

Dipartimento
di Giurisprudenza

Dottorato in Diritto e Impresa

Ciclo XXXVI

Il sistema di qualificazione degli operatori economici negli appalti pubblici di lavori: possibili scenari futuri

Prof. Bernardo Giorgio Mattarella

RELATORE

Irene Cocchi

CANDIDATO

INDICE

INTRODUZIONE	IV
--------------------	----

CAPITOLO I

La qualificazione negli appalti pubblici di lavori

SEZIONE I

Il sistema SOA nell'ordinamento nazionale

1. PREMESSA	1
2. LA QUALIFICAZIONE: CENNI INTRODUTTIVI	9
2.1. QUALITÀ, QUALIFICAZIONE, LAVORI PUBBLICI.....	18
3. LE ORIGINI DEL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE NEGLI APPALTI DI LAVORI	22
3.1. TRA DIRITTO PUBBLICO E PRIVATO: DALL'ALBO NAZIONALE DEI COSTRUTTORI.....	32
3.2. ...AL NUOVO SISTEMA DELLE SOCIETÀ ORGANISMI DI ATTESTAZIONE – SOA	46
4. SINTESI DEI PRINCIPALI ELEMENTI DELLA DISCIPLINA DETTATA DAL D.P.R. 5 OTTOBRE 2010 N. 207	54
5. PRIME RIFLESSIONI CONCLUSIVE.....	61

SEZIONE II

Profili comparatistici

6. LA QUALIFICAZIONE NEGLI ALTRI ORDINAMENTI EUROPEI	65
6.1. IL MODELLO AMMINISTRATIVO DI PREQUALIFICAZIONE OBBLIGATORIA	66
6.1.1. <i>Il modello della Spagna</i>	68
6.1.2. <i>Il modello della Francia: un caso a parte</i>	70
6.2. IL MODELLO CIVILISTICO E COMMON LAW	73
6.2.1. <i>Il modello della Germania</i>	73
6.2.2. <i>Il modello del Regno Unito</i>	76

CAPITOLO II

L'organizzazione e il funzionamento del sistema SOA

1. L'ATTESTATO SOA: NATURA E VALORE DEL DOCUMENTO	78
1.1. L'ATTESTATO SOA E LA CERTIFICAZIONE DI QUALITÀ	92

2. L'IDENTITÀ GIURIDICA DEL SOGGETTO SOA.....	98
2.1. LA SCELTA DEL TIPO SOCIETÀ DI CAPITALI	98
2.2. LE SOA COME SOCIETÀ DI DIRITTO SPECIALE	102
2.3. PROFILO STRUTTURALE: PRIME DEROGHE AL TIPO “SOCIETÀ PER AZIONI”	105
2.3.1. <i>La denominazione sociale e la sede legale</i>	105
2.3.2. <i>Il capitale minimo</i>	107
2.3.3. <i>L'oggetto sociale esclusivo</i>	109
2.4. L'INDIPENDENZA DI GIUDIZIO DELLE SOA	113
2.4.1. <i>Le partecipazioni al capitale azionario</i>	117
2.4.2. <i>Composizione e struttura organizzativa della SOA</i>	121
2.5. I REQUISITI RICHIESTI AI COMPONENTI DELLA SOA	123
2.5.1. <i>I requisiti tecnici</i>	123
2.5.2. <i>I requisiti di carattere morale</i>	125
3. L'AUTORIZZAZIONE ALL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ DI ATTESTAZIONE	128
4. IL RAPPORTO TRA LA SOA E L'AUTORITÀ DI VIGILANZA.....	133
4.1. I POTERI SANZIONATORI	137
4.2. IL POTERE DI ANNULLAMENTO DELLE ATTESTAZIONI SOA.....	139
5. IL CONTRATTO DI QUALIFICAZIONE TRA LA SOA E L'OPERATORE ECONOMICO	144
5.1. IL CONTENUTO E LE VICENDE DEL CONTRATTO	149
5.2. IL CORRISPETTIVO DELLA PRESTAZIONE DI ATTESTAZIONE	152
6. LA NATURA GIURIDICA DELL'ATTIVITÀ SVOLTA DALLA SOA	155
6.1. LA SOA AL COSPETTO DELLA CATEGORIA DELL'ESERCIZIO PRIVATO DI PUBBLICHE FUNZIONI	162
6.2. IL MODELLO SOA TRA ESTERNALIZZAZIONE.....	170
6.3. ...E LIBERALIZZAZIONE DELL'ATTIVITÀ DI ATTESTAZIONE	174

CAPITOLO III

Possibili scenari futuri del sistema di qualificazione

1. LA QUALIFICAZIONE DEGLI OPERATORI ECONOMICI: TRA DISCREZIONALITÀ ED EFFICIENZA	177
2. LA QUALIFICAZIONE NELLA LEGGE DELEGA 28 GENNAIO 2016 N. 11 E NEL CODICE DEL 2016	182
3. LA REPUTAZIONE NELLE GARE PUBBLICHE: IL DIFFICILE CASO DEL RATING D'IMPRESA.....	188
3.1. LE FINALITÀ DELL'ISTITUTO	188

3.2. I MODELLI DI RATING E I SUOI PRECURSORI NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE	194
3.3. I PRECURSORI DEL RATING D'IMPRESA NEGLI ORDINAMENTI ESTERI	205
3.4. IL RATING NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA	210
3.5 IL RATING NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE.....	216
4. CENNI SULLA QUALIFICAZIONE DELLE STAZIONI APPALTANTI....	228
5. IL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE DEGLI OPERATORI ECONOMICI NEL NUOVO CODICE DEL 2023.....	239
5.1 IL POSSIBILE IMPATTO DELLA DIGITALIZZAZIONE DELLE PROCEDURE SULLA QUALIFICAZIONE	245
5.2 LA REPUTAZIONE DELL'IMPRESA COME COMPONENTE DEL F.V.O.E.	254
CONCLUSIONI	256
BIBLIOGRAFIA.....	II

Introduzione

La tesi si propone di analizzare il sistema di qualificazione SOA, previsto dalle norme in materia di lavori pubblici, a circa vent'anni dalla sua introduzione.

L'elaborato prende le mosse dal tentativo di inquadrare tale modello nell'ambito dei sistemi di produzione delle certezze, i quali hanno risentito, negli ultimi tempi, del crescente fenomeno di complessificazione tecnico-giuridica dei rapporti tra consociati e tra consociati e pubblici poteri, che ha determinato la sempre più frequente coesistenza di certezze prodotte dallo Stato (o da altri enti e amministrazioni pubbliche) con certezze prodotte da soggetti privati.

Per quanto riguarda, in particolare, il settore dei contratti pubblici, l'esigenza di pretendere il possesso di certe qualità dal contraente privato è sempre stata avvertita dalla pubblica amministrazione, in uno stesso tempo, come diritto di conoscere l'identità (in senso morale, organizzativo, tecnico e finanziario) del contraente medesimo, e come dovere, che incombe ad un soggetto che spende denaro pubblico con il fine di soddisfare esigenze pubbliche o di pubblica utilità.

Dopo aver elaborato una prima definizione di "sistema di qualificazione", quale insieme di quelle qualità o requisiti che le imprese occorrenti alle gare devono soddisfare, unitamente alle modalità di accertamento, di apprezzamento e di conservazione delle stesse qualità e requisiti, e dopo aver individuato la funzione della qualificazione nella necessità di assicurare che, nelle procedure di acquisizione mediante evidenza pubblica, i soggetti siano sufficientemente preparati o capaci per svolgere a regola d'arte determinate attività o prestazioni, si è dato conto, con brevi cenni, dei diversi sistemi di qualificazione esistenti nel nostro ordinamento.

La tesi si è, dunque, concentrata sul tema della qualificazione dei soggetti esecutori di lavori pubblici, mettendone in luce l'estrema importanza e delicatezza in termini di politica legislativa, dal momento che tale sistema incide, attraverso la definizione dei requisiti, e delle relative regole di accertamento, in maniera profonda sull'assetto del mercato e sulla stessa struttura del tessuto imprenditoriale.

Parte del primo capitolo è stata dedicata, altresì, alla ricostruzione ed all'analisi dell'origine storica del sistema di qualificazione nei lavori pubblici, i cui arbori sono rinvenibili già nella legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. F.

È stato così possibile osservare che le modalità di apprezzamento delle qualità degli operatori economici sono evolute nel tempo: dalla disciplina più risalente, che prevedeva un ampio potere di escludere dalla partecipazione alle gare pubbliche le imprese ritenute inaffidabili, si è passati alla formazione di veri e propri elenchi di imprese di fiducia, fino ad addivenire, con la legge 10 febbraio 1962, n. 57, all'istituzione dell'albo nazionale dei costruttori, per mezzo del quale il legislatore ha provveduto a riordinare tutta la materia relativa alla scelta del contraente nel settore delle opere pubbliche.

Dopo aver analizzato le modalità e condizioni di iscrizione, formazione, tenuta e pubblicazione dell'albo la tesi mette in risalto i limiti del sistema di qualificazione così delineato, il quale ha ben presto rivelato la propria inadeguatezza a garantire un'effettiva selezione delle imprese dotate di reale capacità imprenditoriale e a rispondere alle nuove esigenze del libero mercato europeo.

Si è giunti, pertanto, alla decisiva scelta di abbandonare il criterio della diretta e totale amministrazione della materia per mano pubblica, configurandosi, mediante la previsione di cui all'art. 8 della legge 11

febbraio 1994, n. 109 (cosiddetta legge “Merloni”), un sistema unico di qualificazione per chiunque esegua lavori di importo superiore a euro 150.000, caratterizzato dalla soppressione dell’albo e demandato in via esclusiva ad organismi di diritto privato (“società organismi di attestazione”, cosiddette SOA) autorizzati dalla competente Autorità di vigilanza.

Dopo un’analisi della genesi e successiva evoluzione del sistema di qualificazione SOA, la prima sezione del primo capitolo è completata da una sintetica disamina della disciplina attualmente vigente, come dettata in prima battuta dal d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e quasi interamente trasposta, senza sostanziali modifiche, nel recente Allegato II.12 al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, entrato in vigore dal 1° luglio 2023.

La lettura sistematica della normativa di riferimento restituisce un quadro caratterizzato dal coinvolgimento, in maniera diversa, di almeno quattro categorie di soggetti (l’Autorità di vigilanza, le SOA, le imprese qualificate o qualificande e le stazioni appaltanti), tra i quali si instaurano e si intrecciano rapporti non agevolmente definibili.

Il tema presenta fin da subito profili di complessità e di delicatezza.

Risulta oggettivamente complesso perché non suscettibile di essere inquadrato ed ingabbiato in modelli teorici tradizionali; delicato in quanto dovrebbe trovare il proprio assetto ottimale in un equilibrio armonico da individuare tra il rischio di eccessi regolatori e l’opposta necessità di regole e criteri chiari per il mercato.

La sezione successiva è dedicata, invece, ad una breve disamina comparativa dei meccanismi di selezione delle imprese esistenti nei diversi paesi europei (in particolare quelli di Spagna, Francia, Germania, Regno Unito).

Il secondo capitolo si concentra sulla descrizione degli elementi che, nel suindicato passaggio dal precedente regime pubblicistico, rendono evidenti le dissonanze esistenti rispetto alle categorie tradizionali degli enti preposti alla cura dell'interesse pubblico.

L'analisi prende avvio, in particolare, dal tentativo di inquadramento della realtà documentale dell'attestato SOA, il quale rappresenta la imprescindibile forma di esteriorizzazione dell'attività di produzione di certezze posta in essere da questi soggetti, di cui vengono messi in luce anche i punti di contatto e di diversità rispetto alla certificazione di qualità. La tesi cerca, poi, di definire l'identità giuridica del soggetto SOA, caratterizzato dalla compresenza simultaneamente dell'interesse pubblico, alla creazione delle certezze, e dell'interesse privato, a rimanere sul mercato, ipotizzandone la riconducibilità alla figura delle società di diritto speciale.

Si passano, dunque, al vaglio, i numerosi profili di specialità della disciplina dettata per le SOA, che attengono sia alla struttura (denominazione e sede sociale, capitale, oggetto, partecipazioni azionarie, composizione e struttura organizzativa, requisiti tecnici e morali) che alla funzione (osservanza del principio di indipendenza di giudizio) svolta da tali soggetti.

Un passaggio che risulta di fondamentale rilievo è la disamina del rapporto esistente tra le SOA e l'Autorità di vigilanza, il quale prende avvio dal procedimento autorizzatorio e si sviluppa nei penetranti controlli demandati oggi all'Autorità nazionale anticorruzione, investita anche di incisivi poteri sanzionatori.

Il secondo capitolo si conclude con l'analisi del contratto di qualificazione che le SOA stipulano con gli operatori economici interessati, il quale si

configura non solo come fonte di un rapporto di servizio ma anche, e soprattutto, dell'esercizio della pubblica funzione di attestazione.

La trattazione prosegue, poi, mettendo a confronto il modello SOA, come tratteggiato, con l'istituto dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, consistente, nel caso di specie, nell'esplicazione, da parte di un soggetto formalmente privato, di una potestà pubblica certificatoria, tradizionalmente riservata allo Stato, nel settore dei lavori pubblici.

Il terzo, e ultimo, capitolo si occupa di prospettare possibili scenari evolutivi della qualificazione SOA, mettendo in evidenza le peculiarità del modello nazionale rispetto a quello esistente negli altri paesi.

La conclusione alla quale si perviene è che il modello SOA, quale sistema di qualificazione preventiva, obbligatoria, di tipo accentrato devoluto ad una peculiare figura societaria di diritto comune, costituisce un *unicum* nel panorama europeo, figlio di una “demonizzazione” della discrezionalità da riconoscere in capo alle stazioni appaltanti, che ha caratterizzato la normativa italiana sugli appalti fin dagli anni Novanta.

Si osserva, tuttavia, come una forte contrazione della discrezionalità amministrativa incida negativamente sull'efficienza delle procedure di selezione, principio che, al contrario, è stato posto a fondamento del sistema della contrattualistica pubblica dalle direttive UE nn. 23, 24 e 25 del 2014.

Il recepimento delle suindicate direttive nell'ordinamento nazionale, ad opera della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 e del d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50, ha costituito, quindi, un'occasione irripetibile per introdurre elementi di modernizzazione nel sistema amministrativo e per incrementare la competitività del sistema economico.

L'originaria “architettura” del Codice del 2016 ha mirato, pertanto, all'esaltazione della qualità, tanto dal lato della domanda che dell'offerta,

enucleandone i due momenti fondamentali nella qualificazione delle stazioni appaltanti e nella revisione del sistema di qualificazione degli operatori economici, con l'introduzione del *rating* d'impresa.

Il terzo capitolo dedica una sezione considerevole all'analisi del suindicato meccanismo reputazionale, il quale, con lo scopo di assicurare la qualità della *performance* contrattuale, avrebbe dovuto affiancare i requisiti di carattere generale e tecnico, economico e organizzativo come quarto pilastro fondamentale da inserirsi tra gli elementi su cui è tradizionalmente basato il sistema di qualificazione.

La tesi, dopo aver esaminato le finalità dell'istituto e i precursori del modello di *rating*, sia nell'ordinamento nazionale (Casellario informatico, Certificati di esecuzione lavori, Relazione dettagliata sul comportamento dell'impresa) che negli ordinamenti esteri (con particolare attenzione all'esperienza statunitense), analizza il faticoso tentativo di implementazione del meccanismo reputazionale compiuto negli anni dall'Autorità Nazionale Anticorruzione tramite l'elaborazione di apposite bozze di linee guida, mai effettivamente adottate.

All'esito di tale disamina si è dato atto delle ragioni che hanno condotto, da gennaio 2020, l'Autorità di settore a interrompere ogni iniziativa volta a rendere operativo l'istituto del *rating*.

Tra queste, in particolare, si ravvisa la circostanza che l'inclusione della reputazione nelle procedure di scelta dei contraenti avrebbe presupposto necessariamente il riconoscimento di un maggiore margine di discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti, determinando la preoccupazione degli operatori di settore, in un contesto caratterizzato dall'incompiuta implementazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, teso ad una riduzione e professionalizzazione delle pubbliche amministrazioni abilitate ad esperire le procedure di gara.

Viene, dunque, dedicata una breve sezione del capitolo all'analisi della disciplina relativa alla qualificazione delle stazioni appaltanti, così come introdotta dal legislatore del 2016 e implementata mediante le linee guida ANAC pubblicate nel corso del 2022.

L'ultima parte del lavoro offre una prima disamina delle novità introdotte dal recentissimo d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, entrato in vigore dal 1° luglio 2023, sul sistema SOA, rispetto al quale si ravvisano nel codice tendenze apparentemente contrastanti.

Da un lato, infatti, vi è la scelta di estendere il sistema di qualificazione anche agli operatori economici per gli appalti di forniture e servizi; dall'altro, una apparente volontà di sostituire le società organismo di attestazione con altri, non meglio specificati, nuovi organismi di diritto privato autorizzati dall'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Il capitolo si conclude con la formulazione di alcune riflessioni sul possibile impatto che, in tema di qualificazione, potrebbero avere i processi di digitalizzazione delle procedure di gara, con particolare attenzione al "fascicolo virtuale dell'operatore economico" e alla "reputazione d'impresa" quale componente dello stesso.

CAPITOLO I

La qualificazione negli appalti pubblici di lavori

Sezione I

Il sistema SOA nell'ordinamento nazionale

1. Premessa

Il bisogno di certezze è, da sempre, molto forte nell'uomo sia nelle sue convinzioni personali sia nei rapporti che intrattiene con gli altri¹.

Il concetto di certezza è carico di significati e di ambiguità². Ove si acceda al significato (pre-giuridico) del termine "certezza", infatti, ci si avvede come lo stesso sia coniugabile secondo una molteplicità di significati³,

¹ Anche se, ricorda S. FREUD, «L'uomo civile ha barattato una parte della sua possibilità di felicità per un po' di sicurezza». *Il disagio della civiltà*, 1929, in *Opere*, X, Torino, Bollati Boringhieri, 1989, p. 602.

² A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze private"*, 2010, Giuffrè, Milano, p. XIII. Per S. PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 18, «proprio il tema della certezza è circondato da non poche incertezze».

³ S. CARAMELLA, *Certezza* in *Enciclopedia filosofica*, I, p. 989-991, distingue i seguenti aspetti principali:

a) *Certezza psicologica*: «è lo stato della coscienza sicura del suo oggetto sensibile o ideale. Essa si riconosce nella *certezza dei sensi*, ammessa generalmente "come una proprietà della coscienza sensibile, come un contatto immediato del senso con il sentito". La *certezza ideologica*, che si oppone al *dubbio*, è "adesione del pensiero al suo contenuto e alle sue conseguenze". Nella esperienza la certezza psicologica si svolge anche come certezza mnemonica, con riferimento ad esperienze passate, escluse le conseguenze, che riguardano il futuro, e danno adito al dubbio. La *certezza esistenziale* è rivolta a confermare l'esistenza dell'individuo e delle sue relazioni con gli altri soggetti e oggetti».

b) *Certezza logica*: «è lo stato di assenso della mente a verità di ragione apprese immediatamente o mediamente».

c) *Certezza storica*: si può definire «una certezza mediata d'esistenza». La mediazione ha luogo attraverso *documentazioni* e *testimonianze*. Si intende per documentazione

ascrivibili ad una accezione “soggettiva” o piuttosto ad una concezione di tipo “oggettivo”⁴.

Sotto il profilo oggettivo la certezza indica la corrispondenza di un assunto con la verità in senso obiettivo e impersonale, secondo l’etimologia della parola che deriva dal latino *certus*, p.p. di *cernere* e dal greco *krinein*, quindi “separato” dal falso, e perciò “non dubbio”⁵.

In senso soggettivo la certezza indica una proprietà epistemica, ovvero l’attitudine soggettiva a considerare come “veri” determinati assunti, a prescindere dalla propria esperienza diretta o da una propria competenza specifica, bensì sulla base dell’affidabilità della fonte da cui gli assunti provengono.⁶

Il termine certezza, intorno a cui ruotano molti atti e procedimenti amministrativi, è una nozione di elaborazione moderna che sostituisce la nozione di verità⁷.

«una realtà onticamente connessa» ad un’altra, e per testimonianza, «il riportarsi di questa e il suo tramandarsi attraverso il fatto conoscitivo».

d) *Certezza morale*: «è il riconoscimento del bene e del dovere in un imperativo categorico della coscienza e in un suo giudizio intimo incontrollabile».

e) *Certezza metafisica*: attiene alle verità soprasensibili.

