento alla *“dichiarazione indicante l'organico medio annuo del prestatore dell'imprenditore o dell'imprenditore e il numero dei dirigenti durante gli ultimi tre anni”*.

15.2. È vero che la norma comunitaria si limita a menzionare l'organico medio senza richiedere una specifica qualificazione professionale per i soggetti che di tale organico fanno parte (e, quindi, senza richiedere, come fa invece la disposizione regolamentare impugnata, una specifica qualificazione professionali degli operai).

È tuttavia evidente che la norma comunitaria, nel momento in cui consente di desumere la capacità tecnica dall'organico medio, non esclude, ma, anzi, in qualche modo presuppone, la rilevanza della qualità professionale dei lavoratori che fanno parte dell'organico dell'impresa. L'organico medio, infatti, può essere sintomo di capacità tecnica non sotto il profilo meramente quantitativo, ma anche e soprattutto sotto quello qualitativo, nel senso che, intanto si può desumere, dalla dichiarazione relativa all'organico medio, che l'impresa abbia una determinata capacità tecnica, in quanto quell'organico riveli una composizione professionalmente qualificata. Sotto questo profilo, quindi, la norma censurata, nel richiedere una determinata qualifica professionale degli operai che compongono l'organico, si limita a specificare senza contraddirlo, ma anzi, valorizzandone la *ratio*, il criterio individuato dalla disposizione comunitaria.

15.3. Del resto, che la direttiva comunitaria non sia indifferente alla qualificazione tecnica dei dipendenti che operano nell'ambito dell'impresa o di cui, comunque, l'impresa si avvarrà per l'esecuzione della prestazione emerge dai criteri di cui alla lett. *b*) (indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici che facciano o meno parte integrante

dell'operatore economico, e, più particolarmente, di quelli responsabili del controllo della qualità e, per gli appalti pubblici di lavori, di cui l'imprenditore disporrà per l'esecuzione dell'opera) e alla lett. e) (indicazione dei titoli di studio e professionali del prestatore di servizi o dell'imprenditore e/o dei dirigenti dell'impresa, in particolare del responsabile o dei responsabili della prestazione dei servizi o della condotta dei lavori).

Entrambe queste previsioni desumono, appunto, la capacità tecnica dell'impresa dai requisiti tecnici, professionali e di studio posseduti da soggetti che operano all'interno dell'impresa o di cui comunque l'impresa si avvarrà.

15.4. La norma regolamentare in questione non risulta neanche affetta dalla lamentata violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza. Risulta infatti ragionevole imporre all'impresa che intenda qualificarsi in una determinata categoria specializzata di avere alle proprie dipendenze un numero di operai che soddisfi determinati requisiti di professionalità e specializzazione.

La previsione è, inoltre, proporzionata, in quanto il numero degli operai specializzati richiesto è graduale, nel senso che cresce proporzionalmente al crescere della classifica per la quale l'impresa intende qualificarsi.

15.5. Non vi è nemmeno il rischio che tale disposizione determini una "discriminazione alla rovescia" a danno delle imprese italiane rispetto alle imprese comunitarie, che non sarebbero, invece, soggette a tale onere. Invero, come si è già rilevato, l'art. 47, comma 2, del codice, se,

da un lato, stabilisce che per gli operatori stranieri la qualificazione mediante SOA non è condizione obbligatoria di partecipazione, dall'altro lato, specifica che essi si qualificano alla singola gara producendo documentazione idonea a dimostrare il possesso di tutti i requisiti prescritti per la qualificazione e partecipazione degli operatori economici italiani alle gare. Questo significa che l'impresa comunitaria per qualificarsi in Italia (al fine di determinare ad un certa gara) dovrà comunque dimostrare la propria capacità tecnica sulla base del possesso di requisiti analoghi a quelli che valgono per l'impresa italiana.