⁴ Si vedano sul punto le osservazioni di M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 66 e ss., in cui si individua una specifica corrispondenza tra le due distinte nozioni dei termini anglosassoni *certitude* (certezza in senso soggettivo) e *certainty* (certezza in senso oggettivo).

⁵ Usando le parole di F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova, 2005, p. 27, «certezza in senso obiettivo indica qualcosa di comune a tutti senza essere esclusivo di alcuno».

⁶ A. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 6. Non a caso nella scienza giuridica il dibattito sulle certezze pubbliche si attesta tipicamente sui presupposti giustificativi della diffusione di determinati assunti come veri, sul valore “probatorio” di simili assunti e, in particolare, sulla legittimazione soggettiva dei produttori delle certezze.

⁷ Secondo M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960, p. 769, «la sensibilizzazione della scienza ai problemi delle certezze e degli strumenti di certezza è moderna, se non modernissima».

Nel secolo scorso si pensava che quest'ultima nozione fosse direttamente collegata allo svolgimento dell'attività giuridica ma è stata smentita, o meglio, riconcepita a fronte del sorgere di nuove scienze, come la psicologia, la sociologia o l'epistemologia, che preferivano fare riferimento a nozioni meno impegnative, quali quelle di verità d'uso, di verità legali, di verità vicaria.

Come affermato da Massimo Severo Giannini, “per secoli gli operatori giuridici sono rimasti affascinati da quello che potrebbe dirsi il mito della verità⁸, ed hanno creduto che l'uso accorto di determinati strumenti

Per P. CALAMADREI, Prefazione al volume di W. BIGIAMI, *Ateismo e affidamento della prole*, Cedam, Padova, 1951, p. XVI, l'uomo di scienza, prima di ogni altro, ha «la difficile ed austera missione di essere l'impassibile ricercatore della verità».

A.R. TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. Amm.* n. 4/2005, p. 877, sottolinea che l'enucleazione del concetto di certezza deriva da un «deciso affinamento concettuale, che depura il dibattito dal riferimento al concetto (ad un tempo anelastico e per molti versi ambiguo) di “verità”, e permette di affermare che le c.d. “verità legali” non sono affatto tali, ma costituiscono, appunto, soltanto “certezze”. E poiché la certezza è intesa come fenomeno psichico – ergo soggettivo –, viene in tal modo eluso il raffronto, altrimenti obbligato, con il fenomeno dai tratti oggettivi quale appunto la “verità”».

⁸ Sul punto, S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 20, ritiene che «sembra di poter affermare legittimamente che i termini “verità” e “certezza” siano in relazione tra loro, attraverso il termine *conoscenza*; e che, nella generale problematica della scienza e dell'azione non siano termini inconciliabili, o addirittura esclusivi l'uno dell'altro. Dunque, non ci sentiamo di ammettere senz'altro che il pensiero e la vita moderni, stimolando e alimentando “i problemi del certo”, tendano a porre in crisi e quasi a relegare tra i fantasmi “il mito della verità”. (...) Si può, dunque, parlare di un “problema”, non di un “mito” della verità; di un problema da affrontare con mentalità critica, nella quale la riflessione intellettuale cerca le condizioni o forme della validità dell'atto conoscitivo nel suo riferimento all'oggetto della esperienza».

Si veda anche S. AMSTERDAMSKI, *Certezza/dubbio* in *Enciclopedia*, Einaudi, Torino, 1977, p. 968, secondo cui il problema della verità non è lo stesso problema della certezza. La soluzione del problema della verità consiste nel rispondere alle domande «quali sono le condizioni cui un enunciato deve soddisfare per essere vero?» e «con quali mezzi è possibile controllare che queste condizioni siano soddisfatte?». Il problema della certezza si risolve rispondendo alla domanda «esistono metodi per controllare le nostre

materiali e giuridici potesse fornire rappresentazioni esatte della verità, verità storica o verità scientifica che fosse. (..) Di fronte alla realtà che troppo spesso smentiva tante verità⁹, e di fronte all'avvertenza di molti filosofi, che poneva in dubbio la possibilità di raggiungere la verità nelle cose terrene, o di qualificare questi casi come realtà, la scienza trovò una linea di ripiegamento nelle presunzioni o finzioni di realtà: queste nozioni della più avveduta scienza processualistica si cominciarono ad usare dalla seconda metà del XVIII secolo; si giunge alla fine del secolo scorso e in questo, alle verità legali o d'uso, o di comodo e simili. (..)L'abbandono dell'ordine nozionale delle verità avviene lentamente, per influsso di altre scienze. Anche nella scienza giuridica, sempre più frequente diviene l'uso di nozioni diverse da quelle di verità. (..) Parallelamente al lento e quasi sempre inconsapevole processo di adeguamento della scienza giuridica alle nuove correnti delle varie scienze, si manifesta, nell'interno di essa, un convergere di attenzioni, di varia provenienza, sui problemi che potremmo, per usare un approccio generico, indicare come *problemi del certo*".¹⁰

Nell'ordinamento giuridico italiano la difficoltà di individuare con esattezza i confini della nozione di certezza pubblica, in assenza di una sua definizione normativa, deriva dalla tendenza registratasi negli ultimi decenni ad abbracciare con tale termine un insieme assai eterogeneo di

opinioni, o fonti che garantiscano l'infalibilità delle asserzioni circa la verità o la falsità delle nostre credenze?».

⁹ Con le parole dello stesso Autore «la pretesa di conseguire una “verità totale” o “assoluta” è fuori dalle reali e concrete possibilità umane. La verità alla quale l'uomo può aspirare e della quale vive, come verità umana, è di necessità parziale e (o) relativa, concretamente (storicamente) condizionata ed implica limitazioni e scelte, compiute più o meno coscientemente. La verità umana non è che un punto di equilibrio, non statico ma dinamico, a cui perviene l'attività conoscitiva sorretta dall'impulso della ricerca orientata verso il vero».

¹⁰ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 770.

attività, latamente ascrivibili alla sfera pubblica, dirette a garantire la fiducia nei rapporti tra consociati e la sicurezza nei traffici.

La frammentarietà delle figure è tale che la scienza giuridica ha messo in luce il carattere polivalente della nozione di certezza pubblica, disarticolandola in sub-nozioni differenti e assumendo come dato insuperabile l'impossibilità del giurista di ricondurre la complessità delle fattispecie osservabili alla schematicità di elaborazioni teoriche lineari.¹¹

Nello scrivere la voce "certezza pubblica" per l'Enciclopedia del diritto, nel 1960, lo stesso Giannini avvertiva come la scienza giuridica non fosse "in grado di dominare la materia né di comporre discorsi generali in proposito"¹².

Ancora oggi, ove ci si accinga ad uno studio sulla certezza, o quantomeno, sulla fenomenologia delle sue manifestazioni, si scopre che il termine "certezza pubblica", pur comunemente utilizzato nella scienza giuridica italiana, non trova sostegno nel diritto positivo, mentre nella giurisprudenza è utilizzato essenzialmente quale sinonimo di altri termini,

¹¹ A. BENEDETTI, *Certezza pubblica*, in *Diritto on line*, 2014 in https://www.treccani.it/enciclopedia/certezza-pubblica-dir-amm_%28Diritto-on-line%29/.

¹² S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 63, afferma: «i tecnici del diritto adoperano il termine "certezza" con un corteo di espressioni derivate, per designare nozioni del tutto peculiari, che danno luogo a dubbi, perplessità e discussioni, in ordine ai quali è difficile ottenere concordia di opinioni».

Ancora M.S. Giannini segnalava come nel diritto amministrativo fosse invalsa la tendenza a riconoscere scarso rilievo alle pur numerose attività di certezze svolte dalle amministrazioni pubbliche. Per lo più, queste attività erano singolarmente oggetto di studio all'interno di opere generali (enciclopedie, digesti, trattati, manuali) mentre tutti gli studi sull'argomento, in genere, affrontavano il tema limitandosi alla semplice citazione di alcuni atti di certezza nell'ambito del più ampio studio degli atti amministrativi.

anch'essi a contenuto indeterminato, come la “fede pubblica”, che lo richiamano senza esaurirsi in esso.¹³

Ai medesimi risultati si giunge ove si indirizzi lo studio sulle “certezze” in altri ordinamenti ove pure il binomio “certezza pubblica”, sostanzialmente, non trova traduzione, al contrario di altri concetti connessi come, appunto “fede pubblica” o “certezza legale”.¹⁴

Il dato che emerge è, quindi, che il termine “certezza pubblica” non identifica una nozione dai confini definiti, e definibili, ma è utilizzata come

¹³ La difficoltà nell'individuazione di un contenuto univoco della “fede pubblica”, che pure è l'unica a trovare un espresso riferimento normativo (si pensi all'intero titolo VII del cap. II del codice penale dedicato ai “delitti contro la fede pubblica”) è significativa del carattere parzialmente indeterminato della nozione. Come evidenziano i lavori preparatori dello stesso codice penale, il bene giuridico protetto con i diversi reati a tutela della fede pubblica è la “fiducia che la società ripone negli oggetti, segni e forme esteriori (monete, emblemi, documenti) ai quali l'ordinamento attribuisce un valore giuridico importante”. L'introduzione di termini quale quello di “certezza pubblica” ha avuto l'effetto di circoscrivere (pur con le indeterminatezze segnalate) la “fede pubblica” al terreno eminentemente penale, laddove in passato il termine trovava una più vasta accezione. Si veda sul punto la voce *Fede pubblica* di C. CIVOLI, in *Enc. giur. It.*; VI, 1, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1900, p. 1015: «ma il pubblico, oltre ad aver fede in chi sia rivestito di determinati uffici, ha pur fede in determinate cose, e questa fede corrisponde alle esigenze della vita sociale, in quanto che i rapporti che gli uomini hanno tra loro riuscirebbero assai malagevoli, se della sincerità di queste cose ognuno dovesse per conto proprio accertarsi con indagini volta per volta istituite. Per risparmiare ai cittadini il compito di tali indagini la pubblica autorità regola la confezione di queste cose in maniera da escludere ogni ragionevole sospetto, che dall'apparenza loro non corrisponda l'intrinseca sostanza, e stabilisce segni determinati, per mezzo dei quali si possa distinguerle da altre simili ed i quali così fanno fede del modo in cui sono state formate». A. NAPPI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. giur. It.*, Milano, 2010, distingue tra coloro che «intendono la fede pubblica in senso psicologico-naturalistico, come naturale atteggiamento di fiducia della collettività verso alcune forme di rappresentazione della realtà, da coloro che la intendono in senso pubblicistico-normativo, come certezza o “forza probante” attribuita dall'ordinamento giuridico ad alcuni oggetti o segni o forme esteriori».

¹⁴ Per un confronto tra i sistemi europei e anglosassoni, sotto questo profilo, si v. J.R. MAXEINER, *Legal Certainty and Legal Methods: A European Alternative to American Legal Indeterminacy*, in *Tulane J. Intern. & Comparative L.*, 2007, p. 541.

una sintesi verbale, idonea ad abbracciare un insieme non omogeneo di fenomeno di varia specie, accomunati dall'unico scopo di assegnare a eventi, persone, o a oggetti una particolare qualità: quella della certezza giuridica.

In questo senso, nonostante la varietà delle certezze sia molto ampia e renda ardua l'elaborazione di una teoria generale delle certezze pubbliche, si può affermare che queste siano riconducibili a una caratteristica che le accomuna: dare certezza a situazioni che possono essere, a qualunque titolo, giuridicamente rilevanti¹⁵.

A titolo esemplificativo, basti pensare all'iscrizione in registri anagrafici o immobiliari, all'iscrizione in appositi albi, alla determinazione della provenienza di un prodotto ai requisiti di legge, alla verifica dei pesi e delle misure: si tratta, in effetti, di attività giuridiche tra loro molto diverse.

Diverso può essere il presupposto giuridico che può identificarsi in un obbligo (come nel caso dell'iscrizione nei registri anagrafici dei nuovi nati) o essere volontario (come per la richiesta di un marchio o per la certificazione di qualità di un prodotto). Diversi possono essere i soggetti che attribuiscono certezze pubbliche: possono essere soggetti pubblici (comuni, regioni, lo Stato) ma possono essere anche soggetti privati (imprese di certificazione, associazioni di produttori, tecnici). Diversi sono i procedimenti attraverso i quali si perviene all'attribuzione di certezze pubbliche: possono essere procedimenti amministrativi complessi (come il

¹⁵ Sul punto, A. R. TASSONE, *op. cit.*, p.873, mette in evidenza i limiti di una «nozione generica di “certezza”, concepita in termine di mera e indifferenziata “sicurezza giuridica”». Per l'Autore, «riconoscere che una certa attività dell'amministrazione possiede un generico fine di produrre “certezza pubblica”, infatti, non permette di desumere alcunché in ordine alla disciplina giuridica dell'attività stessa, e rischia di ridursi, quindi, a notazione puramente descrittiva».

procedimento per il rilascio di un brevetto) ma possono essere anche il frutto di negozi privati (come il caso di un certificato di qualità rilasciato da un certificatore sulla base di un contratto di prestazione professionale). Ulteriori diversità emergono, poi, a seconda che delle certezze si analizzi il momento della loro produzione o quello relativo al loro uso.

L'osservazione del fenomeno delle certezze pubbliche mostra, dunque, una realtà, concreta e giuridica, assai complessa mettendone in luce alcuni aspetti peculiari: in primo luogo il crescente bisogno di certezze da cui risulta un maggior numero di atti di certezza non solo obbligatori ma, anzi, sempre più spesso attivati dai privati; in secondo luogo, la coesistenza di certezze prodotte dallo Stato (o da altri enti e amministrazioni pubbliche) con certezze prodotte da soggetti privati.

Tale ultimo dato è assai rilevante per il tema in oggetto e anzi, come è stato osservato¹⁶, costituisce il dato di maggior evidenza che è possibile trarre dall'osservazione del diritto vigente, arrivando, in alcuni casi, a segnare un vero e proprio rovesciamento concettuale nel rapporto tra Stato e cittadini: talvolta, infatti, è lo stesso Stato che fa affidamento su certezze prodotte da privati.

È proprio ciò che si è realizzato nel sistema di qualificazione delle imprese previsto dalle norme in materia di lavori pubblici in cui il modello SOA ha sostituito il previgente strumento di certezza pubblica dato dall'albo nazionale dei costruttori.

Tale fenomeno è strettamente connesso al fatto che i sistemi di produzione delle certezze giuridiche nascono da esigenze eminentemente pratiche: negli attuali ordinamenti sia i rapporti tra consociati, che quelli tra consociati e pubblici poteri sono caratterizzati da una crescente

¹⁶ Si veda A. FIORITTO, *op. cit.*, p. 2.

complessificazione tecnico-giuridica. Proprio i nuovi meccanismi di istituzionalizzazione della fiducia, intesa come predisposizione del singolo ad assumere un rischio in base a un ragionevole affidamento, devono quindi ricevere e manifestare le caratteristiche e qualità della controparte privata, tramite procedimenti rapidi ed efficienti, coerenti con la velocità degli scambi economici. In una società così delineata è impossibile per il singolo operatore agire in proprio e con i suoi soli mezzi, per acclarare in tal modo l'effettiva esistenza di tutte queste realtà: a una siffatta esigenza sopperisce in parte l'ordinamento, mediante strumenti amministrativi preordinati ad attestare autoritativamente, in parte gli stessi operatori privati, al fine di colmare i vuoti lasciati dall'azione pubblica.

Non è allora difficile cogliere come i nuovi sistemi di certificazione privata siano sintomatici di un'autentica esplosione delle esigenze diffuse di verifica, valutazione, controllo, alle quali fa riscontro un altrettanto diffusa esigenza di conformare l'attività di impresa a *standards* comuni, che consentano, appunto, la loro verificabilità e comunicabilità verso l'esterno.

2. La qualificazione: cenni introduttivi

L'esigenza di pretendere il possesso di certe qualità dal contraente privato è avvertita dalla pubblica amministrazione come diritto di conoscere l'identità (in senso morale, organizzativo, tecnico e finanziario) del contraente medesimo e come dovere, nel quale si collocano i poteri di vigilanza, che incombono ad un soggetto, qual è la pubblica amministrazione, che spende denaro pubblico, per soddisfare esigenze pubbliche o di pubblica utilità.

Le qualità o requisiti che devono soddisfare le imprese accorrenti alle gare, le modalità di accertamento e di apprezzamento di quelle qualità e di quei requisiti, le condizioni per conservare qualità e requisiti costituiscono il sistema di qualificazione¹⁷.

In termini generali la qualificazione¹⁸ è un processo formale di valutazione finalizzato alla verifica in capo al soggetto valutato della sussistenza di determinati requisiti.

Il soggetto diviene qualificato allorché abbia superato una procedura idoneativa, la quale gli permette di raggiungere uno *status* che lo contraddistingue rispetto alla generalità dei consociati.

Da alcuni Autori la qualificazione è definita un processo formale nel duplice senso che:

- 1) si compie secondo regole predefinite;
- 2) muta di per sé la condizione del soggetto qualificato rispetto a quella che lo stesso possedeva in precedenza¹⁹.

¹⁷ M. ROTONDI, *Dall'A.N.C. ai nuovi sistemi di qualificazione delle imprese*, in R. VILLATA (a cura di), *L'Appalto di opere pubbliche*, Padova, 2001, p. 191.

¹⁸ Il termine qualificazione è corradicale di *qualifica*, in quanto entrambe le parole discendono dalla stessa base, il latino *quāle(m)*, che ha prodotto, in epoca medievale, il verbo *qualificāre* e il sostantivo *qualificatiōne(m)*, da *qualificātio -ōnis*. Da quest'ultimo si è formato, nel XVI secolo, il termine qualificazione.

¹⁹ Secondo R. DAMONTE – M. BERSI, *La qualificazione*, Nel Diritto Editore, Roma, 2013, «con riguardo a quest'ultima caratteristica, in particolare, la qualificazione permette l'esercizio di facoltà o poteri che prima non potevano essere esercitati». Gli Autori connettono, dunque, al processo di qualificazione la produzione di un vero e proprio «effetto costitutivo», riconducendola all'interno della categoria generale dell'ammissione o, alternativamente, dell'accertamento costitutivo. Nel primo caso si tratterebbe di un provvedimento discrezionale del qualificante nei confronti del qualificando, mentre nella seconda si configurerebbe quale atto dovuto del qualificante una volta verificata la sussistenza di presupposti predefiniti. Per un più compiuto tentativo di inquadramento giuridico dell'attestazione SOA si veda *infra*, Capitolo II.

Così, nelle procedure di evidenza pubblica²⁰, il superamento del processo qualificatorio consente l'accesso dell'impresa potenziale concorrente alla procedura di gara e rende idonea l'offerta dalla stessa presentata ad essere presa in considerazione dalla stazione appaltante.

L'operatore economico non qualificato non ha la capacità di presentare un'offerta, né di intraprendere un'attività negoziale con la stazione appaltante.

In via di prima approssimazione, dunque, possiamo definire la qualificazione come un processo, logicamente preliminare alla fase di evidenza pubblica, finalizzato a garantire che l'operatore economico, che si accinge ad intrattenere rapporti negoziali con la pubblica amministrazione – latamente intesa – abbia i sufficienti requisiti morali, tecnici ed economici per poter prendere parte alla procedura selettiva.

La funzione della qualificazione è, infatti, quella di assicurare in un determinato ambito giuridico – per quanto interessa, l'acquisizione mediante evidenza pubblica – che i soggetti siano sufficientemente preparati o capaci per svolgere a regola d'arte determinate attività o

²⁰ Cfr. P. SANTORO, *I contratti pubblici*, Rimini, 1995, p. 18, secondo il quale con detta terminologia si definiscono «i contratti della pubblica amministrazione per significare la preminenza della serie provvedimentale nella quale gli atti posti in essere soggiacciono alle regole proprie dell'azione amministrativa e costituiscono veri e propri atti amministrativi, rispetto ai quali gli aspiranti contraenti possono vantare solo posizioni di interesse legittimo».

prestazioni²¹, ponendo le “fondamenta” della successiva “costruzione” procedimentale acquisitiva²².

Occorre premettere che nel nostro ordinamento esistono diversi sistemi di qualificazione²³.

²¹ Questa attività di accertamento costituisce uno dei momenti fondamentali nella fase di scelta del contraente e corrisponde alla funzione di consentire il reperimento sul mercato del soggetto che, presumibilmente, sia in condizioni di meglio soddisfare l'interesse pubblico ed a quella di garantire il rispetto del principio di imparzialità e della *par condicio* tra gli operatori.

La verifica dell'affidabilità del privato contraente è infatti strumentale all'ottenimento, da parte del committente, di un corretto adempimento della prestazione ed è volta ad evitare che dell'esecuzione dei lavori vengano investiti soggetti improvvisati e di incerte capacità. Sul punto, A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1999, p. 222; A. GRAZIANO, *L'appaltatore di lavori pubblici*, Rimini, 1997; M.A. VENCHI, *Opere pubbliche*, in *Enc. dir.*, Milano, vol. I, p. 370.

Pare opportuno precisare che il processo qualificatorio, in generale, ancorché correlato alla fase prodromica alla stipula del contratto, richiede il possesso e la costanza dei requisiti previsti dalla legge per tutta la durata del rapporto giuridico intercorso con la pubblica amministrazione. Ciò vale tanto per i requisiti generali che per quelli speciali oggetto, per i lavori pubblici, dell'attestazione di qualificazione. Sul punto si veda *ex multis*, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4 e 20 luglio 2015, n. 8, in cui si afferma che «in materia di accertamento dei requisiti di ordine speciale per il conseguimento degli appalti di lavori pubblici, vige il principio secondo cui le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità. Tale principio, con particolare riguardo alle attestazioni SOA, risponde ad evidenti esigenze di certezza e di funzionalità del sistema di qualificazione obbligatoria, imperniato sul rilascio da parte degli organismi di attestazione di certificati che costituiscono condizione necessaria e sufficiente per l'idoneità ad eseguire contratti pubblici; pertanto, l'impresa che partecipa alla procedura selettiva deve dimostrare di possedere, dalla presentazione dell'offerta fino all'eventuale fase di esecuzione dell'appalto, la qualificazione tecnico-economica richiesta dal bando».

²² Sul punto si veda S. CACACE, *SOA: una riforma incompiuta*, www.giustizia-amministrativa.it, 2007; R. TITOMANLIO, *La qualificazione*, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici* a cura di A. CARULLO, A. CLARIZIA, Padova, 1994, pp. 226 e ss.

²³ Il presente lavoro si concentra sul sistema di qualificazione specifico degli appalti di lavori di importo superiore a 150.000 euro, così attualmente disciplinato dall' art. 100

Possono definirsi “fasi qualificatorie” i singoli segmenti procedurali di cui si compone il sistema di qualificazione. Le fasi possono essere a loro volta suddivise in “procedure”, finalizzate a verificare il possesso di singoli elementi della fase qualificatoria²⁴.

È possibile distinguere, altresì, i sistemi di qualificazione in semplici o “monofasici” e in complessi o “polifasici”.

In particolare, è monofasico il sistema di qualificazione dei lavori pubblici di valore fino a euro 150.000, così come quello per gli appalti di servizi e forniture, dal momento che viene rimesso esclusivamente alla gestione da parte della competente stazione appaltante.

del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, “Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici”, e dal relativo Allegato II.12, entrati in vigore il 1° luglio 2023.

Tali disposizioni hanno sostituito, lasciandone sostanzialmente invariata la disciplina, rispettivamente l’art. 84 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito “Codice”) e la Parte I, Titolo III, del d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 (di seguito “Regolamento”).

Esistono, tuttavia, altri sistemi di qualificazione comuni anche agli appalti di servizi e forniture, come quelli correlati alla verifica della sussistenza in sede di gara dei requisiti generali e speciali (*ex artt.* 94, 95 e 100 del d.lgs. n. 36/2023, già artt. 80 e 83 del Codice). Ci sono, poi, sistemi di qualificazione che si estendono agli affidamenti di incarichi di lavoro autonomo (si veda la disciplina dettata dagli artt. 26 e 27 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, recante «attuazione dell’art. 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro).

²⁴ Sono procedure, a titolo esemplificativo, ciascun insieme di operazioni di verifica relative: *a)* ad ognuno dei motivi di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d’appalto o concessione ai sensi degli artt. 94 e 95 del d.lgs. n. 36/2023 (art. 80 del Codice); *b)* ad ognuno dei requisiti di idoneità professionale, capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale di cui all’art. art. 100 del d.lgs n. 36/2023 (art. 83 del Codice); *c)* alla sussistenza, nel procedimento di rilascio dell’attestazione da parte della SOA, negli appalti di lavori, dei requisiti generali e speciali di cui all’art. 18 dell’Allegato II.12 (artt. 78 e 79 del Regolamento), nonché, per le classifiche superiori alla II, il possesso della certificazione di qualità aziendale rilasciata dagli enti accreditati.

Il sistema di qualificazione monofasico, quindi, si identifica con la sua unica fase che è di solito affidata alla competenza di un singolo ente (come detto, normalmente la stazione appaltante).

Il sistema di qualificazione per gli appalti di lavori affidabili ad operatori economici qualificati fino alla seconda classifica²⁵ è, invece, bifasico, dal momento che l'impresa in questione è tenuta a conseguire l'attestazione di qualificazione presso una società organismo di attestazione autorizzata – denominata SOA – e, successivamente, a superare la fase di qualificazione circa il mantenimento dei requisiti generali presso la stazione appaltante indicente. Allo stesso modo è bifasico il sistema di qualificazione nel caso in cui l'operatore economico partecipante alla procedura selettiva si sia iscritto a un elenco ufficiale di imprenditori, fornitori o prestatori di servizi, che veniva disciplinato dall'art. 90²⁶ del Codice.

²⁵ Fino, cioè, ad euro 258.000. In generale, come meglio si dirà in seguito, l'attuale sistema di qualificazione dei soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a euro 150.000 si fonda sulla distinzione tra categorie di lavori e classifiche, così come individuate specificatamente dall'art. 2 dell'Allegato II.12 (art. 61 del Regolamento).

²⁶ L'art. 90 del Codice, rubricato "*Elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e certificazioni*" disciplinava, all'interno delle disposizioni riferite ai criteri di selezione qualitativa, gli elenchi ufficiali degli operatori economici riconosciuti e le certificazioni, consentendo agli operatori economici di presentare alla stazione appaltante, per ogni appalto, un certificato d'iscrizione a un elenco ufficiale di imprenditori, fornitori o prestatori di servizi, ovvero un certificato rilasciato da un organismo di certificazione accreditato ai sensi del regolamento (CE) n. 765/2008, al fine di dimostrare il possesso dei requisiti che consentono l'iscrizione in tali elenchi o di ottenere il rilascio della certificazione, nonché la relativa classificazione.

L'ANAC, nell'atto di segnalazione n. 2 del 9 gennaio 2019, inviato al Governo sulla scorta dell'apposita competenza attribuita dall'art. 213, comma 3, lett. d), del Codice, ha formulato alcune osservazioni in merito a criticità riscontrate nel dettato della disposizione in oggetto.

L'Autorità, in particolare, in tale sede ha auspicato una riscrittura dell'art. 90 che potesse coordinare le previsioni in esso contenute con la disciplina del sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici. Viene osservato, infatti, che «la disposizione si colloca, da un lato, in linea di continuità con il precedente art. 45 del d.lgs. 12 aprile 2006, n.

Le fasi di un sistema di qualificazione bifasico, dunque, possono essere attribuite alla competenza di enti diversi (come avviene nella prima fattispecie sopra richiamata) oppure di un solo ente (come avviene nella seconda).

È trifasico, invece, il sistema di qualificazione per gli appalti di lavori che richiedono il possesso di un'attestazione di qualificazione superiore alla seconda classifica d'importo in quanto, oltre al procedimento presso la SOA e alla qualificazione presso la stazione appaltante indicente, è

163, rubricato “*Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici*”, che prevedeva la facoltà di istituire elenchi ufficiali di fornitori o prestatori di servizi, comunemente denominati albi, quale strumento di semplificazione procedurale a vantaggio dei soggetti che operano nel mercato delle forniture e dei servizi. Per altro verso, tuttavia, l'art. 90 si distanzia dalla formulazione dell'art. 45 soprattutto per quanto attiene al profilo dell'ambito soggettivo. Il testo dell'art. 90, infatti, fa riferimento a “*elenchi ufficiali di imprenditori, fornitori o prestatori di servizi*” (comma 1) mentre il menzionato art. 45 riguardava solo “*elenchi ufficiali di prestatori di servizi o fornitori*”; dunque l'art. 90 risulta applicabile ad ogni tipologia di appalto pubblico, quindi anche agli esecutori di lavori pubblici, sovrapponendosi al sistema di certificazione SOA. Sotto questo profilo, si rilevano problemi di coordinamento con la disciplina di cui all'art. 84 del Codice, rubricato “*Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici*”; l'attestazione SOA per gli appalti di lavori pari o superiori a euro 150.000 è, infatti, requisito necessario e sufficiente per l'esecuzione dei lavori, mentre gli elenchi ufficiali di cui all'art. 90 sono concepiti come strumenti facoltativi di sola semplificazione probatoria».

Il nuovo dettato della disposizione è da ricondursi al recepimento da parte del legislatore nazionale dell'art. 64 della Direttiva 2014/24/UE, rubricato “*Elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e certificazione da parte di organismi di diritto pubblico o privato*”, il cui terzo paragrafo recita: «Gli operatori economici iscritti in elenchi ufficiali o aventi un certificato possono, in occasione di ogni appalto, presentare alle amministrazioni aggiudicatrici un certificato di iscrizione rilasciato dalla competente autorità, o il certificato rilasciato dall'organismo di certificazione competente. Tali certificati indicano le referenze che consentono agli operatori economici l'iscrizione nell'elenco ufficiale o di ottenere la certificazione nonché la relativa classificazione». In conclusione, il recepimento della direttiva nell'ordinamento nazionale non è stato, di fatto, preceduto da «una ponderata valutazione delle peculiarità del sistema italiano di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici».

necessario il previo conseguimento della certificazione di qualità aziendale rilasciata da un ente certificatore.

Nei sistemi di qualificazione plurifasici le singole fasi si compenetrano l'una con l'altra e vengono a costituire una sorta di catena di procedimenti o subprocedimenti susseguentisi, tutti aventi l'obiettivo finale di garantire alla pubblica amministrazione l'affidabilità del soggetto da quest'ultima prescelto per l'esecuzione di una prestazione.

In conclusione, le fasi del processo qualificatorio si distinguono in base al soggetto che le realizza: la pubblica amministrazione che gestisce il procedimento concorsuale (artt. 94 e 95 d.lgs. n. 36/2023, già art. 80 del Codice; art. 26 del d.lgs. n. 81/2008) oppure enti terzi (art. 100 d.lgs. n. 36/2023, già art. 84 del Codice, e art. 27 del d.lgs. n. 81/2008).

Infine, mentre un sistema di qualificazione è sempre obbligatorio nell'evidenza pubblica, alcune fasi di cui esso si compone possono essere obbligatorie (come l'attestazione di qualificazione per gli appalti di lavori pubblici di importo superiore a euro 150.000) oppure discrezionali (come per i sistemi di qualità della serie ISO per l'attestazione di qualificazione fino alla seconda classifica d'importo)²⁷ oppure alternativi rispetto ad altri sistemi (come gli elenchi *ex art.* 50 del d.lgs n. 36/2023, già 36 del Codice, sui contratti sotto soglia di rilevanza comunitaria)²⁸.

²⁷ La natura pubblica o meno del soggetto che è incaricato della fase qualificatoria e il carattere obbligatorio o meno della stessa in relazione al sistema di qualificazione di cui trattasi sono elementi che convivono in relazione a ciascun processo qualificatorio e che lo connotano con precisione.

²⁸ L'ANAC, al *punto 5.1.6* e seguenti delle Linee Guida n. 4, di attuazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti "*Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*", ha offerto indicazioni di dettaglio relative agli elenchi da cui le stazioni appaltanti possono selezionare gli operatori economici da invitare alle gare di importo inferiore alle soglie stabilite dall'art. 35 del Codice. Le linee guida sono state trasposte nell'Allegato II.1 al d.lgs. n. 36/2023.

Sarebbe, pertanto, più opportuno parlare di processi di qualificazione al plurale, piuttosto che di qualificazione *tout court*, come se ci si accingesse ad affrontare un istituto giuridico unitario²⁹.

Dai vari procedimenti qualificatori derivano anche atti giuridici diversi³⁰. Se, nell'ambito dei lavori pubblici superiori a euro 150.000, l'atto positivo assume il nome di "attestazione"³¹, nella verifica della sussistenza del sistema di qualità aziendale l'atto positivo è invece il "certificato", mentre l'esito positivo degli accertamenti effettuati in merito ai requisiti di cui all'art. 80 è il conferimento di efficacia all'aggiudicazione (art. 17, comma 5 del d.lgs. n. 36/2023, già art. 32, comma 7 del Codice)³².

In definitiva, con il termine qualificazione si può intendere al contempo:

- un processo;
- un plesso di norme che disciplina il processo³³;
- una procedura idoneativa, dispensabile o meno, per lo svolgimento dell'attività contrattuale della stazione appaltante.

²⁹ Cfr. R. DAMONTE – M. BERSI, *op. cit.*, i quali distinguono anche la posizione giuridica soggettiva in capo all'operatore qualificando, in relazione alla tipologia di fase del sistema di qualificazione. Così, detta posizione si configurerebbe come diritto soggettivo nell'ambito del procedimento di certificazione di qualità aziendale e come interesse legittimo nell'ambito della partecipazione ad una procedura acquisitiva indetta da una stazione appaltante e pure rispetto al conseguimento dell'attestazione di qualificazione da parte della SOA.

³⁰ In ogni caso, infatti, il processo di qualificazione deve concludersi con un atto espresso.

³¹ L'art. 3, comma 1, lett. II) del Regolamento (abrogato dal Codice), definiva l'attestazione come il "documento che, nell'ambito della parte II, titolo III, dimostra il possesso dei requisiti di cui all'articolo 40, comma 3, lettere a) e b) del d.lgs. n. 63/2006".

³² Sul punto si veda A.P. MAZZUCCATO – G. PENZO DORIA, *L'attestazione di intervenuta efficacia dell'aggiudicazione definitiva negli appalti pubblici*, in www.filodiritto.com, i quali ritenevano preferibile che l'attestazione di efficacia fosse apposta in calce all'atto di aggiudicazione definitiva con contestuale annotazione nel registro di protocollo.

³³ Ci si riferisce sia ai plessi normativi, in parte di stampo pubblicistico e recettivo di norme transnazionali e in parte di carattere pattizio, sia ai processi sottostanti che sono assimilabili o a procedimenti amministrativi oppure a procedimenti "civilistici".

In ogni caso la qualificazione dà luogo a un sistema, o un suo sottoinsieme, volto a garantire ai contraenti pubblici un elevato grado di affidabilità sotto il profilo morale e/o tecnico e/o economico degli operatori economici qualificati.

Dopo aver delineato i principali elementi caratterizzanti i sistemi di qualificazione, come anticipato, ci si concentrerà sul sistema di qualificazione specifico degli appalti di lavori di importo superiore a euro 150.000.

2.1. Qualità, qualificazione, lavori pubblici

Il tema della qualificazione dei soggetti esecutori dei lavori pubblici è di estrema importanza e delicatezza in termini di politica legislativa, giacché attraverso la definizione dei requisiti che devono possedere tali soggetti e delle regole con le quali viene accertata e certificata la sussistenza degli stessi si incide in maniera profonda sull'assetto del mercato e sulla struttura stessa del tessuto imprenditoriale³⁴.

Per comprendere il meccanismo di qualificazione negli appalti di lavori appare utile precisare che, in attuazione dell'art. 97 della Costituzione, l'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici³⁵ deve garantirne la qualità³⁶.

³⁴ A. BARGONE, *Le innovazioni normative in tema di qualificazione in Manuale del diritto dei lavori pubblici*, a cura di A. BARGONE – P. STELLA RICHTER, 2001;

³⁵ Sulle caratteristiche dell'industria delle costruzioni (che la differenziano in modo netto sia dalla produzione artigianale e industriale in senso stretto, sia dal settore dei servizi) e sul loro impatto sul concetto di qualità dei lavori si veda il *report* della Commissione Europea sulla competitività del settore delle costruzioni “*The competitiveness of the Construction Industry*”, 1997 in www.aei.pitt.edu.

³⁶ Nel parere n. 203 del 29 novembre 1999, reso dalla sezione consultiva del Consiglio di Stato, si precisa che la *ratio* del sistema di qualificazione è quella di sospingere le

La qualità, quale obiettivo dell'intera procedura acquisitiva, è espressamente menzionata all'art. 30, comma 1, del Codice³⁷, "*Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*", laddove si afferma che "*l'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori [...] garantisce la qualità delle prestazioni*".

Il richiamo alla qualità era, inoltre, contenuto all'art. 40, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006³⁸, dove si precisava che i soggetti esecutori a qualsiasi

imprese italiane a operare secondo sistemi di qualità sempre più innovativi, in modo da poter sostenere il confronto con le imprese di Paesi sicuramente più avanzati del nostro. Per una riflessione sul legame esistente tra il concetto di qualità e il settore dei lavori si veda Studio Cresme, 2020, *Studio sulla qualificazione delle imprese operanti nel mercato degli appalti pubblici e sulla qualità nelle costruzioni*, in www.cqop.it, pp. 2 e ss.: «qualità dei manufatti e qualità delle costruzioni si sono intrecciate nella storia, e si può dire che le costruzioni sono state all'origine del concetto di qualità e della sua definizione. A partire dalla rivoluzione industriale, la teoria della qualità si è focalizzata sempre di più sulla produzione industriale, allentando il collegamento con un settore così peculiare come quello dell'edilizia».

³⁷ Nel d.lgs. n. 36/2023 vigente, il riferimento al principio della qualità della prestazione è enucleato agli artt. 1 e 7. La disposizione di cui all'art. 30 citata riproduce il dettato dell'art. 2, comma 1, del previgente d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 1, comma 1, della legge n. 109/1994. In quest'ultimo articolo risultavano già enunciati, in rapporto stretto con i principi scolpiti dall'art. 1 della *Grundnorm*, i principi ai quali deve sottostare l'attività amministrativa in materia di lavori pubblici (garantire la qualità, in base a criteri di efficienza ed efficacia, secondo procedure di tempestività, trasparenza e correttezza nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori). Le norme in esame costituiscono un esplicito riconoscimento normativo della "cultura della qualità", emersa nel mondo delle imprese a partire dagli anni Ottanta, volta alla razionalizzazione ed all'ottimizzazione delle attività produttive.

³⁸ Come già all'art. 8, comma 1, della legge n. 109/1994. La formulazione non si trova esplicitata nel Codice e nel successivo d.lgs. n. 36/2023. Tuttavia, si ritiene che la centralità del concetto di qualità negli appalti di lavori sia più che mai attuale e permeante l'intera architettura della disciplina codicistica.

titolo³⁹ di lavori pubblici devono improntare la loro attività ai principi della qualità⁴⁰, della professionalità e della correttezza⁴¹.

³⁹ La precisazione «a qualsiasi titolo» è considerata da taluno di portata pleonastica, così M. CORSINI – D. BARBATO in AA.VV., *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla «Merloni ter»*, a cura di L. GIAMPAOLINO, M. A. SANDULLI, G. STANCANELLI, Milano, 1999, pp. 110 e ss. Come rilevano C. GUCCIONE – D. GALLI, *Il nuovo sistema di qualificazione nei lavori pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, Ipsoa, n. 1/2000, la formulazione «soggetti esecutori a qualsiasi titolo» ha sostituito (in seguito alle modifiche apportate dalla legge n. 415/1998 all'art. 8 della legge n. 109/1994) la precedente che prevedeva «...l'istituzione di un sistema di qualificazione per chi esegue, in qualità di appaltatore, concessionario o subappaltatore, lavori pubblici...»; secondo gli Autori l'attuale formulazione della norma può valere a superare i possibili dubbi che la precedente avrebbe forse potuto ingenerare: se, cioè, fossero ipotizzabili, in luogo di un unico sistema qualificatorio relativo a tutti i soggetti chiamati a concorrere alla realizzazione di un'opera pubblica, tre distinti sistemi per ciascuna tipologia dei soggetti esecutori indicati dalla norma.

In passato si faceva riferimento genericamente a tutti i «soggetti operanti in materia di lavori pubblici» in tal modo si richiedeva la sottoposizione del sistema di qualificazione basato sulla qualità anche alle imprese non esecutrici di lavori pubblici. Sul punto si veda A. CRISAFULLI, *Il nuovo sistema di qualificazione dopo la «Merloni-ter»*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 4/1999, pp. 353 e ss., secondo cui «tale restrizione, [...] lungi dal costituire un mero adattamento lessicale, è sintomo della volontà del legislatore di circoscrivere (realisticamente) la portata delle innovazioni in tema di qualificazione ai soli soggetti direttamente coinvolti nell'esecuzione dei lavori, con l'esclusione di altri soggetti impegnati a diverso titolo nel processo del costruire (come ad esempio i produttori di laterizi o di altro materiale edile, al pari dei professionisti responsabili della progettazione)».