16. Sulla base di analoghe considerazioni va respinto il motivo diretto all'annullamento dell'art. 79, comma 20, del regolamento, nella parte in cui prevede che, *“per ottenere la qualificazione nelle categorie OS 13, OS 18-A, OS 18-B e OS 32, l'impresa deve altresì dimostrare di disporre di un adeguato stabilimento industriale specificamente adibito alla produzione dei beni oggetto della categoria”*.

16.1. Anche in questo caso, non si ravvisa alcun contrasto con l'art. 48, paragrafo 2, della direttiva n. 2004/18. La lettera *b)* dell'art. 48, paragrafo 2, della direttiva, infatti, nel riferirsi *“all'attrezzatura, al materiale e all'equipaggiamento tecnico”* di cui l'imprenditore dispone per eseguire l'appalto, non esclude che il legislatore nazionale (nel caso di specie, il regolamento) possa imporre il possesso di un *“adeguato stabilimento industriale specificamente adibito alla produzione dei beni oggetto della categoria”*. Lo stabilimento industriale si risolve, infatti, proprio in un insieme di attrezzature, di materiali e di equipaggiamenti tecnici

fisicamente collocati all'interno di una struttura logistica adibita alla produzione.

È pertanto del tutto ragionevole che le attrezzature, i materiali e gli equipaggiamenti tecnici vengano considerati non in sé, ma nella misura in cui sono organizzati nell'ambito di una struttura fisica destinata alla produzione e, quindi, in definitiva, all'interno di uno stabilimento.

17. Infondato è anche il motivo diretto all'annullamento dell'art. 79, comma 17, del regolamento, censurato nella parte in cui prevede che *“per i lavori della categoria OS 12-A, ai fini del collaudo, l'esecutore presenta una certificazione del produttore dei beni oggetto della categoria attestante il corretto montaggio e la corretta installazione degli stessi”*.

La ricorrente lamenta che tale disposizione, oltre ad essere irrazionalmente collocata tra le norme sulla qualificazione pur riguardando tutt'altro ambito, quale il collaudo dei lavori, si porrebbe in palese contrasto con la natura di attuazione che il regolamento avrebbe dovuto avere rispetto alle disposizioni del Codice, le quali, in materia, demandavano allo stesso regolamento di determinare le *“modalità di verifica della conformità delle prestazioni eseguite a quelle pattuite”*, stabilendo, peraltro, il principio per cui il collaudo è *“attività propria delle stazioni appaltante”*. Tale principio sarebbe violato dalla disposizione in esame, che, di fatto, rimette l'esito del collaudo di determinate opere pubbliche alla certificazione di un soggetto terzo rispetto al committente, che, pur senza essere titolare dell'incarico di collaudatore, può, tuttavia, con la sua pronuncia condizionare l'esito

delle relative operazioni.

La disposizione, secondo la ricorrente, violerebbe anche il principio di ragionevolezza poiché in caso di contestazioni tra appaltatore e produttore circa il corretto montaggio e la corretta installazione, e, quindi, di eventuale contenzioso in materia, verrebbero ad essere sostanzialmente bloccate le operazioni di collaudo dell'opera pubblica.

18. Il motivo è infondato alla luce delle seguenti considerazioni.

18.1. In primo luogo, non risulta violato il principio di cui all'art 120, comma 2-*bis*, del d.lgs. n. 163/2006, che affida il collaudo alla stazione appaltante. La norma regolamentare censurata, infatti, non sostituisce il collaudo della stazione appaltante (di cui all'art. 120, comma 2-*bis* cit.) con quello del produttore, ma si limita a prevedere, che per i lavori della categoria OS 12-A, ai fini del collaudo (che verrà compiuto sempre dalla stazione appaltante secondo quanto previsto dall'art. 120 del Codice), è necessario acquisire, dal produttore dei beni oggetto della categoria, una certificazione attestante il corretto montaggio e la corretta installazione degli stessi.