Dato il fine che ispira tutta la normativa in materia di qualificazione, cioè garantire la qualità delle opere pubbliche e, contemporaneamente, far crescere e rafforzare l'imprenditoria nel settore, rientrano nell'operatività della norma anche i soggetti che eseguono lavori pubblici in virtù di un contratto di subappalto stipulato con il soggetto aggiudicatario dell'appalto.

⁴⁰ Il tema della qualità è assolutamente centrale nella riforma dei lavori pubblici. Né nel dettato della legge quadro n. 109/1994 né in quello del d.lgs. n. 163/2006 si rinveniva, né oggi si ritrova nel codice o in altre norme di settore, una definizione di tale concetto. La «qualità» non è però un concetto di natura astratta e vaga, al contrario è un *modus agendi* che deve essere sostanziato e sostenuto da prescrizioni concrete. Non a caso i teorici della qualità hanno spesso sintetizzato l'essenza della «total quality», all'apparenza così sfuggente, in tre semplici e concretissime prescrizioni: «descrivi ciò che farai, fai ciò che hai descritto, dimostra di averlo fatto». Il concetto di qualità e di

Quindi mentre l'articolo 30, comma 1 del vigente Codice, si rivolge preminentemente ai criteri informatori dell'attività amministrativa nel settore (pubblica amministrazione, nella veste di committente), il comma 1 dell'art. 40, del precedente d.lgs. n. 163/2006, si preoccupava di precisare i criteri informatori dell'attività dei soggetti esecutori di lavori pubblici (le imprese).

In tale prospettiva il punto di convergenza è in ogni caso rappresentato dalla qualità a cui devono tendere sia la pubblica amministrazione sia

sistema di qualità accolto dalla normativa europea UNI EN è precisa espressione di quanto sopra riportato. Sulla certificazione di qualità, si veda *infra*, Capitolo II.

⁴¹R. DAMONTE, «*Al via*» il nuovo sistema di qualificazione, in *Urbanistica e Appalti*, n. 5/2000, pp. 478 e ss. rileva che «la professionalità costituisce il parametro fondamentale che deve caratterizzare la prestazione di qualsiasi debitore per l'adempimento delle obbligazioni contratte nell'esercizio di un'attività professionale. Tali obbligazioni possono scaturire sia da fonte contrattuale ma anche derivare *ex lege* o sorgere, ancora, come corollario imprescindibile del contenuto contrattuale (mi riferisco al disposto dell'art. 1375 c.c. nella sua collocazione sistematica, dal punto di vista numerico immediatamente successiva all'art. 1374 c.c. sull'integrazione del contratto, ed ecco quindi, spuntare l'altra clausola generale citata dal legislatore all'art. 8: la correttezza). Ebbene, il debitore dovrà adempiere alle proprie obbligazioni con una diligenza proporzionata alla natura dell'attività esercitata (secondo comma art. 1176 c.c.). Tali disposizioni esigono, infatti, una diligenza qualificata nell'esercizio dell'attività professionale, rispetto a quella generale, c.d. «del buon padre di famiglia», richiesta per l'adempimento di una qualsiasi obbligazione non assunta nell'esercizio di una professione. Il contenuto di questa clausola costituisce ovviamente anche elemento di verifica del corretto adempimento della prestazione. Per quanto concerne invece la clausola generale della correttezza, si deve porre l'attenzione sulla clausola contenuta all'art. 1175 c.c., in base alla quale il debitore e, questa volta, pure il creditore, devono comportarsi appunto secondo correttezza ovvero sia devono informare il loro comportamento a criteri di reciproca collaborazione e solidarietà da cui derivano ulteriori corollari, come ad esempio il dovere di informare la controparte su tutti gli elementi dell'obbligazione che potrebbero cagionare danno all'altra. E ciò sia nell'adempimento delle obbligazioni di natura extracontrattuale che per quelle di origine contrattuale (art. 1375 c.c.). Infine, è possibile richiamare, altresì, il dettato dell'art. 1337 c.c. secondo il quale le parti durante le trattative devono comportarsi secondo buona fede, nonché quello dell'art. 1338 c.c. che costituisce applicazione concreta del più generale menzionato dovere di informazione».

l'impresa, in ossequio al richiamato principio costituzionale di buon andamento sancito dall'art. 97 Cost.⁴².

3. Le origini del sistema di qualificazione negli appalti di lavori

Il sistema di qualificazione nei lavori pubblici si è connotato, nella storia della legislazione, diversamente a seconda che si considerino:

- a) la originaria modesta presenza della pubblica amministrazione nel mercato dei lavori pubblici;
- b) il successivo affermarsi (e consolidarsi) in detto mercato della pubblica amministrazione (indipendentemente dal verificarsi di fatti eccezionali che ne rendevano necessaria e plausibile la presenza);
- c) l'evoluzione del sistema delle imprese sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo;
- d) le modificazioni che hanno riguardato l'organizzazione della pubblica amministrazione e la costituzionalizzazione dei valori di buon andamento e di imparzialità;
- e) la valorizzazione del principio di libera concorrenza proposto dalle discipline unionali⁴³.

⁴² R. DAMONTE – M. BERSI, *op. cit.*; A. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, osservano che «il legislatore, con un occhio rivolto al passato – e, purtroppo, al presente – ha ritenuto opportuno ribadire che l'attività in materia di opere pubbliche deve essere finalizzata alla realizzazione di un prodotto – l'opera pubblica – che sia il migliore possibile. L'insistenza del legislatore sul punto sembra essere segno di una volontà di superare le mere petizioni di principio, così che è da ritenersi che il combinato disposto tra l'art. 1, comma 1 e l'art. 8, comma 1 (*della legge n. 109/1994*), potrà assurgere a parametro di riferimento in materia di opere pubbliche».

⁴³ M. ROTONDI, *op. cit.*, osserva che «il sistema di qualificazione non è fine a sé stesso. Esso è funzionale alla scelta consapevole del contraente affidabile. Sicché il sistema di qualificazione è premessa e conseguenza, al tempo stesso, del bando di gara. Il bando non deve ignorare il sistema di qualificazione, che diventa credibile, ed esprime efficacia

Non è di poco momento il fatto che la materia degli appalti pubblici è contrassegnata dal predominio dei concetti di “fiducia” e “affidamento”, di etimo comune. Nell’attività preordinata all’affidamento di un lavoro si impone con forza la necessità che il contraente con l’amministrazione sia dotato di qualità tali da assicurare l’interesse pubblico al buon fine dei contratti con lo Stato, che sia quindi soggetto su cui si possa porre un ragionevole grado di fiducia⁴⁴.

Le modalità di apprezzamento delle qualità delle imprese sono evolute negli anni. Seppur, infatti, l’esigenza di fissare regole per garantire l’affidabilità degli appaltatori nell’ambito dei lavori pubblici sia risalente, nel tempo tali regole sono fortemente mutate⁴⁵.

Gli arbori del sistema di qualificazione sono rinvenibili nella legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. F.

La legge non richiedeva idoneità specifiche agli appaltatori, ma l’art. 334, a proposito della cessione del contratto, stabiliva che l’amministrazione avesse diritto di rifiutarla ogni qual volta il nuovo potenziale appaltatore

nel bando. In definitiva nel sistema di qualificazione si ritrovano strumenti per realizzare la concorrenza tra eguali».

⁴⁴ R. BARBERIO, *La natura giuridica degli atti delle SOA*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9/2005, p. 997.

⁴⁵ La difficoltà di scegliere un contraente affidabile che garantisca la corretta esecuzione della prestazione si è evidenziata nel tempo, in relazione alla complessità della valutazione a tal fine necessaria. Se nei contratti attivi è, tendenzialmente, sufficiente verificare la solvibilità della controparte, nei contratti passivi l’accertamento delle qualità degli aspiranti contraenti risulta più articolato soprattutto quando la prestazione comporta lo svolgimento di un’attività di impresa. Sul punto, si veda G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, la quale osserva anche che «le carenze del riscontro di “capacità” degli aspiranti contraenti della pubblica amministrazione spesso hanno determinato la “litigiosità” ed il contenzioso relativo alla successiva fase di esecuzione del contratto».

non avesse dimostrato di possedere “*i requisiti che lo avrebbero fatto ammettere all’asta per la medesima impresa*”.

Le condizioni di ammissione all’asta venivano successivamente precisate nell’art. 2 del Capitolato generale degli appalti delle opere dipendenti dal Ministero dei lavori pubblici, approvato con d.m. 28 maggio 1895⁴⁶.

Nelle disposizioni richiamate si ritrova, *in nuce*, l’impianto del sistema di qualificazione del secolo successivo.

I concorrenti dovevano presentare l’attestato penale e il certificato di moralità (di data non anteriore di quattro mesi), ed un certificato di buona esecuzione (le cui modalità di redazione e contenuti venivano puntualmente descritti), sul quale si costruiva la nozione di “precedente esperienza”⁴⁷.

La presentazione degli indicati documenti avveniva asta per asta; non era prevista, cioè, la conservazione dei titoli di partecipazione e, pertanto, non era consentita l’utilizzazione al di là della gara che ne aveva imposto la produzione.

Anche con l’art. 67 del r.d. 23 maggio 1924 n. 827, *Regolamento per l’esecuzione della legge sull’amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*, la possibilità per un’impresa di essere selezionata per l’esecuzione di lavori pubblici veniva condizionata alla

⁴⁶ A. GRAZIANO, *op. cit.*, p. 43 precisa che gli artt. 2, 3 e 4 del Capitolato generale del Ministero dei lavori pubblici fissavano le condizioni di ammissibilità alle gare.

⁴⁷ Si trattava di un certificato di idoneità tecnica derivante dall’esecuzione o dalla direzione di lavori di natura analoga. Altra dichiarazione – di aver preso conoscenza dei luoghi e delle condizioni di approvvigionamento – non serviva a costruire il sistema di qualificazione ma ad inverare la consapevolezza dell’offerta.

previa dimostrazione delle proprie capacità operative⁴⁸ a mezzo di apposita certificazione.

Il contraente, in particolare, era obbligato a produrre un attestato⁴⁹, rilasciato dal prefetto, dal quale risultasse che lo stesso aveva *“dato prove di perizia e di sufficiente pratica nell'esecuzione, o nella direzione di altri consimili contratti di appalto”*.

Più in generale, si prevedeva un rinvio ai capitoli d'oneri per quanto concerneva la *“natura e l'importanza delle guarentigie che i concorrenti devono produrre per essere ammessi agli incanti”*⁵⁰, cui si aggiungevano le cauzioni e le clausole penali a carico del solo aggiudicatario⁵¹.

L'art. 68 del medesimo regolamento prevedeva, poi, l'esclusione dal fare offerte per quanti si fossero resi colpevoli di negligenze o malafede ed assegnava all'amministrazione insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente, senza possibilità per l'escluso di reclamare qualsivoglia indennità o di rendere note le ragioni dell'esclusione.

⁴⁸ Il requisito di capacità tecnica era da intendersi col significato di capacità imprenditoriale in senso pieno. Il requisito di idoneità morale, invece, veniva provato mediante esibizione del certificato penale.

⁴⁹ Di data non anteriore a sei mesi rispetto a quella fissata per l'asta, rilasciato dal prefetto sentito l'ufficio del genio civile o l'ufficio tecnico di finanza.

⁵⁰ Art. 50, comma III, del r.d. 4 maggio 1885, n. 3074, e art. 45, comma III, r.d. 23 maggio 1924, n. 827: nei *“capitoli d'oneri sono determinate la natura e l'importanza delle garanzie che i concorrenti devono produrre per essere ammessi agli incanti, o per assicurare l'adempimento dei loro impegni; come pure le clausole penali e l'azione che l'amministrazione può esercitare sopra le cauzioni nel caso d'inadempimento ai detti impegni, nonché il luogo in cui l'aggiudicatario, il suo fideiussore o l'approbatore, garante del fideiussore, devono eleggere il domicilio legale”*.

⁵¹ Art. 54, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, cit., in particolare il comma III affermava che: *“è pure fatta facoltà all'amministrazione di prescindere in casi speciali dal richiedere una cauzione per le forniture o lavori da eseguirsi da persone o ditte, sia nazionali che estere, di notoria solidità, e per le provviste di cui ai numeri 2 e 3 dell'art. 38”*.

Il potere di escludere dalla partecipazione alle gare pubbliche imprese ritenute inaffidabili ha costituito la risposta della disciplina più risalente⁵²: si riteneva che un potere di esclusione volto a sanzionare la negligenza o malafede del concorrente nell'adempimento di precedenti contratti costituisse adeguato deterrente contro gli inadempimenti. L'ampiezza di tale potere può rilevarsi nella citata disposizione che escludeva una specifica motivazione dell'atto di esclusione⁵³, dal momento che «l'amministrazione ha piena ed insindacabile facoltà di escludere⁵⁴ dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso possa reclamare

⁵² Art. 79, comma 1, del r.d. 4 maggio 1885, n. 3074: *“sono escluse dal fare offerte, per tutti i contratti, le persone che nell'eseguire altre imprese si sieno rese colpevoli di negligenza o di malafede, tanto verso il Governo quanto verso i privati»*; r.d. 8 novembre 1923, n. 2440, *Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*: *«Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale, la quale ne dà comunicazione alle altre amministrazioni»* e l'art. 68, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, cit.: *“sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si sieno rese colpevoli di negligenza o malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale da comunicarsi al ministero delle finanze (ragioneria generale), a cura del quale ne viene data notizia alle altre amministrazioni. Analogamente si provvede per le eventuali riammissioni. Fermo il disposto del precedente comma, l'amministrazione ha piena ed insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso possa reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni dell'esclusione”*.

⁵³ C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1950, vol. II, p. 319, ricorda che con la comunicazione dei provvedimenti di esclusione si formava «il libro nero degli esclusi dall'asta» e tale esclusione, sebbene non pubblicata, non restava segreta e poteva avere gravi ripercussioni morali ed economiche sulla persona o sulla ditta colpita, bollandola col marchio di infida contraente. La prevista insindacabilità del provvedimento è stata superata con l'introduzione dell'art. 113 Cost.

⁵⁴ Tale “insindacabile” potere amministrativo non si differenziava al tempo dalla “libera” facoltà di recesso dalle trattative – stante la considerazione della giuridica irrilevanza delle stesse – o, ancor prima, dalla facoltà di non avviarle.

indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni dell'esclusione»⁵⁵.

Un simile potere⁵⁶ avrebbe dovuto consentire una rigorosa selezione dei concorrenti e l'aggiudicazione degli appalti pubblici solamente a imprese solide e capaci⁵⁷; al contrario, il suo esercizio talora arbitrario e discriminatorio ha determinato risultati opposti, lasciando le imprese in

⁵⁵ Art. 68, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, cit.. Cfr. C. PERTOCCHI, *La politica dei lavori pubblici*, Roma, s.d., p. 297, ove si riproduce lo scritto *Riforme e controriforme in materia di lavori pubblici*, in *Acque e trasporti*, 1925, ove all'affermazione che con il potere di esclusione l'amministrazione aveva modo di assicurarsi dei buoni concorrenti si obietta che «altro è libertà di invitare e altro è libertà di escludere. Se a una gara si presentano solo imprese mediocri e cattive, l'Amministrazione per quanto voglia essere severa, escluderà le cattive, ma dovrà accontentarsi delle mediocri, altrimenti la gara andrà deserta. A una gara privata, invece, l'Amministrazione invita sempre imprese ottime, e queste sapendo di essere in buona compagnia, si presentano molto più facilmente a concorrere che non si presentino alle aste, dove temono di dover sottostare alla concorrenza irragionevole delle imprese poco serie o di essere vittime di quel nugolo di ricattatori forniti di buoni certificati d'ammissione ma di nessuna voglia di lavorare, da cui l'Amministrazione non riuscirà mai a liberare le gare pubbliche, perché di queste le sfuggono le manovre segrete».

⁵⁶ Secondo G.M. RACCA, *op. cit.*, dubbia è stata la questione della sopravvivenza di detta facoltà fino all'entrata in vigore della legge n. 109/1994, dal momento che le norme attributive dell'indicato "potere di esclusione" non sono state espressamente abrogate e talora venivano richiamate da norme vigenti (Cfr. legge 10 febbraio 1962, n. 57, art. 3, comma 3: "l'iscrizione all'albo, tuttavia non preclude all'amministrazione l'esercizio della facoltà di esclusione da ogni gara di cui all'articolo 68, secondo comma, del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827" e il successivo art. 11 del d.lgs. n. 358/1992 che prevede specifici casi di esclusione dalla partecipazione alle gare: "indipendentemente da quanto previsto dall'articolo 3, ultimo comma, del r.d. n. 2440/1923, e dall'articolo 68 del relativo regolamento di esecuzione, approvato con r.d. n. 827/194", a tale norma rinvia altresì l'art. 12 del d. lgs. 17 marzo 1995, n. 157, *Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi*, anche successivamente alla modifica apportata dall'art. 10 del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 65). Tuttavia, la giurisprudenza ha ritenuto le norme attributive del potere di esclusione tacitamente abrogate o comunque inapplicabili.

⁵⁷ M. GALLO, voce *Contratto di diritto privato degli Enti pubblici*, in *Novissimo Dig.*, vol. IV, Torino, 1959, p. 636, precisa che si tratta di insindacabilità nel merito dell'esclusione, mentre il Consiglio di Stato poteva sindacarne la legittimità anche sotto il profilo dell'eccesso di potere.

balia degli amministratori pubblici e consentendo da un lato l'esclusione di imprese capaci per il solo fatto di aver preteso un pagamento dovuto, dall'altro l'ammissione di imprese inaffidabili⁵⁸.

Le indicate norme, dunque, si sono dimostrate inadeguate rispetto all'obiettivo di salvaguardare la parte pubblica dall'inadempimento e dall'incapacità della controparte, permettendo l'aggiudicazione a soggetti inesperti o di "*mediocre fede*", che con forti ribassi si aggiudicavano il contratto senza poi essere in grado di eseguirlo correttamente, determinando ritardi, contenzioso e maggiori spese per la pubblica amministrazione⁵⁹.

Proprio queste difficoltà hanno determinato il crescente sfavore per l'asta pubblica come metodo oggettivo di aggiudicazione al miglior offerente, per le incertezze sull'affidabilità della controparte così individuata. Gli

⁵⁸ Difficoltà segnalate da A. CUNEO, *Appalti di opere pubbliche*, II ed., Milano, 1924, pp. 102 e ss., il quale rileva che l'indeterminatezza del potere di esclusione ne determinava l'"insindacabilità" con la conseguenza di favorire l'"illecito" legame fra amministratori pubblici e imprese, volto all'attribuzione di vantaggi non dovuti dal momento che la facoltà di individuare caso per caso i soggetti da escludere dalle gare senza esplicitarne le ragioni non garantiva la parità di trattamento fra i concorrenti.

Negli stessi termini anche A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *op. cit.*, i quali osservano che «tale sistema non era però scevro da inconvenienti sia perché non impediva che gli appalti venissero affidati ad imprenditori improvvisati o incapaci, sia perché diversi erano i criteri e, spesso, contraddittori i risultati conseguiti in questo giudizio dalle varie amministrazioni, sia per la mancanza di adeguate garanzie in una materia che così gravemente tocca gli interessi tanto della p.a. quanto degli imprenditori».

⁵⁹ Cfr. G.M. RACCA, *op. cit.*, p. 216, la quale offre una precisa ricostruzione della problematica, la cui soluzione era stata individuata dapprima «nella rinuncia alle offerte troppo basse, considerando il "ribasso eccessivo" come sintomo dell'inaffidabilità di chi lo propone, nella convinzione che il solo fatto di garantire all'aggiudicatario un corrispettivo leggermente superiore potesse assicurare l'adempimento corretto. La rinuncia all'offerta migliore a favore di quella che più si avvicina(va) al prezzo ritenuto "equo" per la prestazione rende(va) aleatoria l'aggiudicazione, con l'effetto di impedire alle imprese più capaci di svilupparsi, e al tempo stesso favoriva le collusioni fra imprenditori e pubblici amministratori a conoscenza del "segreto prezzo equo"».

inadempimenti degli appaltatori per tali cause hanno creato un diffuso consenso al superamento dell'aggiudicazione mediante pubblici incanti ed hanno aperto ai metodi di scelta della controparte fra soggetti già noti all'amministrazione (licitazione e trattativa privata)⁶⁰.

Un'interpretazione meramente letterale delle norme di selezione del contraente come disciplina posta nell'interesse della parte pubblica ha permesso di trascurare la *ratio* originaria delle disposizioni sui pubblici incanti, poste a garanzia della "moralità" (principio istituzionale) della pubblica amministrazione, che deve essere assicurata attraverso l'aggiudicazione imparziale dei contratti⁶¹.

L'incapacità di individuare precisi requisiti soggettivi da richiedere ai concorrenti ha indotto le singole amministrazioni a formare elenchi di

⁶⁰ C. PERTOCCHI, *op. cit.*, p. 262, ove si riporta un brano della *Relazione statistica sui contratti d'appalto*, del Ministero dei Lavori pubblici nel 1914, ove a fronte di dati che facevano emergere la notevole prevalenza dell'affidamento di contratti a mezzo di trattativa privata si rileva che: «la pubblica gara spesso non assicura all'Amministrazione né il miglior contraente, né il prezzo più vantaggioso. Non il miglior contraente perché molte buone imprese fuggono dalle aste, ove dovrebbero subire contatti non desiderati e sottostare ad una concorrenza spesso irragionevole, e perché la scelta dei concorrenti, per quanto ispirata a criteri rigorosi, non può essere fatta dall'Amministrazione che in senso negativo e relativo, escludendo cioè le imprese sfavorevolmente note e accettando quelle anche poco conosciute o poco sicure, quando non se ne presentino delle migliori. Non il prezzo più vantaggioso, perché in molte province le imprese hanno tendenza a coalizzarsi e sanno regolare i pubblici incanti in modo da eliminare la concorrenza, mentre in altre province la concorrenza si esplica così sfrenatamente da indurre gl'impresari ad offerte eccessive con danno loro e grave pericolo per la buona esecuzione delle opere».

⁶¹ Cfr. R. LUCIFREDI, *Per la moralizzazione dei pubblici appalti*, in *Nuova Rass. Legisl.*, 1946, p. 193, il quale osserva che l'asta pubblica, metodo preferenziale per il legislatore di metà Ottocento, veniva, quindi, col tempo utilizzata sempre più raramente. Sul punto si veda anche C. VITTA, *Diritto amministrativo, cit.*, secondo cui «se l'incanto od aggiudicazione all'asta si fonda sul principio di stimolare la libera concorrenza, nella convinzione che l'erario ne otterrà le migliori condizioni», si diffonde la convinzione che «esso impedisce che la capacità, onestà e solvibilità del privato contraente siano completamente vagliate dal prudentiale apprezzamento discrezionale della a.p., in guisa che è discutibile se i pregi superino gli svantaggi del sistema».

imprese di fiducia⁶² (i cosiddetti “elenchi provvisori”⁶³) che avessero già dimostrato la loro capacità nell’adempimento di precedenti contratti. La segretezza di tali elenchi e delle regole per l’iscrizione di nuove imprese ha tuttavia determinato una forte limitazione della concorrenza e agevolato le discriminazioni.

Con il regio decreto legge 25 giugno 1936, n. 1538, convertito nella legge 10 giugno 1937, n. 1139, sostituita in seguito dalla legge 30 marzo 1942, n. 511⁶⁴, a conclusione delle precedenti esperienze e sulla traccia di legislazioni straniere, è stata prevista la «Formazione dell’albo Nazionale

⁶² F. GARRI, voce *Appalto pubblico*, in *Novissimo Dig.*, Appendice, vol. I, Torino, 1980, p. 330.

⁶³ Rileva A. GRAZIANO, *op. cit.*, p. 44, come detti elenchi fossero privi di valore giuridico e non fossero opponibili a terzi.

⁶⁴ Cfr. A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *op. cit.*, p. 224, che rilevano come la scelta di ricorrere ad elenchi ufficiali veniva, quindi, adottata anche da parte delle regioni a statuto speciale che istituirono un *proprio albo regionale degli appaltatori di oo.pp.*: ad esempio la legge regionale 27 aprile 1984, *Sardegna*; legge regionale 9 marzo 1953, n. 7, *Sicilia*, peraltro successivamente abolito dall’art. 31 legge regionale 29 aprile 1985, n. 21. In alcune regioni, però, per partecipare alle gare, si richiedeva, unitamente all’iscrizione nell’albo regionale, l’iscrizione anche nell’albo nazionale dei costruttori (ad esempio, art. 9 legge regionale 21 luglio 1976, n. 39, *Sardegna*); altre hanno espressamente stabilito l’obbligo, allo stesso fine, dell’iscrizione nell’albo nazionale dei costruttori fino a quando non sarebbe stato istituito un albo regionale (ad esempio, *Trentino-Alto Adige*, legge provincia Bolzano 5 giugno 1978, n. 26). In taluni casi è stata poi prevista l’alternatività tra l’iscrizione all’a.n.c. ed altre iscrizioni (legge regionale 18 agosto 1978, n. 37, art. 5, *Basilicata*, che per i lavori inferiori a lire cento milioni consentiva l’affidamento ad imprese prive di iscrizione all’a.n.c., purché iscritte all’albo professionale artigiano; legge regionale 11 gennaio 1982, n. 2, art. 60, *Friuli-Venezia Giulia*, che consentiva di prescindere dall’iscrizione all’a.n.c. per le imprese iscritte nella rispettiva Camera di commercio). In precedenza, già la Circ. Min. LL.PP. 10 settembre 1869 aveva creato presso il Ministero un registro in cui riportare tutte le informazioni circa gli appaltatori ed eventuali rapporti riservati sulla moralità e solvibilità degli stessi. Le critiche all’arbitrarietà di tali giudizi avevano determinato l’emanazione di una successiva circolare del 28 marzo 1912, ove si affermava la necessità di togliere all’arbitrio dei funzionari del Genio civile i criteri di ammissibilità alle aste.

e degli Albi locali degli appaltatori di opere pubbliche» presso il Ministero dei lavori pubblici⁶⁵.

L'istituzione dell'albo costituiva un tentativo volto al superamento degli indicati inconvenienti; in tale albo pubblico venivano iscritti i soggetti di provata capacità tecnica, senza peraltro sostituire integralmente gli elenchi delle singole amministrazioni. L'utilità di ogni elenco ufficiale di appaltatori, o più in generale di imprese di fiducia, era strettamente collegata alla tipologia delle informazioni raccolte, alle relative modalità di accertamento e soprattutto alla frequenza dell'aggiornamento dei dati registrati⁶⁶.

La pluralità di elenchi e la pluralità di discipline valutative risultavano, tuttavia, bisognose di una riconduzione ad unità⁶⁷. Il che è avvenuto con la legge 10 febbraio 1962, n. 57⁶⁸, la quale ha istituito l'albo nazionale dei costruttori⁶⁹, obbligatorio per le imprese che intendevano essere appaltatori

⁶⁵ Le ricordate disposizioni legalizzavano la prassi degli elenchi di fiducia compilati dalle amministrazioni periferiche, anche se a tali elenchi veniva assegnato, quanto alla efficienza delle imprese inseritevi, un valore meramente indicativo ed orientativo «per gli usi di indole interna dell'amministrazione». Cfr.: Circ. Min. LL.PP. 8 gennaio 1949, n. 511; Circ. min. LL.PP. 24 maggio 1949, n. 7474, in A. VARANESE, *Circolari e istruzioni ministeriali sulle opere pubbliche*, Milano, 1957, pp. 351 e ss.

⁶⁶ G.M. RACCA, *op. cit.*, p. 219.

⁶⁷ Si intendeva istituire un sistema centralizzato idoneo a garantire un livello unico di verifica della capacità imprenditoriale dei soggetti interessati a contrarre con la pubblica amministrazione e, nello stesso tempo, in grado di semplificare la procedura di gara grazie all'attività di un solo organo chiamato a attuare accertamenti preventivi validi per tutte le stazioni appaltanti.

⁶⁸ Circa l'iter di formazione della legge n. 57 del 1962, si veda U. MASTELLONI, *L'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori: natura e «trasferibilità»*, in *Riv. trim. app.*, 1989, p. 487. Il regolamento di attuazione della legge, invece, è stato adottato con d.m. 9 marzo 1989, n. 172, previsto dalla legge n. 768 del 15 novembre 1986.

⁶⁹ Secondo R. BARBERIO, *op. cit.*, non è revocabile in dubbio che l'albo svolgesse tipiche funzioni amministrative nell'esercizio di poteri autoritativi. In tal senso: Cons. di Stato, sez. V, 13 giugno 1998, n. 830, in *Foro Amm.*, 1998, p. 1737.

dell'amministrazione pubblica (quando il corrispettivo del contratto superava un importo minimo).

3.1. Tra diritto pubblico e privato: dall'albo nazionale dei costruttori...

Con la legge istitutiva dell'albo nazionale dei costruttori, il legislatore ha provveduto a riordinare tutta la materia relativa alla scelta del contraente nel settore delle opere pubbliche; con il regolamento di attuazione ha provveduto a disciplinare il funzionamento di questo fondamentale strumento di qualificazione delle imprese che nel corso degli anni ha subito una radicale trasformazione⁷⁰.

Giuridicamente l'iscrizione all'albo costituiva fatto di legittimazione per lo svolgimento di determinate attività⁷¹, in particolare essa consentiva di partecipare alle gare di opere pubbliche nonché di poter validamente stipulare il contratto di appalto⁷².

⁷⁰ Cfr. A. CANCRINI, *L'albo nazionale dei costruttori*, in *Riv. trim. app.*, 1993, n. 2-3-4, p. 257, il quale precisa anche che: «preliminarmente occorre ricordare che un presupposto per l'iscrizione è quello dell'esercizio di un'attività economica organizzata al fine di lucro, requisito che alcuni seguendo l'orientamento dominante nel vigore del codice civile abrogato, ritengono essenziale per qualificare la professionalità dell'imprenditore o il carattere imprenditoriale di una attività. Questa interpretazione è stata fatta propria dal Comitato centrale per l'albo nazionale dei costruttori, che con circolare n. 6482 del 21 settembre 1968 ha dato disposizioni ai Comitati regionali di non iscrivere all'albo imprese che per statuto non possano perseguire fini di lucro, sulla motivazione che un ente che non persegue fini di lucro non ha il potere di esporsi ai rischi che la gestione degli appalti comporta».

⁷¹ M.S. GIANNINI, voce *Albo*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 1013.

⁷² Sul punto si veda A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *op. cit.*, p. 233: «l'iscrizione all'albo si configura come una qualità, come un requisito subiettivo necessario per l'appaltatore, sia per concorrere validamente all'esperimento di gara, sia per poter validamente contrarre, se aggiudicatario, il vincolo giuridico relativo». Gli stessi Autori precisano anche che «l'albo è istituito nell'interesse pubblico e della pubblica amministrazione. L'appaltatore non ha quindi una situazione giuridica di diritto

La legge n. 57/1962, pertanto, stabiliva l'obbligatorietà dell'iscrizione per tutte le imprese che eseguivano lavori di importo superiore a settantacinque milioni di lire⁷³, di competenza dello Stato, degli enti pubblici o di privati, che usufruivano per i lavori stessi di un concorso, contributo o sussidio da parte dello Stato.

L'iscrizione all'albo nazionale costruttori conferiva all'imprenditore una legittimazione soggettiva speciale che andava ad aggiungersi alla normale capacità contrattuale⁷⁴.

soggettivo a partecipare alle gare di appalto indette dalla pubblica amministrazione, per cui egli, in via di massima, non ha diritto al risarcimento dei danni se quest'ultima non lo ha invitato a partecipare a gare».

⁷³ Inizialmente l'importo previsto era pari a lire quindici milioni, elevato in seguito, dopo aumenti intermedi, a lire quarantacinque milioni con la legge 10 dicembre 1981, n. 741 ed infine a lire settantacinque milioni con la legge 15 dicembre 1986, n. 768. Sul punto si veda M. CIANI, *Prime impressioni su un'ulteriore disorganica legge di aggiornamento all'albo nazionale costruttori e sulla circolare interpretativa del Ministero dei lavori pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 1987, p. 224.

⁷⁴ Secondo la giurisprudenza l'iscrizione all'albo dei costruttori consisteva in un'abilitazione dell'impresa alla gara e, quindi, nella costituzione di un fatto di legittimazione per l'ammissione agli appalti (Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 1993, n. 247, in *Il Cons. di Stato*, 1993, I, p. 403; Cons. di Stato, sez. V, 14 maggio 1968, n. 605, *ibidem*, 1968, I, p. 898; Cons. giust. sic., 29 aprile 1967, n. 278, *ibidem*, 1967, I, p. 755). Anche M.S. GIANNINI parlava, al riguardo, di una «legittimazione speciale» che gli appaltatori dovevano avere per assumere appalti di opere pubbliche e che era data appunto dall'iscrizione nell'albo. (*Dir. Amm.*, I, p. 771).

F. SICILIANO, *L'insostenibile leggerezza dell'essere amministrativo e l'altra faccia della SOA. Appunti critici a margine delle elaborazioni sul tema e riflessioni sulla categoria del soggetto nel diritto amministrativo*, in www.giustamm.it, n. 7/06, p. 8, rileva che «nella ricostruzione giurisprudenziale, l'iscrizione all'albo da parte del Comitato centrale si atteggiava alla stregua di un provvedimento costitutivo – e non meramente dichiarativo, nonostante la natura vincolata dell'attività svolta – la cui emanazione realizzava il perfezionamento della fattispecie di attribuzione di uno *status* (di impresa qualificata) o, secondo altra preferibile versione, di una qualità giuridica di carattere personale (come tale trasmissibile, a differenza dello *status* in senso proprio) cui era subordinata la possibilità di partecipazione di ogni ditta alla singola gara d'appalto. La medesima giurisprudenza qualificava l'iscrizione in parola come ammissione costitutiva, in considerazione della qualità per essa conferita al soggetto in termini di

Rispetto al contratto, l'iscrizione nell'albo costituiva un *presupposto* (legale), non un requisito di esso; un presupposto esterno e preesistente la cui mancanza dava luogo ad invalidità del contratto. Esso doveva esistere al momento sia della gara sia della stipulazione del contratto. Non poteva però intervenire, con effetto di sanatoria, dopo l'aggiudicazione o dopo la stipulazione del contratto⁷⁵. Se questo presupposto, esistente al momento della gara, fosse venuto meno – per cancellazione – prima dell'aggiudicazione, la p.a. non avrebbe potuto pronunciare questa a favore del concorrente che ne fosse risultato privato; se fosse venuto meno dopo l'aggiudicazione e prima della stipulazione del contratto, la p.a. non sarebbe potuta addivenire alla stipulazione, avrebbe dovuto procedere all'annullamento dell'aggiudicazione e questa sarebbe dovuta essere pronunciata a favore del secondo classificato in graduatoria; se fosse venuto meno dopo la stipulazione, il contratto si sarebbe risolto per impossibilità sopravvenuta.

Poiché si trattava di un presupposto di legittimazione speciale del privato che contrattava con la p.a., stabilito dalla legge nell'interesse superiore del

legittimazione speciale a partecipare alle gare pubbliche ed a stipulare gli accessivi contratti».

⁷⁵ Il requisito dell'iscrizione all'albo – che si perfezionava soltanto con il materiale reinserimento della ditta nell'albo (Cons. di Stato, V, 23 luglio 1994, n. 800, in *Giur. It.*, 1995, III, p. 1, 21) – era assolutamente obbligatorio al fine di ottenere l'affidamento di lavori pubblici (Corte Conti, sez. contr. Stato, 8 marzo 1993, n. 28, in *Il Cons. di Stato*, 1993, II, p. 1363) e doveva esistere sia al momento della gara sia a quello della stipulazione del contratto non potendo intervenire, con effetti sananti, in un tempo successivo (Cons. di Stato, V, 11 aprile 1991, n. 517, in *Il Cons. di Stato*, 1991, I, p. 58). Al riguardo T.A.R. Piemonte, II, 1° luglio 1989, n. 431, in *Riv. giur. edil.*, 1989, I, p. 1001 precisava che l'iscrizione doveva essere posseduta non già in sede di invito ad un appalto-concorso bensì all'atto dell'ammissione in gara, posto che solo da quest'ultimo momento in poi si ponevano i problemi sostanziali di cura del pubblico interesse e, quindi, le questioni in ordine alla capacità, idoneità e adeguatezza delle offerte nonché alla *par condicio* tra i concorrenti.

buon fine dei contratti dello Stato, la sua mancanza o il suo successivo venir meno determinava nullità, non annullabilità del contratto⁷⁶.

La formazione, la tenuta e la pubblicazione dell'albo venivano affidate ad un apposito Comitato centrale per l'albo dei costruttori, costituito presso il Ministero dei lavori pubblici⁷⁷. Esso poteva articolarsi in sottocomitati con particolari attribuzioni. Presso ogni Provveditorato regionale alle oo.pp. era costituito un Comitato regionale per l'albo dei costruttori, con il compito di provvedere a tutti gli adempimenti inerenti all'albo nell'ambito della regione.

⁷⁶ Il vizio relativo poteva essere fatto valere da uno qualsiasi dei concorrenti alla medesima gara. Lo stesso però non poteva dirsi quando il presupposto fosse venuto meno dopo la stipulazione del contratto, poiché in questo caso il contratto, come detto, si rescindeva per impossibilità sopravvenuta di eseguire l'opera promessa (art. 1672 c.c.).

⁷⁷ I componenti dei collegi amministrativi venivano nominati dal Ministro dei lavori pubblici, con decreto: essi rappresentavano, per la gran parte, i ministeri e, in misura significativa, le categorie produttive organizzate alle quali appartenevano gli esecutori di lavori pubblici. Sul punto si veda C. GUCCIONE – D. GALLI, *op. cit.*, p. 14: «La composizione dei Comitati, centrale e regionali, era tale da garantire la rappresentanza, oltre che dei Ministeri ed aziende autonome statali interessati, anche delle categorie economiche presenti nel Paese. Il Comitato centrale era costituito da un magistrato designato dal primo presidente della Corte di Cassazione; da quattro membri tecnici del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici; da un rappresentante per ciascuno dei Ministeri dell'interno, delle finanze, della pubblica istruzione, dell'agricoltura e delle foreste, dei trasporti, delle poste e telecomunicazioni, dell'industria e del commercio, del lavoro e previdenza sociale e della difesa nonché delle partecipazioni statali; da un rappresentante dell'azienda autonoma delle strade; da un rappresentante per ciascuna delle associazioni nazionali riconosciute, di rappresentanza ed assistenza e tutela del movimento cooperativo; da nove rappresentanti della categoria dei costruttori; da tre rappresentanti delle categorie dei lavoratori interessate; dal capo dell'Ispettorato generale per l'albo nazionale dei costruttori e per i contratti. I membri del Comitato Centrale venivano nominati con decreto del Ministro dei lavori pubblici e duravano in carica per tre anni, con la possibilità di essere riconfermati». Il Comitato centrale era presieduto dal presidente del Consiglio superiore dei lavori pubblici, mentre i comitati regionali erano presieduti dal provveditore alle opere pubbliche. Il servizio di segreteria era assicurato dagli uffici del ministero e dei provveditorati.

L'iscrizione all'albo era atto proprio dell'amministrazione e le deliberazioni assunte dal Comitato centrale e dai Comitati regionali si configuravano come atti amministrativi, cioè "atti unilaterali aventi rilevanza esterna posti in essere dalla pubblica amministrazione nell'esplicazione di una potestà amministrativa"⁷⁸.

Contro le deliberazioni del Comitato centrale, entro trenta giorni dalla ricevuta comunicazione, era ammesso il ricorso al Ministro dei lavori pubblici, il quale poteva disporre, per una sola volta, il riesame da parte del Comitato.

Il Comitato centrale aveva anche la competenza di esaminare i ricorsi avverso le deliberazioni assunte dai Comitati regionali⁷⁹. Sempre presso il Comitato centrale era istituito il casellario dei costruttori iscritti all'albo, che rimaneva a disposizione di tutte le amministrazioni dello Stato e degli enti pubblici per ogni notizia riguardante i costruttori⁸⁰.

Per ottenere l'iscrizione nell'albo i richiedenti dovevano rivolgere istanza al Comitato centrale per il tramite del Comitato regionale territorialmente

⁷⁸ In questi termini, M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, cit.