In altri termini, in un'ottica di maggiore garanzia per la stazione appaltante, la norma si limita a prevedere che i beni oggetto dei lavori appartenenti alla categoria in esame non potranno essere oggetto di collaudo (dalla stazione appaltante) se il produttore dei beni oggetto della categoria non certifica che sono stati correttamente montati ed installati.

Dunque la norma non viola il principio che riserva alla stazione

appaltante il collaudo, atteso che la richiesta certificazione (di corretta esecuzione e montaggio) non sostituisce il collaudo, ma, semmai, si limita a precederlo.

18.2. In secondo luogo, la norma sfugge anche alle censure di irragionevolezza, limitandosi a prevedere una garanzia aggiuntiva (che assicura il corretto montaggio e la corretta installazione dei beni) funzionale ad una specifica esigenza della stazione appaltante, che si traduce, per l'impresa, in un onere certamente proporzionato rispetto al fine di interesse pubblico tramite esso perseguito. Si consideri al riguardo che la categoria OS 12-A (barriere stradali di sicurezza) *“riguarda la fornitura, la posa in opera e la manutenzione o ristrutturazione dei dispositivi quali barriere, attenuatori d'urto, recinzioni e simili, finalizzati al contenimento ed alla sicurezza del flusso veicolare stradale”*.

È, quindi, del tutto ragionevole che per questa tipologia di lavori (finalizzati alla sicurezza stradale e, quindi, alla tutela della sicurezza e dell'incolumità pubblica), il regolamento abbia previsto una garanzia aggiuntiva, imponendo il certificato di regolare montaggio e installazione da parte del produttore dei beni in questione. La particolarità della situazione disciplinata, che involge interessi fondamentali connessi alla sicurezza stradale, giustifica, infatti, la previsione di una disciplina speciale in materia di collaudo.

19. Infondato è anche il motivo diretto all'annullamento dell'art. 92, comma 2, del regolamento. La disposizione va infatti interpretata in maniera conforme agli orientamenti giurisprudenziali formati in argomento, e, cioè, nel senso che debba sussistere una

corrispondenza non solo tra la quota di partecipazione all'ATI e la quota di esecuzione, ma anche rispetto alla misura dei requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa. Dunque questi ultimi devono essere sufficienti a coprire la quota di partecipazione all'ATI e la quota di esecuzione lavori indicata in sede di gara.

In altri termini, la disposizione deve essere interpretata nel senso che un'impresa mandataria, pur in possesso di una qualificazione superiore al 40 per cento dell'importo dei lavori, potrebbe decidere di partecipare al raggruppamento per una quota inferiore, ovvero che la mandante, pur in possesso dei requisiti per il 10 per cento, possa decidere di partecipare per una quota inferiore.

Tale interpretazione, che è l'unica legittima, ed è stata peraltro confermata dal Ministero nella sua relazione, sottrae la norma alle censure sollevate. I motivi di ricorso, infatti, partono dal paventato presupposto che la disposizione in esame possa essere interpretata nel senso di imporre alla mandataria non solo di possedere una quota minima del 40 per cento dei requisiti di qualificazione, ma anche di partecipare all'ATI nella medesima misura minima, nonché alle mandanti di partecipare a loro volta nella misura minima del 10 per cento.

20. L'ultimo motivo di ricorso, diretto a contestare l'art. 357, comma 12, del regolamento, nella parte in cui detta la disciplina transitoria per la validità delle attestazioni SOA, deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse. La norma, infatti, è mutata nel corso del giudizio, per effetto del d.l. n. 70/2011 (convertito nella

legge n. 106/2011) che ha differito la cessazione di validità delle specifiche attestazioni SOA dal 180° al 365° giorno successivo all'entrata in vigore del regolamento.

La ricorrente, in sede di memoria, contesta che, anche dopo le modifiche, la norma resterebbe illegittima sotto il profilo della violazione dell'art. 40 del d.lgs. n. 163 del 2006 che al comma 4, lettera f), circoscriveva l'ambito di intervento regolamentare sul punto, ribadendo che *“la durata dell'efficacia della qualificazione è di cinque anni, con verifica entro il terzo anno del mantenimento dei requisiti [...]”*.