⁷⁹ Cfr. A. CANCRINI, *op. cit.*: «L'articolo 4 della legge 15 novembre 1986, n. 768, ha fissato, a modifica di quanto stabilito dall'art. 8 della legge n. 57/1962, le nuove competenze dei Comitati regionali. Prima della modifica era attribuito ai Comitati regionali il compito di decidere in merito alle richieste di iscrizione o di modifica di iscrizione fino all'importo di 1,5 miliardi e di istruire ed esprimere parere per le richieste di importo superiore; la legge n. 768/1986 ha aumentato detto importo e ha stabilito che il Comitato regionale decide sulla domanda di iscrizione fino all'importo di 3000 milioni ed esprime parere su quelle di importo superiore, la cui competenza spetta al Comitato centrale».

⁸⁰ Tra le competenze del Comitato centrale vi erano anche quelle di comunicare, alle amministrazioni interessate, le proprie osservazioni in merito alla possibilità di ammettere alla gara di appalto imprese non iscritte all'albo; adottare il provvedimento di esclusione temporanea della partecipazione a gare di appalto e dichiarare la decadenza dell'iscrizione per inadempimento ultra biennale dell'obbligo di versamento della tassa annuale di concessione governativa; avviare la procedura di comunicazione degli addebiti ed adottare provvedimenti di sospensione dell'efficacia della iscrizione.

competente⁸¹, corredandola della documentazione prevista dagli artt. 13 (requisiti di ordine generale)⁸², 14 (requisiti di ordine speciale) e 15⁸³ della legge istitutiva così come successivamente modificata.

Una più puntuale definizione, sul piano quantitativo, dei requisiti e delle modalità di valutazione sul possesso degli stessi è stata prevista, poi, dal d.m. ll.pp. 9 marzo 1989, n. 172⁸⁴.

⁸¹ Il comitato regionale competente a ricevere la domanda di iscrizione all'albo era quello della circoscrizione in cui aveva sede l'impresa.

⁸² Veniva innanzitutto richiesto il possesso della cittadinanza italiana, ovvero la residenza in Italia per gli stranieri imprenditori ed amministratori di società commerciali legalmente costituite purché appartenenti a Stati che concedessero trattamento di reciprocità nei riguardi dei cittadini italiani. Altro requisito necessario era l'assenza di precedenti penali e di carichi pendenti che per la gravità o per la loro natura facessero venir meno i requisiti di carattere morale per l'iscrizione all'albo. Ulteriori requisiti di carattere generale erano: la dimostrazione dell'osservanza degli obblighi concernenti le dichiarazioni ed i conseguenti adempimenti in materia di contributi sociali e di imposte e tasse secondo la legislazione italiana. Era altresì necessario presentare il certificato di iscrizione alla Camera di commercio, industria, agricoltura ed artigianato con indicazione dell'attività specifica della ditta; se cittadino straniero non residente in Italia, era necessario esibire il certificato di iscrizione nel registro professionale dello Stato di residenza.

⁸³ Sul punto si veda A. CANCRINI, *op. cit.*: relativamente ai soggetti iscrivibili nell'albo, l'art. 15 riconosceva le società commerciali, le cooperative, i loro consorzi, i consorzi tra imprese artigiane, nonché le imprese individuali. Con la circolare n. 943 del 1° agosto 1962 il Comitato centrale per l'albo nazionale dei costruttori ha precisato, nei confronti di quali soggetti doveva essere richiesta la dimostrazione dei requisiti di ordine generale e speciale, a seconda della forma giuridica nella quale l'impresa stessa si era costituita. Per quanto riguarda i suddetti requisiti generali il successivo regolamento nulla ha innovato circa i contenuti e le modalità di presentazione.

⁸⁴ In base agli artt. 4 e 5 del regolamento, la capacità finanziaria dell'impresa era espressa, oltre che da idonee referenze bancarie, dalla cifra di affari globale in lavori edilizi eseguiti sia in via diretta sia indirettamente mediante la partecipazione a quote degli stessi; l'idoneità tecnica era espressa dall'importo complessivo e unitario dei lavori eseguiti distintamente per ciascuna delle diverse categorie di iscrizione (riguardo ad iscrizioni fino ad un importo di 1,5 miliardi di lire l'idoneità tecnica poteva essere comprovata anche con lavori diretti dal direttore tecnico per conto di altre imprese esecutrici iscritte all'albo); l'attrezzatura tecnica era espressa dalla dotazione minima stabile di attrezzature e mezzi d'opera dei quali l'impresa poteva servirsi a vario titolo; l'organico medio annuo doveva presentare un onere complessivo per retribuzioni,

Le imprese erano iscritte nell'albo distinte per categorie e sottocategorie di opere⁸⁵, con l'indicazione delle classifiche secondo diverse fasce di importo⁸⁶.

Ad evitare che un soggetto potesse acquisire lavori per un ammontare esorbitante le proprie capacità, era diretta la previsione che precludeva alle imprese l'assunzione di lavori di importo superiore a quello per cui erano iscritti⁸⁷.

contributi sociali ed accantonamenti ai fondi di quiescenza non inferiore al 10% della cifra globale sopramenzionata. I requisiti di carattere patrimoniale e tecnico-organizzativo richiesti per l'iscrizione andavano riferiti a quelli posseduti dall'impresa nell'arco del quinquennio precedente alla domanda di iscrizione. Cfr. diffusamente A. CANCRINI, *op. cit.*, p. 268 e ss. Il regolamento prevedeva anche, all'articolo 25, l'istituto del c.d. "recupero", secondo cui nell'ipotesi di decesso del titolare dell'impresa individuale ovvero di fusione, conferimento o cessione del complesso aziendale era ammesso il subentro nell'iscrizione dell'impresa avente causa. Queste ipotesi, frequentemente ricorrenti, interessavano prevalentemente quei soggetti che, avendo già conseguito l'iscrizione all'albo e che avessero successivamente trasformato la loro struttura aziendale, chiedevano il recupero della iscrizione per gli importi e specializzazioni, appartenenti al primo soggetto che si era trasformato. Sul punto cfr. T.A.R. Lazio, Sez. I, 27 aprile 1987, n. 1445, con nota di U. MASTELLONI, *L'iscrizione all'albo nazionale...cit.*, pp. 487 e ss. Sulla disciplina del recupero in dettaglio si veda A. CANCRINI, *op. cit.*, pp. 272 e ss. Sulla critica all'estensione della disciplina del recupero a fattispecie sempre diverse, con conseguenti dubbi e perplessità consegnati alle cure del giudice amministrativo, si veda M. ROTONDI, *op. cit.*, pp. 198 e ss.

⁸⁵ Per opera deve intendersi un insieme di lavorazioni capace di esplicitare funzioni economiche e tecniche.

⁸⁶ La tabella delle specializzazioni di lavori allegata alla legge istitutiva dell'albo è stata più volte modificata, su proposta del Comitato centrale, al fine di consentire decisioni o formulazioni di pareri uniformi circa l'identificazione delle opere relative ai lavori eseguiti o diretti. Sulle circolari del Comitato centrale cfr. A.M. FRANCESCHINI, *L'albo dei costruttori e le gare per le opere pubbliche*, Milano, 1989, pp. 229 e ss.

Anche le classifiche secondo gli importi di iscrizione hanno subito nel corso degli anni sostanziali modifiche.

⁸⁷ C. GUCCIONE – D. GALLI, *op. cit.*, p. 16: l'importo era incrementato di un quinto, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 5 della legge n. 57/1962. Oggetto di vivace dibattito fu la questione se detta disposizione dovesse ritenersi applicabile in fase di qualificazione delle imprese ovvero in quella di esecuzione dei lavori, attesa la facoltà riconosciuta alla stazione appaltante (art. 14 del Capitolato Generale di appalto del Ministero dei ll.pp.,

Il testo originario della legge n. 57/1962, oltre al potere di sospensione⁸⁸, riconosceva in capo al Comitato centrale, anche quello sanzionatorio⁸⁹

approvato con d.P.R. 1962, n. 1063) di ordinare all'appaltatore, alle stesse condizioni del contratto, un aumento o una diminuzione delle opere fino all'occorrenza di un quinto in più o in meno dell'importo del contratto stesso. Di converso, era altresì desumibile il divieto per le stazioni appaltanti di richiedere una classifica di iscrizione all'albo superiore a quella in cui si situava l'importo a base d'asta (tale divieto fu, poi, esplicitato dall'art. 1 del d.P.C.M. 10 gennaio 1991, n. 55).

⁸⁸ Sulla natura cautelare o sanzionatoria del provvedimento di sospensione dall'a.n.c. cfr. M. CIANI, *Commento all'articolo 15 del d.m. 9 marzo 1989*, n. 172, in *Riv. trim. app.*, n. 2/1990, p. 610. Secondo la Corte Costituzionale, 20 dicembre, 1989, n. 563, in *Riv. trim. App.*, 1994, p. 471, con nota di D. DI COLA, ha ritenuto tale provvedimento di natura cautelare.

L'art. 20 della legge n. 57/1962 stabiliva che l'efficacia dell'iscrizione all'albo poteva essere sospesa quando a carico dell'imprenditore si verificasse una procedura di concordato preventivo o di fallimento; fossero in corso procedimenti penali che per la loro natura o gravità facessero venir meno i requisiti di natura morale richiesti per l'iscrizione stessa; fossero in corso accertamenti per responsabilità inerente l'irregolarità o negligenza nella esecuzione di lavori; se durante l'esecuzione dei lavori fosse stata seguita una condotta tale da turbare gravemente la normalità dei rapporti con la amministrazione appaltante, infine se vi fosse stata infrazione, debitamente accertata e di particolare rilevanza alle leggi sociali e ad ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro.

⁸⁹ Si trattava di sanzioni amministrative che il Comitato centrale adottava, previa comunicazione degli addebiti. Sulla natura di misure amministrative (e non penali) cfr. F.G. COCA, *Sospensione e cancellazione dell'impresa dall'albo Nazionale dei Costruttori e sostituzione nelle cariche delle persone inquisite o condannate*, in *Riv. trim. app.*, 1994, II, pp. 753 e ss.

Sul punto, M. ROTONDI, *op. cit.*, p. 200, osserva che «solo attraverso la comminatoria della sanzione il comitato impedisce all'impresa la partecipazione alle gare: perché il comitato non ammette l'impresa alla gara. Tali misure non sono dirette a punire l'impresa – quindi non attentano al principio di libertà di intraprendere e di concorrere – ma costituiscono un presidio per l'amministrazione contro il rischio di stipulare contratti con soggetti non affidabili. Per questa ragione le suddette sanzioni risultano coerenti con la disciplina comunitaria che intende offrire pari opportunità a quanti siano legittimati a coglierle».

C. GUCCIONE – D. GALLI, *op. cit.*, p. 15, cui si rimanda con i relativi richiami giurisprudenziali, sull'impianto sanzionatorio rilevano che «tale quadro normativo, confermato dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109 nella sua originale formulazione, ha dato luogo – a seguito dell'emanazione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici che hanno, a loro volta, introdotto meccanismi di qualificazione – a situazioni

della cancellazione dell'impresa dall'albo⁹⁰, in presenza di una o più delle ipotesi previste dalla normativa.

Peraltro, il sistema di qualificazione delle imprese delineato dalla legge n. 57/1962, ha evidenziato, in breve tempo, la sua inadeguatezza ad esercitare un ruolo di effettiva selezione del mercato; tale circostanza è stata ascritta, da una parte, al carattere di staticità⁹¹ dell'avvenuta qualificazione e, dall'altra, all'assenza, nella originaria impostazione dell'istituto, di criteri di determinazione dei requisiti da possedere⁹².

discriminatorie nei confronti delle imprese nazionali a favore delle concorrenti comunitarie. Queste ultime, infatti, potevano essere escluse da una procedura ad evidenza pubblica soltanto in presenza di una o più delle cause di esclusione dettate dalla normativa in materia. Per le imprese italiane, invece, operavano, quale indiretta causa di esclusione, anche le cause di sospensione e cancellazione dall'albo di cui agli articoli 20 e 21 della legge n. 57/1962, alcune delle quali non rientravano tra quelle prese in esame dalla disciplina comunitaria».

⁹⁰ L'art. 21 stabiliva che il Comitato centrale poteva deliberare la cancellazione dall'albo dei costruttori che dimostrassero negligenza o malafede nella esecuzione dei lavori, che fossero stati condannati per delitti che per loro natura fossero contrari ai requisiti di ordine morale richiesti per l'iscrizione all'albo; che fossero in stato di fallimento, liquidazione o cessazione di attività o che fossero recidivi nelle infrazioni indicate dall'articolo 20 per la sospensione dell'efficacia dell'iscrizione.

⁹¹ Cfr. G.M. RACCA, *op. cit.*, p. 219, la quale osserva che nell'albo nazionale costruttori «non si erano previste verifiche e aggiornamenti periodici che assicurassero la persistenza degli indicati requisiti. L'iscrizione assumeva perciò la veste di privilegio, poiché, una volta acquisito, esso restava sostanzialmente immutato, mentre potevano venir meno nel tempo le garanzie per l'amministrazione circa la sussistenza delle qualità dell'impresa. Simili albi potevano risultare addirittura dannosi poiché l'iscrizione, costituendo l'unico requisito richiesto dall'amministrazione per comprovare la capacità dell'impresa, non eliminava i rischi di aggiudicazione ad un contraente inaffidabile e liberava l'amministrazione dall'onere di individuare i mezzi più idonei di accertamento della capacità dei concorrenti».

⁹² La relazione ministeriale al d.P.R. n. 34/2000, sottolineava come il sistema dell'albo ha visto, in breve tempo, deteriorata la propria capacità selettiva per una serie di ragioni economiche e giuridiche, spesso combinate tra loro: in primo luogo, il vorticoso incremento del numero delle imprese, notevolmente superiore rispetto a quelle degli altri paesi europei (che sono passate dalle circa 20.000 dell'inizio degli anni Settanta alle circa 80.000 degli anni Ottanta per poi calare a circa 50.000 negli anni Novanta. Numeri altissimi se si tiene presente che in Germania operavano circa 5.000 imprese e in Francia

La progressiva “burocratizzazione” della sua gestione, cagionata anche dalla notevole mole delle imprese iscritte⁹³, non ha evitato il pericolo dell’accreditamento delle cosiddette “scatole vuote”, cioè, legittimate in virtù del requisito formalmente posseduto dell’iscrizione all’albo, a rendersi affidatarie di lavori pubblici ma incapaci poi di assicurarne la concreta effettuazione altrimenti che con il prevalente ricorso ai subappalti⁹⁴.

Per porre rimedio a tale situazione, con la legge 15 novembre 1986, n. 768, è stato introdotto, all’articolo 6, secondo comma, l’istituto della revisione periodica delle iscrizioni all’albo, le norme per la cui concreta attuazione sono state dettate nel già menzionato d.m. 9 marzo 1989, n. 172.

La finalità di tale istituto era quella di rivalutare le posizioni delle imprese iscritte all’albo, essendo dimostrato che molte di esse, da anni, non avevano avuto alcun provvedimento di esame da parte del Comitato centrale.

Pertanto, mediante tale revisione il requisito dell’iscrizione all’albo nazionale dei costruttori non era più un qualcosa di statico e formale ma

circa 6.000); in secondo luogo, l’aumento del numero delle stazioni appaltanti divenute altrettanti soggetti qualificatori per le gare di propria competenza; inoltre il progressivo affermarsi della normativa comunitaria che ha previsto, all’interno delle procedure di aggiudicazione, vere e proprie fasi di qualificazione autonome rispetto a quella prevista, in via generale, dalla normativa dell’albo nazionale costruttori.

⁹³ Nel suo intervento dinanzi alla VIII Commissione della Camera dei deputati nella seduta del 16 gennaio 1993, il Ministro dei ll.pp. ricordava come all’epoca le imprese iscritte all’albo fossero oltre 49 mila. Analoga cifra è stata fatta dal sottosegretario ai ll.pp. nella seduta del 31 luglio 1997 dinanzi alla Giunta per gli affari delle Comunità europee del Senato in sede di formazione della legge n. 415 del 1998.

⁹⁴ Ulteriori elementi negativi nella gestione dell’albo sono stati individuati nel difetto di adeguato scambio di informazioni tra prefetture, organi giudiziari e Ministero dei ll.pp., con la conseguenza che molte imprese inquisite hanno continuato ad operare; nella mancanza di personale e di mezzi qualificati da parte degli organismi deputati al controllo dei requisiti di iscrizione; nella presenza dei rappresentanti dell’A.N.C.I. nei comitati, che ha attenuato l’esigenza della giusta selezione delle aziende (cfr. intervento on. Nucera seduta del 24 marzo 1993, VIII Commissione Camera).

diventava un elemento che seguiva la vita dell'impresa, con lo scopo di accertare, a cadenze temporali predeterminate⁹⁵, il mantenimento dei livelli di iscrizione conseguiti, seppur con la previsione di talune norme agevolative⁹⁶.

In aggiunta a ciò, il crescente numero dei soggetti appaltanti⁹⁷ e la circostanza che gli stessi procedessero, come si è accennato, ad autonome forme di qualificazione hanno indotto il legislatore ad introdurre uno strumento normativo *ad hoc*, volto a garantire l'omogeneità di comportamenti delle stazioni appaltanti relativamente ai contenuti dei bandi, avvisi di gara e capitolati speciali, nonché per la qualificazione dei concorrenti a gare per l'esecuzione di opere pubbliche.

In attuazione della delega contenuta all'art. 17, comma 2, della legge 19 marzo 1990, n. 55⁹⁸, è stato quindi emanato il d.P.C.M. 10 gennaio 1991,

⁹⁵ La prima ipotesi era legata al trascorrere di un certo lasso di tempo senza che l'impresa si fosse mai rivolta al Comitato per richiedere modifiche. Ed infatti, ogni cinque anni, se nel corrispondente periodo le imprese non avevano richiesto variazioni di iscrizione comportanti aumenti di importi o estensione di categorie, doveva essere effettuata una revisione per verificare l'effettiva permanenza nel tempo delle condizioni per l'iscrizione. Ulteriormente, la revisione andava effettuata in occasione di ogni aumento di importo o estensione di categoria, in quanto le nuove richieste dovevano essere valutate nuovamente anche alla luce della iscrizione già posseduta. Infine, la revisione doveva essere fatta in occasione di altre modifiche riguardanti la forma giuridica dell'impresa iscritta, secondo le ipotesi elencate dall'art. 25 del regolamento (conferimento di azienda, cessione di azienda, fusione..).

⁹⁶ Per il mantenimento dell'iscrizione era sufficiente che il fatturato dell'impresa nel quinquennio non fosse inferiore al quaranta per cento della somma di tutte le iscrizioni possedute; risultava evidente la diversità delle posizioni di chi, per essere iscritto, doveva possedere interamente i requisiti e di chi, invece, era messo in condizione di mantenere la medesima iscrizione pur avendo i requisiti in misura inferiore.

⁹⁷ In ottemperanza ai principi comunitari.

⁹⁸ Recante "*Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione della pericolosità sociale*".

n. 55, che ha definito, anche su un piano quantitativo, i requisiti⁹⁹ che la stazione appaltante era tenuta a richiedere nel bando di gara¹⁰⁰, ai fini di qualificare adeguatamente i concorrenti.

In sostanza, la scelta operata con la legge n. 57/1962 di privilegiare un sistema fondato su un unico livello di verifica dell'idoneità¹⁰¹, è stata successivamente, affiancata e, quindi, in parte svuotata¹⁰², dall'affermarsi di uno specifico sistema di qualificazione, destinato a regolare le singole gare¹⁰³: in virtù di ciò, l'iscrizione all'albo nazionale risultava un

⁹⁹ Si sentiva ancora l'esigenza di chiarezza normativa. Nella relazione "Appalti pubblici e concorrenza" del 1992, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha evidenziato come la condizione di arretratezza e l'inadeguatezza del sistema normativo contribuivano ad ostacolare la liberalizzazione della concorrenza nel settore degli appalti pubblici nonché l'integrazione del mercato nazionale con quello europeo. In quel periodo si è assistito ad un blocco dell'attività nel settore, in parte dovuto al verificarsi di fenomeni di inefficienza e corruzione del sistema degli appalti pubblici, in parte determinato dalla riduzione degli investimenti per opere e lavori nel tentativo di risanare la finanza pubblica. Cfr. Studio Cresme, 2020, *cit.*, p. 67.

¹⁰⁰ Il d.P.C.M. ha distinto i lavori in quattro fasce di importo crescente per ciascuna delle quali l'accesso alle gare, correlativamente al loro progressivo ammontare, era condizionato a requisiti di crescente selettività. Sull'argomento si veda S. DE MARINIS, *Il regolamento sul bando "tipo"*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1991, II, p. 157; A. CANCRINI – P. PISELLI, *Commento al d.p.c.m. 10 gennaio 1991, n. 55 sui bandi di gara*, in *Riv. trim. app.*, 1991, p. 735; R. RAMETTA, *Il bando "tipo" ex art. 17 l. n. 55 del 1990*, in *Riv. trim. app.*, 1993, p. 7.