Giova, tuttavia, evidenziare che il ricorso straordinario ha carattere impugnatorio e il *thema decidendum* rimane cristallizzato dalla domanda di annullamento contenuta nel ricorso originariamente proposto. Il *thema decidendum* è, quindi, rappresentato dalla domanda di annullamento di quello specifico atto formalmente impugnato con il ricorso introduttivo. Ciò implica che, ove nel corso del giudizio tale atto venga sostituito o modificato, le censure inizialmente proposte non si trasferiscono automaticamente nei confronti del nuovo atto, anche se questo continua ad avere un contenuto non soddisfacente delle pretese dei ricorrenti. In altri termini, la disposizione normativa inizialmente impugnata con il ricorso straordinario oggi non esiste più con quel contenuto precettivo, perché è stata sostituita da una nuova versione introdotta con il richiamato d.l. n. 70 del 2011. La disposizione modificata rappresenta un atto diverso rispetto a quello impugnato e, quindi, risulta estranea all'oggetto del presente giudizio.

21. In definitiva, alla luce delle considerazioni che precedono, il

parere della Commissione speciale è nel senso che il ricorso proposto dall'AGI debba essere:

- parzialmente accolto con riferimento all'impugnazione degli articoli 109, comma 2 (in relazione all'Allegato A, e, in particolare, alla "Tabella sintetica delle categorie"), 107, comma 2, 85, comma 1, lett. b), nn. 2 e 3) (nella parte in cui, nell'ipotesi di superamento dei limiti di subappalto del 30 e 40 per cento, limita l'utilizzabilità, ai fini della futura qualificazione, dei lavori subappaltati ad una percentuale non superiore al 10 per cento della categoria scorporabile).

- respinto con riferimento all'impugnazione dell'articolo 86, comma 1, dell'articolo 83, comma 4, dell'articolo 79, commi 17, 19 e 20 e dell'articolo 92, comma 2.

- dichiarato improcedibile con riferimento all'impugnazione dell'art. 357, comma 12 e agli allegati B e B1.

Ai sensi dell'art. 14, terzo comma, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, del decreto di decisione del presente ricorso straordinario deve essere data pubblicità nelle medesime forme dell'atto annullato.

P.Q.M.

esprime il parere nel senso che:

a) vanno dichiarati inammissibili i ricorsi proposti da Astaldi s.p.a, Società italiana per condotte d'acqua s.p.a, Grandi Lavori Fincosit s.p.a., Impregilo s.p.a., Impresa s.p.a., Itinera s.p.a, Impresa Costruzioni G. Maltauro s.p.a, Impresa Pizzarotti e C. s.p.a, Salini Costruttori s.p.a., Vianini Lavori s.p.a.;

b) il ricorso proposto dall'AGI va:

- parzialmente accolto con riferimento all'impugnazione degli articoli 109, comma 2 (in relazione all'Allegato A, e, in particolare, alla “*Tabella sintetica delle categorie*”), 107, comma 2, 85, comma 1, lett. *b*), nn. 2 e 3), nel senso specificato in motivazione;
- respinto con riferimento all'impugnazione dell'articolo 86, comma 1, dell'articolo 83, comma 4, dell'articolo 79, commi 17, 19 e 20 e dell'articolo 92, comma 2.
- dichiarato improcedibile con riferimento all'impugnazione dell'art. 357, comma 12, e agli allegati B e B1.

Dispone che a cura del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti venga data pubblicità del decreto di decisione del presente ricorso straordinario nelle medesime forme dell'atto annullato.

L'ESTENSORE
Roberto Giovagnoli

IL PRESIDENTE
Giuseppe Barbagallo

IL SEGRETARIO
Licia Grassucci