¹⁰¹ Per cui conseguita la relativa iscrizione l'impresa poteva partecipare ad ogni singola gara senza l'obbligo di esibire ulteriori prove della propria idoneità se non quelle connesse alla vigenza dell'iscrizione presso il registro delle imprese ovvero alla verifica dei requisiti morali attestati dai certificati del casellario giudiziale, cioè quei requisiti di ordine generale.

¹⁰² Sul punto, si veda M. ROTONDI, *op. cit.*, p. 196, il quale osserva che: «si avvia con il decreto n. 55/1991 un processo di svalutazione dell'albo, che rimane uno strumento abilitativo. All'albo si affianca il bando tipo con funzione dichiaratamente selettiva. Non sono infrequenti le dispute occasionate dal non armonico sistema binario». Per una panoramica delle questioni affrontate in giurisprudenza, cfr. G. ELMOSI – M. ROTONDI, *L'appalto di opere pubbliche*, III ed., Milano, 1999, pp. 59 e ss.

¹⁰³ Cfr. A. CANCRINI, *La privatizzazione del sistema della qualificazione e le Soa*, in *Riv. trim. app.*, n. 3/2000, pp. 459 e ss. il quale osserva: «senza che – almeno sul piano formale – uno dei due sistemi prevalessesse sull'altro. Anzi, tale cosiddetta "binarietà" ha

presupposto, comunque necessario ma, nella maggior parte dei casi, non più sufficiente per concorrere all'affidamento di lavori pubblici¹⁰⁴.

La rilevata¹⁰⁵ inadeguatezza dell'albo a garantire un'effettiva selezione delle imprese dotate di reale¹⁰⁶ capacità imprenditoriale e a rispondere alle nuove esigenze del libero mercato europeo¹⁰⁷ ha determinato una svolta nel sistema di qualificazione.

Il legislatore nazionale conformandosi agli obiettivi fissati dalle norme comunitarie¹⁰⁸ ha inteso risistemare la disciplina relativa alla qualificazione delle imprese.

In coerenza ad una generale tendenza alla semplificazione ed accelerazione delle procedure il legislatore ha abbandonato il criterio della diretta e totale amministrazione della materia da parte della mano pubblica¹⁰⁹, espressione

rappresentato la peculiarità del sistema italiano, che si è venuto a caratterizzare per la duplicità dei centri di controllo: l'uno, l'albo meramente abilitativo e certificativo di uno stato di idoneità dell'impresa che fotografava la stessa in quel momento (qualificazione potenziale); l'altro, l'ente appaltante, direttamente selettivo che verificava l'idoneità dei concorrenti in gara (qualificazione in atto)».

¹⁰⁴ C. GUCCIONE – D. GALLI, *op. cit.*, p. 17.

¹⁰⁵ Cfr. ad esempio la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 29 aprile 1994 che riconosceva alla stazione appaltante in relazione al periodo di validità annuale del certificato a.n.c. «il compito di provvedere alla valutazione dei dati successivi al rilascio del certificato sui quali l'albo non è stato in condizioni di portare il suo esame».

¹⁰⁶ L'iscrizione all'albo era considerata un mero indice presuntivo di idoneità dell'imprenditore per talune referenze di natura economico finanziaria nonché tecnica. A tal proposito, A. ASTANZI, *Le società organismi di attestazione*, in *Riv. trim. app.*, 2000, pp. 700 e ss.

¹⁰⁷ Le ragioni della diffusione dei soggetti privati certificatori vanno ricercate nella necessità di assecondare gli interessi dei consumatori, delle imprese e della pubblica amministrazione, elidendo gli ostacoli alla circolazione delle merci. Si veda sul punto F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Milano, 2000, p. 198.

¹⁰⁸ Gli appalti pubblici non rappresentano un settore di esclusiva competenza dell'Unione, bensì costituiscono oggetto di misure di armonizzazione. (Si cfr. risoluzione del Consiglio CE del 7 maggio 1989).

¹⁰⁹ Sul processo di evoluzione dal modello dello Stato gestore a quello di Stato regolatore si veda in dottrina S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari-Roma, 1995; *Id.*,

di una concezione statale della qualificazione delle imprese, traferendo i poteri di concessione e di decadenza delle attestazioni di qualificazione¹¹⁰ ad organismi di diritto privato¹¹¹.

L'art. 8 della legge n. 109/1994 ha, infatti, prefigurato un sistema di selezione degli operatori economici il cui principale elemento innovativo è stato rappresentato dalla soppressione dell'albo nazionale e dall'introduzione, quale elemento necessario per la qualificazione, della certificazione di qualità: ciò nell'ottica di ripristinare il principio di effettività e di unità che, di fatto, aveva contraddistinto, nella prima fase di vigenza dell'istituto, il certificato di iscrizione all'albo nazionale costruttori, ma che era venuto meno nel tempo con l'attenuarsi dell'attendibilità di tale documento.

I controlli della p.a., Bologna, 1993; nonché G. AMATO, *La nuova costituzione economica*, in G. DELLA CANANEA – G. NAPOLITANO (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998, pp. 11 e ss.; D. SORACE, *Il governo dell'economia*, in G. AMATO – A. BARBERA (a cura di) *Manuale di diritto pubblico*, tomo II, Bologna, 1997, pp. 111 e ss.

¹¹⁰ Questa tipologia di privatizzazione, più comunemente nota come liberalizzazione, implica il passaggio dal regime di riserva a quello fondato sull'autorizzazione oggettiva. (E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, cit. p. 3996). A tal proposito si confronti anche S. CASSESE, secondo il quale la liberalizzazione stessa produce la necessità di un'ingente regolazione e, quindi, paradossalmente, il suo contrario. In *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2000, p. 389.

¹¹¹ Si tratta di organismi di normalizzazione. Sul punto E. CHITI, *La normalizzazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, parte speciale*, cit. pp. 4003 e ss.

3.2. ...al nuovo sistema delle Società Organismi di Attestazione – SOA

Il nuovo sistema di qualificazione si è delineato attraverso un faticoso *iter*¹¹² formativo che, come rilevato, ha preso le mosse dalla legge istitutiva 11 febbraio 1994, n. 109¹¹³, da ultimo modificata dalla legge n. 415/1998¹¹⁴.

¹¹² La definizione della nuova disciplina in materia di qualificazione delle imprese ha rappresentato uno dei passaggi maggiormente critici della legge n. 109/1994 (la c.d. legge Merloni), nella sua originaria stesura. È noto che l'*iter* parlamentare della stessa è stato, a suo tempo, pesantemente condizionato dal vivace confronto tra chi sosteneva l'opportunità di un'immediata abrogazione del sistema basato sull'albo nazionale dei costruttori e chi, assumendone la sostanziale validità, si limitava a suggerire l'esigenza di una sua riforma. La scelta attuata dal legislatore di disporre la soppressione dell'albo a decorrere dal 1° gennaio 1997 ha rappresentato un tentativo di contemperare le opposte istanze. In realtà l'entrata a regime del nuovo sistema ha subito forti rallentamenti per effetto di reiterati decreti legge che hanno congelato gran parte delle innovazioni. Basti ricordare, in proposito, che proprio l'ultimo dei citati decreti, n. 101 del 3 aprile 1995, convertito con legge 2 giugno 1995, n. 216, (la c.d. legge Merloni-*bis*) ha posticipato al 1° gennaio 2000 l'introduzione del nuovo sistema di qualificazione e la contestuale abrogazione dell'albo.

In tema vedasi G. NAVARRA, (a cura di), *Legge quadro in materia di lavori pubblici – primi spunti problematici*, in *Studi in onore di Giovanni Giordano*, Centro studi L.P., Roma, 1994, pp. 31 e ss.

¹¹³ A. BARGONE, *op. cit.*, osserva che «la normativa in tema di qualificazione è tra gli aspetti più strategici della riforma in termini di politica legislativa, poiché incide direttamente sul modo che hanno le imprese di stare sul mercato. È quindi comprensibile che su questo tema si siano succedute diverse innovazioni, dapprima ad opera della legge 109/94 e successivamente attraverso la legge 216/95 e la legge 415/98».

¹¹⁴ Sul punto R. DAMONTE – M. BERSI, *op. cit.*, p. 54, rilevano che «la legge 18 novembre 1998, n. 415 (la c.d. legge Merloni-*ter*) ha provveduto dal canto suo ad attenuare l'impatto degli imminenti mutamenti, introducendo, ad esempio, la lett. *b*) al comma 3 dell'art. 8 (sulla semplice dichiarazione di presenza di elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità) e la lett. *e*) al comma 4 del medesimo (contenente la previsione di un periodo quinquennale transitorio in cui il c.d. "Sistema Qualità" sarebbe stato reso parzialmente facoltativo, riservando l'obbligo del sistema di qualità e della sua certificazione – a regime ossia a partire dal 2005 – agli appalti di importo superiore a 516.457 euro e, quindi, rientranti nella III categoria o in una superiore)».

Il già citato art. 8 ha previsto l'istituzione, con apposito regolamento¹¹⁵ (il d.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34¹¹⁶) di un sistema di qualificazione unico per

¹¹⁵ Da emanarsi, ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro dei lavori pubblici di concerto con il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato e con quello dei beni culturali ed ambientali, sentito il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari. L'art. 17, comma 2, disciplina il processo istituzionale di delegificazione consistente nel trasferimento di materie non coperte da riserva assoluta di legge dal livello di normazione primaria alla normazione secondaria: più in particolare, la predetta disposizione stabilisce che *“con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentito il Consiglio di Stato, sono emanati regolamenti per la disciplina delle materie non coperte da riserva assoluta di legge prevista dalla costituzione, per le quali le leggi della repubblica, autorizzando l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinano le norme generali regolatrici della materia e dispongono l'abrogazione delle norme vigenti con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari”*.

¹¹⁶ Si tratta del c.d. Regolamento Bargone, dal nome del sottosegretario del Ministero dei lavori pubblici, Antonio Bargone, che ha lavorato alla predisposizione del decreto in questione così come a quella del d.l. 30 dicembre 1999 n. 502.

chiunque esegua lavori di importo superiore a 150.0000 euro¹¹⁷ affidati da tutti i soggetti elencati nell'art. 2 della stessa legge n. 109/1994¹¹⁸.

¹¹⁷ Sul punto R. DAMONTE, *La qualificazione*, in *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, a cura di F. CARINGELLA – G. DE MARZO, Milano, 2003, osserva che «si è deciso, tuttavia, di escludere l'applicabilità di questo sistema qualificatorio per gli appalti di lavori d'importo pari o inferiore a 150.000 euro, per evitare che buona parte delle imprese iscritte nel previgente Albo nazionale dei costruttori risultasse sfornita dei più stringenti requisiti imposti dal nuovo sistema. Inoltre, il gran numero di imprese che si sarebbe candidato per questa categoria d'importo avrebbe reso eccessivo il lavoro di verifica posto in capo alle SOA in fase di avvio del nuovo processo. Infine, fino alla II classifica, si stabilì di non includere la certificazione di qualità aziendale tra i requisiti necessari per conseguire l'attestazione di qualificazione, trattandosi di un onere eccessivamente gravoso per le imprese di piccole dimensioni». Tale sistema è stato complessivamente confermato anche dal successivo impianto normativo «benché motivi diversi da quelli organizzativi abbiano indotto a mantenere l'inapplicabilità del sistema qualificatorio agli appalti di valore inferiore ai 150.000 euro». Nel successivo regolamento e codice, infatti, «l'esclusione va ricondotta più che altro al principio di proporzionalità e alla considerazione pratica per cui l'estensione dell'obbligo di qualificazione anche alla realizzazione di opere e lavori di importo ridotto non avrebbe garantito una qualità degli stessi sensibilmente maggiore rispetto all'attuale. In altre parole, il legislatore ha ritenuto che le lavorazioni correlate a queste tipologie di opere siano sufficientemente semplici, tanto da rendere superflua, oltre che eccessivamente onerosa, l'attestazione delle capacità tecniche ed economiche».

¹¹⁸ Sul punto si veda A. CANCRINI, *La privatizzazione.. cit.*, il quale osserva che «l'onnicomprendività della disposizione sotto il profilo delle stazioni appaltanti traduce il dettato legislativo che espressamente afferma l'unicità del sistema di qualificazione, con conseguente inammissibilità di sistemi di qualificazione particolari presso singole stazioni appaltanti o presso enti territoriali; peraltro, la menzione delle regioni tra i destinatari della normativa regolarmente discende anche dalla considerazione che l'art. 93, comma 1, del d. lgs. n. 112/1998 attribuisce la materia della qualificazione delle imprese alla competenza dello Stato».

Il d.P.R. n. 34/2000, diversamente dalla legge n. 109/1994, ha ricompreso espressamente nel novero dei soggetti tenuti alla osservanza delle relative disposizioni le regioni anche a statuto speciale nonché le province autonome di Trento e Bolzano. L'originaria formulazione della legge n. 109/1994, in realtà, ha visto ridursi la propria portata vincolante da parte della Corte Costituzionale, la quale, con sentenza 7 novembre 1995, n. 482 (in *Il Cons. di Stato*, 1995, II, p. 1927) ha ritenuto che tale previsione non si applichi alle regioni e alle province autonome, in quanto non incluse nel novero dei soggetti richiamati, e non viola, pertanto, gli artt. 117 e 118 Cost.». Sul punto C. GUCCIONE – D. GALLI, *op. cit.*, rilevano che «la scelta di configurare l'applicabilità del d.P.R. n. 34 in termini cogenti anche per le regioni, soprattutto quelle a statuto speciale,

trova una sua giustificazione nella necessità di evitare il rischio di una incontrollata frantumazione del sistema di qualificazione in capo alle regioni, ciascuna delle quali avrebbe potuto predisporre un proprio sistema di qualificazione».

A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Ed. 2003, p. 284 aggiungono che «in vigenza del nuovo riparto di competenze, detta legittimità deriva dal costituire la disciplina sulla qualificazione, unitamente alle regole sui metodi e sui criteri di affidamento dei lavori, parte di un complessivo sistema, volto alla selezione delle migliori offerte attraverso procedure basate sui canoni di uguaglianza e concorrenza tra le imprese. Donde la sua riferibilità alla competenza esclusiva statale di cui al testo novellato dell'art. 117, comma 2, lett. e) Cost.».

La successiva giurisprudenza amministrativa ha avuto occasione di censurare sistemi di qualificazione alternativi a quello unico nazionale: *“è illegittimo il decreto del Presidente della Regione Sardegna 9 marzo 2001, n. 1/L, in parte aggiornato con il decreto dell'Assessore Regionale ai lavori pubblici 17 ottobre 2001, n. 30, con il quale è stato approvato il regolamento per la qualificazione delle imprese per la partecipazione agli appalti pubblici ammessi a finanziamento della Regione Sardegna e che, comunque, si eseguono nel territorio della Regione, nella parte in cui, in contrasto con il sistema unico di qualificazione delle imprese previsto in sede nazionale, individua un proprio sistema di qualificazione delle imprese, che rende solo facoltativo il ricorso alle SOA, previste dalla legge n. 109/1994 e s.m.i.”* (T.A.R. Sardegna, sez. I, 18 luglio 2002, n. 892). Sempre per quanto concerne la regione Sardegna, si è deciso che la previsione contenuta nella l.r. 27 aprile 1984, n. 13, che obbliga le imprese che intendono effettuare lavori pubblici sull'isola ad iscriversi ad un apposito albo regionale, non è costituzionalmente illegittima, attesa la competenza esclusiva che la Sardegna ha in materia di lavori pubblici, né si pone in contrasto con la normativa comunitaria, essendo applicabile soltanto agli appalti sotto soglia e non essendovi limitazioni all'iscrizione all'albo regionale per le imprese straniere (Cons. St., sez. IV, 17 settembre 2004, n. 6158)».

A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *op. cit.*, osservano altresì che «fin dall'entrata in vigore della legge n. 109 è stato invece imposto il divieto, per l'affidamento di lavori pubblici, della utilizzazione di albi speciali o di fiducia predisposti da soggetti di cui all'art. 2 della legge.

L'attuazione di detto sistema, in base alla disposizione citata, è stata demandata in via esclusiva ad organismi di attestazione di diritto privato, autorizzati¹¹⁹ dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici¹²⁰.

Pertanto, a un sistema di qualificazione tendenzialmente centralizzato e orbitante attorno al meccanismo, ormai quasi esclusivamente formale, dell'iscrizione all'a.n.c. si è sostituito uno di tipo pluricentrico dove le SOA¹²¹ e gli organismi certificatori del sistema di qualità sarebbero

¹¹⁹ Il d.P.R. n. 34/2000 prevedeva l'istituzione di una Commissione consultiva che doveva esprimere parere all'Autorità in merito all'autorizzazione delle Soa a svolgere attività di qualificazione. La norma non è stata successivamente riprodotta nel nuovo regolamento di cui al d.P.R. n. 207/2010. Cfr. A. CANCRINI, *La privatizzazione..cit.*, dove si osserva che «la Commissione è stata concepita come un organismo che raccoglie le competenze e professionalità dei vari protagonisti della materia dei lavori pubblici – pubbliche amministrazioni, imprese di autonomie locali, categorie dei lavoratori – attuando quell'esigenza di rappresentatività che (seppur con diversi poteri e con diversa impostazione) già aveva connotato i Comitati dell'albo nazionale costruttori». Per la composizione della Commissione si veda l'art. 5 del d.P.R. n. 34/2000.

¹²⁰ L'istituzione dell'Autorità è stata prevista dall'art. 4 della legge n. 109/1994. La Corte Costituzionale, con sentenza 7 novembre 1995, n. 482, ha ritenuto non fondate le questioni sollevate da alcune regioni circa la violazione di competenze ad esse costituzionalmente riservate che sarebbe derivata dall'istituzione della richiamata autorità: *“l'istituzione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici rappresenta uno dei cardini della riforma della materia [...] le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo; esse esprimono una funzione di garanzia, in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo. Le attività rimesse all'Autorità assumono carattere strumentale rispetto alla conoscenza e alla vigilanza nel complessivo settore dei lavori pubblici”*.

¹²¹ Il tratto differenziale più saliente rispetto al passato è costituito dall'affidamento delle attività di verifica non più ad organi pubblici, quali erano i comitati dell'albo nazionale costruttori, ma ad organismi privati. L'originario testo dell'art. 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, non modificato sul punto dal successivo d. l. 3 aprile 1995, n. 101, convertito nella legge 2 giugno 1995 n. 216, prevedeva, invece, al comma 3, che il sistema di qualificazione fosse articolato in enti di accreditamento pubblici e in organismi di certificazione sia pubblici sia di diritto privato.

divenuti co-protagonisti del sistema di qualificazione¹²², residuando alle stazioni appaltanti il compito di verificare i requisiti generali¹²³.

Tuttavia, il nuovo meccanismo di preselezione delle imprese sarebbe risultato concretamente operativo – una volta emanato il regolamento di attuazione previsto dall'art. 8, comma 2 – dal 1° gennaio 2000, poi posticipato al successivo 1° marzo.

¹²² All'indomani della riforma A. CANCRINI, *La privatizzazione.. cit.*, si esprimeva in senso dubbioso, rilevando come i principi cardine su cui si fondava il vecchio regime (unicità e centralizzazione pubblica del sistema Albo, competenza della singola stazione appaltante nella qualificazione rapportata ai lavori in gara) costituivano «principi sulla cui validità e livello generale difficilmente si può discutere: essi sono accettati e riconosciuti – concorrenti tra loro ovvero alternativi – in tutti gli ordinamenti nazionali e sovranazionali. Ebbene, dall'intero (*nuovo*) sistema al momento si possono soltanto ipotizzare una serie di perplessità, soprattutto in ordine alla reale imparzialità nel giudizio da parte delle diverse SOA, con conseguente e innegabile pregiudizio per le imprese». Della stessa idea, F. TITOMANLIO, *Le Soa: un qualificatore privo di investitura*, in www.giustamm.it, n. 1/2009: «il sistema SOA per la qualificazione delle imprese che operano nei lavori pubblici ha una caratteristica: è unico, ma non perché sia “unico per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici”, ma perché al mondo non ve ne è un altro uguale. La ragione di questa rarità è che la qualificazione, sia quando venga esercitata dalle singole stazioni appaltanti, sia nel caso di accentramento, come nei sistemi tipo Albo, è basata su un principio ineliminabile: la qualificazione deve essere svolta da un solo soggetto, perché è l'unico modo per garantire la *par condicio* fra i concorrenti. Se, per esempio, un ente appaltante si servisse di due commissioni, ad una delle quali affida la qualificazione di metà dei concorrenti e all'altra della seconda metà, si creerebbe una disparità perché il giudizio sarebbe inevitabilmente diverso. Nel sistema SOA, non v'è alcun rischio del genere: la disparità è insita nel sistema. Alle gare partecipano imprese attestate da SOA differenti, da SOA, cioè, che hanno soppesato con manica larga o con manica stretta le imprese, le quali, quindi, non si trovano su un piede di parità».

¹²³ Cfr. G.M. RACCA, *op. cit.*, p. 224: «l'istituzione di un sistema unico di qualificazione, quantomeno negli appalti di lavori pubblici, contribuisce a superare le questioni collegate alla facoltà della parte pubblica di scegliere quali certificazioni richiedere per la prova della qualificazione dei concorrenti, possibilità già limitata dalle prescrizioni generali e astratte poste nel (bando-tipo) al fine di garantire uniformità di comportamenti delle pubbliche amministrazioni. Il nuovo sistema di qualificazione dovrebbe evitare la richiesta di certificazioni non rilevanti o incongrue in relazione al contratto che si vuole stipulare, e superare così le conseguenti limitazioni della concorrenza».

La circostanza che, infatti, alla data legislativamente prevista, il provvedimento di organica riforma della materia della qualificazione non fosse stato ancora emanato, ha imposto al legislatore il ricorso allo strumento della decretazione d'urgenza, onde evitare un vuoto normativo che avrebbe determinato il pressoché totale blocco dell'attività negoziale dei soggetti tenuti all'applicazione della disciplina pubblicistica in tema di appalti di lavori.

Per scongiurare quello che è stato definito il cosiddetto “*millennium bug*” degli appalti pubblici, il Governo ha provveduto all'emanazione del d.l. 30 dicembre 1999, n. 502, un decreto “tampono” con l'obiettivo di garantire, nelle more del definitivo varo del regolamento sulla qualificazione, continuità al sistema, con la consapevolezza che lo stesso non sarebbe stato oggetto di conversione. In esso sono state riversate in larga parte le prescrizioni in tema di accesso alle gare contenute nello schema di regolamento sulla qualificazione, all'epoca *in itinere*, in tal modo anticipandone l'operatività. Del pari, nello stesso decreto legge, sono state anticipate alcune disposizioni contenute nello schema di regolamento generale di attuazione della legge n. 109/1994¹²⁴.

¹²⁴ Il d.l. si è posto in linea di sostanziale continuità con la direttiva tracciata dall'art. 9 della legge n. 109/1994 e dal d.P.C.M. n. 55/1991. Al fine di attuare gli effetti che sarebbero derivati dalla soppressione dell'albo (comunque cessato a partire dal 1° gennaio 2000) il legislatore ha ritenuto che, a partire da tale data, il certificato di iscrizione all'albo, nonostante si dovesse considerare già soppresso, mantenesse, comunque, seppur entro limiti predeterminati, una sua valenza ai fini della partecipazione alle gare. Sul punto il decreto legge stabiliva che il certificato di iscrizione all'albo nazionale dei costruttori dovesse continuare a costituire presupposto ineludibile, ma non esclusivo, per l'affidamento di lavori di importo pari o superiore ad euro 150.000. Inoltre, lo stesso decreto stabiliva la possibilità di utilizzare il certificato di iscrizione all'albo in tutti i casi in cui le imprese ne fossero in possesso, ancorché la relativa iscrizione non fosse stata sottoposta a revisione secondo la disciplina che regolava la materia (d.m. n. 172/1989).

Il d.l. n. 502/1999, come prospettato, non è stato convertito in legge. La relativa notizia è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 49 del 29 febbraio 2000, contestualmente a quella dell'entrata in vigore del d.P.R. n. 34/2000, a partire dal 1° marzo 2000¹²⁵.

Ai sensi dell'art. 3, comma 4, della legge n. 109/1994, inoltre, è stato emanato il d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, entrato in vigore tre mesi dopo (28 luglio 2000) la sua pubblicazione sulla G.U. (28 aprile 2000).

Tale regolamento di delegificazione ha comportato l'abrogazione di tutte le altre norme sui lavori pubblici ad eccezione della normativa antimafia e del nuovo capitolato generale delle opere pubbliche¹²⁶.

Per una puntuale ricostruzione della normativa transitoria cfr. R. DAMONTE, «*Al via*» il nuovo sistema di qualificazione, *cit.*, il quale, in senso critico, sottolinea come la citata previsione ponesse a carico del richiedente, che pure avesse presentato domanda, in vigenza del precedente sistema di qualificazione, le conseguenze derivanti dalle difficoltà incontrate dagli organi dell'albo nello smaltimento delle richieste di iscrizione; richieste, peraltro, moltiplicatesi nell'imminenza della sua abrogazione. Secondo l'Autore, quindi, la scelta adottata dal legislatore non può essere condivisa, «quantomeno sul piano giuridico, per violazione dei principi generali di razionalità e di uguaglianza formale, poiché non si possono far ricadere sul richiedente che abbia presentato domanda nei termini, i ritardi derivanti da carenze organizzative e di organico della pubblica amministrazione a cui il medesimo è del tutto estraneo».

¹²⁵ Il Ministero dei lavori pubblici con circolare prot. n. 182/400/93 del 1° marzo 2000 è immediatamente intervenuto a chiarire che, quantunque non convertito in legge, il d.l. n. 502/1999 avrebbe continuato ad applicarsi ai bandi di gara emanati durante il periodo della sua brevissima vigenza. La suindicata circolare è stata una prima guida per gli operatori del settore dei lavori pubblici a seguito dei cambiamenti intervenuti. Sul punto si veda diffusamente R. DAMONTE, *La qualificazione, cit.*, pp. 72 e ss.

¹²⁶ Quanto al rapporto esistente tra il d.P.R. n. 34/2000 e il d.P.R. n. 554/1999, le previsioni contenute in quest'ultimo, ove incompatibili con quelle del primo, erano da considerarsi prevalenti, non solo in base al criterio cronologico della successione delle leggi nel tempo delle norme – che agisce, nel caso, a favore del d.P.R. n. 554/1999 il quale, pur se adottato in data anteriore al d.P.R. n. 34/2000, è entrato in vigore successivamente ad esso – ma anche perché le norme di cui al d.P.R. n. 554/1999 costituivano l'unica disciplina compiuta e sistematicamente coerente espressa dall'ordinamento sulla specifica problematica della qualificazione.

Il suindicato d.P.R. n. 554/1999 è stato poi abrogato dall'entrata in vigore del nuovo regolamento di cui al d.P.R. n. 207/2010¹²⁷, la cui Parte I, Titolo III ha costituito fonte della disciplina secondaria in tema di qualificazione sino al recente Allegato II.12 al d.lgs. n. 36/2023.

4. Sintesi dei principali elementi della disciplina dettata dal d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207

Dopo aver analizzato la genesi del sistema di qualificazione e la sua successiva evoluzione, nel presente paragrafo verranno sinteticamente tratteggiati i principali caratteri dell'attuale disciplina, come dettata dal d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, la quale è stata quasi interamente trasposta, senza sostanziali modifiche, nell'Allegato II.12 al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in vigore dal 1° luglio 2023.

Nel Capitolo II seguirà un approfondimento degli aspetti più rilevanti relativi all'organizzazione e al funzionamento del modello SOA.

¹²⁷ Il d.P.R., come noto, costituisce il regolamento di esecuzione ed attuazione del codice dei contratti pubblici relativo a lavori, servizi e forniture, approvato con d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Nel codice il sistema di qualificazione unico, per lavori di importo superiore a euro 150.000, è stato in larga parte mutuato dagli assetti normativi previgenti, secondo la linea tracciata dalla legge n. 109/1994 (come modificata dalla legge n. 415/1998) e dal d.P.R. n. 34/2000, pur essendo demandata la disciplina al successivo regolamento.

Cfr. R. DAMONTE – M. BERSI, *op. cit.*, pp. 86 e ss., per una dettagliata ricostruzione degli interventi di modifica intervenuti nel tempo sul d.P.R. n. 34/2000 - in particolare per effetto delle novità introdotte dalla legge 1° agosto 2002, n. 166 (c.d. Merloni-*quater*) che hanno reso necessaria la predisposizione di un regolamento di modifica costituito dal d.P.R. 10 marzo 2004, n. 93 – e dell'impatto sul tema della qualificazione dei tre decreti "correttivi" al codice del 2006 (d.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6; d. gs. 31 luglio 2007, n. 113; d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152).

Il regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dedica alla disciplina del “*sistema di qualificazione*” ed ai “*requisiti per gli esecutori di lavori*” il Titolo III, Parte I, che comprende gli artt. da 60 a 96¹²⁸.

Il capo I contiene disposizioni generali, che delineano in primo luogo l’ambito di applicazione della qualificazione, la quale è obbligatoria per chiunque esegua i lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti, di importo superiore a euro 150.000 e la cui attestazione costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione da parte degli operatori economici dell’esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell’affidamento di lavori pubblici¹²⁹.

¹²⁸ Tali articoli del Regolamento (insieme a quelli da 14 a 43 relativi ai contenuti della progettazione e quelli da 215 a 238 relativi al collaudo), anche a seguito dell’abrogazione del d.P.R. n. 207/2010 disposta dall’art. 217, comma 1, lett. u) del d.lgs. n. 50/2016, hanno continuato ad essere in vigore fino al 1° luglio 2023. Il periodo transitorio era previsto fino all’emanazione di linee guida ANAC, le quali, però, non hanno mai visto la luce. Sull’impatto del Codice del 2016 e del successivo d.lgs. n. 36/2023 sul sistema di qualificazione si veda *infra*, Capitolo III.

¹²⁹ In questi termini l’art. 60 del Regolamento (art. 1 Allegato II.12), che riprende sul punto l’art. 1 del d.P.R. n. 34/2000. La disposizione chiarisce espressamente che le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal capo I e III dello stesso Regolamento.

Il capo I contiene altresì l’indicazione delle categorie e classifiche nelle quali si articola l’attestazione (art. 61 – art. 2 Allegato II.12), la disciplina della qualificazione di imprese stabiliti in Stati diversi dall’Italia (art. 62 – art. 3 Allegato II.12) e del sistema di qualità aziendale (art. 63 – art. 4 Allegato II.12).

In particolare, le imprese sono qualificate per categorie di opere generali, per categorie di opere specializzate, nonché per prestazioni di sola costruzione. Le categorie vengono specificate nell’allegato A al Regolamento. Le imprese vengono qualificate per importi (la prima classifica riguarda il livello di importo fino a euro 258.000); l’importo della classifica VIII (importo illimitato), ai fini del rispetto dei requisiti di qualificazione, è convenzionalmente stabilito in euro 15.494.000.

La suddivisione dei lavori in categorie, cioè in tipologie diverse formalizzate normativamente, individua un aspetto marcatamente tecnico, ma con rilevanti effetti

L'Autorità di vigilanza¹³⁰ rilascia l'autorizzazione¹³¹ alle società organismi di attestazione che intendono svolgere la funzione di attestare.

Queste sono società per azioni, alle quali si impone un capitale minimo, un organico minimo (artt. 64, 67 e 70 del Regolamento – artt. 5, 8 e 11 dell'Allegato II.12), un corrispettivo minimo e massimo per le prestazioni che saranno loro richieste.

Il rispetto del principio di indipendenza di giudizio è affidato ad una puntuale disciplina delle partecipazioni azionarie (art. 66 del Regolamento – art. 7 dell'Allegato II.12).

Le società presentano all'Autorità istanza di autorizzazione corredata da documenti che il Regolamento indica tassativamente e sono previste richieste di ulteriori informazioni e di integrazioni della documentazione. L'Autorità conclude il procedimento entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento dell'istanza con il rilascio (o il diniego) dell'autorizzazione che è efficace senza limiti di tempo (all'art. 71 – art. 12 dell'Allegato II.12 – è previsto un potere di ispezione), ma che, tuttavia, può essere oggetto di

giuridici, anche in considerazione dell'obbligo per l'amministrazione appaltante di indicare nel bando di gara le categorie corrispondenti all'appalto da affidare.

¹³⁰ Come meglio si dirà in seguito, l'Autorità di settore è stata fin da subito individuata come il soggetto pubblico più idoneo a vigilare sul corretto funzionamento delle attività delle SOA, dapprima l'AVLP, poi l'AVCP e oggi l'ANAC. Precise indicazioni operative provenienti dall'autorità di vigilanza negli anni hanno trovato da ultimo composizione organica nel *“Manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro”*.

¹³¹ Il capo II del Regolamento (così come la Parte II dell'Allegato II.12) disciplina proprio l'autorizzazione degli organismi di attestazione.

decadenza¹³² al venir meno di requisiti e condizioni, previa contestazione degli addebiti ed in contraddittorio con la società interessata¹³³.

In ipotesi di decadenza le attestazioni rilasciate dalla società restano valide a tutti gli effetti, ma le imprese qualificate sono tenute ad individuare, entro trenta giorni da quando ne hanno ricevuto comunicazione, una nuova società competente. Quest'ultima regola vale anche nell'eventualità di fallimento o di cessazione dell'attività di una SOA.

Le società autorizzate a svolgere l'attività di attestazione sono inserite in un apposito elenco come previsto dall'art. 69 (art. 10 dell'Allegato II.12), mentre l'art. 70 (art. 11 dell'Allegato II.12) fissa i principi cui le SOA devono attenersi nello svolgimento delle loro attività: diligenza, correttezza, trasparenza, imparzialità, indipendenza, etc.

I poteri di controllo e vigilanza dell'Autorità vengono disciplinati dall'art. 71 (art. 12 dell'Allegato II.12) e consentono di controllare *“le determinazioni assunte dalle SOA in merito ai contratti stipulati dalle imprese per ottenere l'attestazione qualora le imprese interessate ne facciano richiesta”*. I medesimi poteri possono essere esercitati *“anche su motivata e documentata istanza di una impresa ovvero di una SOA o di una stazione appaltante”*.

¹³² Inizialmente l'art. 7, comma 9, del d.P.R. n. 34/2000 parlava di “revoca” dell'autorizzazione: detto termine, come segnalato dal Consiglio di Stato, Sezione Consultiva atti normativi, nel proprio parere n. 3262 del 17 settembre 2007, è stato considerato improprio in quanto la revoca si qualifica quale atto di ritiro per fatti sopravvenuti o rivalutazione dell'interesse pubblico originario, mentre nel caso di specie si tratta di eliminare dall'ordinamento giuridico un atto per fatto imputabile al richiedente, cfr. L. MANZI, *Commento agli artt. 70-75 del regolamento attuativo al codice dei contratti pubblici*, in *Il nuovo regolamento appalti pubblici*, a cura di R. GAROFOLI – G. FERRARI, Roma, 2011, pp. 303 e ss.

¹³³ L'art. 73 (art. 13 dell'Allegato II.12) disciplina il regime sia delle sanzioni pecuniarie applicabili nei confronti delle SOA che delle relative cause e della procedura per addivenire alla sospensione e decadenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione.

L'impresa che intende ottenere l'attestazione di qualificazione deve stipulare un contratto con la SOA che ha ad oggetto una prestazione di servizio. Il servizio consiste nell'attestare la sussistenza di requisiti d'ordine generale (art. 78) e di requisiti di ordine speciale (art. 79)¹³⁴. La società con la quale l'impresa ha stipulato l'apposito contratto svolge l'istruttoria e gli accertamenti necessari alla verifica dei requisiti di qualificazione, anche mediante accesso diretto alle strutture aziendali. La procedura di rilascio deve essere completata entro novanta giorni dalla stipulazione del contratto, prorogabili, per integrazioni o carenze documentali, per un periodo complessivamente non superiore ad altri novanta giorni.

Al proposito nel Regolamento sono disciplinate le modalità di redazione dei certificati dei lavori eseguiti, il periodo di attività documentabile¹³⁵, i

¹³⁴ Entrambe le tipologie di requisiti sono disciplinate dall'art. 18 dell'Allegato II.12. Gli uni consistono, ad eccezione della cittadinanza e della iscrizione nel registro delle imprese, nell'insussistenza delle cause di esclusione dalle gare. Gli altri, requisiti di ordine speciale, consistono nella capacità economica e finanziaria, nell'idoneità tecnica ed organizzativa, nella dotazione di attrezzatura tecnica e nell'adeguato organico medio annuo. M. ROTONDI, *op. cit.*, p. 204, osserva che «si tratta di condizioni più rigorose (dal punto di vista quantitativo) rispetto alla superata disciplina dell'albo che intendono realizzare l'effettività della qualificazione».

Lo stesso art. 79 fissa specificamente i criteri per la determinazione di ciascuno di tali requisiti.

¹³⁵ Inizialmente le SOA accertavano la capacità tecnica e professionale dell'impresa richiedente sulla base degli ultimi cinque anni di attività e la capacità economico finanziaria sulla base dei migliori cinque anni tra gli ultimi dieci. Poi il nuovo Codice ha esteso tale periodo agli ultimi dieci anni di attività, sia per accertare la capacità tecnica che quella economica. Infine, il decreto "sblocca-cantieri", convertito nella legge n. 55/2019, con l'intento di permettere la partecipazione alle gare d'appalto anche alle imprese che non hanno eseguito lavori dalla crisi del 2008, ha esteso ulteriormente l'ambito temporale preso in considerazione agli ultimi quindici anni. Per un commento su tale previsione si veda C. DE PORTU, *La qualificazione delle imprese per un mercato efficiente: liberi suggerimenti..o mere suggestioni in attesa del regolamento del codice dei contratti pubblici*, in *Riv. Trim. App.*, I, 2020, p. 173 e ss.: «si tratta di una scelta..saggia? si tratta, sicuramente, di una scelta sollecitata da istanze politico-

criteri di valutazione dei lavori eseguiti, degli importi, della rivalutazione degli importi (è pure disciplinata la esecuzione di lavori all'estero); puntuali disposizioni prevedono l'attribuzione all'appaltatore e al subappaltatore dei crediti ai fini della qualificazione; disciplina dettagliata è riservata anche alla composizione della direzione tecnica.

La durata dell'efficacia dell'attestazione è di cinque anni, con verifica entro il terzo anno¹³⁶. Prima della scadenza del termine l'impresa deve

economiche, le quali a loro volta originano dalla situazione da tempo "stantia" del mercato dei contratti pubblici, dalle molte difficoltà che han aggravato numerosi operatori del settore negli ultimi anni, sicché in difetto di rivitalizzazione ovvero implementazione dei requisiti in questione, si è ritenuto necessario attingere a quelli per così dire consolidati. Ma un periodo così esteso rischia di essere un *boomerang*. In disparte i possibili problemi di compatibilità comunitaria di un tale sistema, il periodo considerabile di quindici anni potrebbe non sempre rappresentare in termini veri e oggettivi la capacità tecnico-economica-finanziaria dell'operatore. La facile critica del "meccanismo" che ora è posto a fondamento del sistema di qualificazione è che la SOA non viene chiamata a verificare la attuale efficienza e affidabilità dell'operatore economico, ma piuttosto a mettere in fila e fare le somme di carte risalenti, sì riferite all'impresa certo, ma all'impresa...di altri tempi. [...] D'altra parte, non è interesse né delle SOA e men che meno degli operatori economici, confrontarsi in un mercato di "fantasmi", ovvero di imprese le cui qualità tecniche possono essere limitate a oltre due lustri indietro nel tempo. [...] Se, dunque, in prospettiva si può auspicare un ripensamento (legislativo) circa il periodo di attività documentabile ai fini del riconoscimento della qualificazione, frattanto si potrebbe immaginare e proporre che la qualificazione possa essere riconosciuta con un apprezzamento "differenziato", valorizzando decisamente gli anni più vicini all'attualità. È chiaro, infatti, che solo una attuale e dunque reale capacità dell'OE risponde alle esigenze del sistema dei contratti pubblici».

¹³⁶ Dapprima la durata di efficacia della qualificazione era fissata in un periodo non inferiore a due anni e non superiore a tre. Tale aspetto ha costituito oggetto della modifica che la legge n. 166/2002, art. 7, comma 1, lett. d), ha operato all'art. 8, comma 4, lett. g) della legge n. 109/1994. Cfr. determinazione n. 31/2002 del 18 dicembre 2002 AVLP, in cui, tra l'altro, si rileva che «i due aspetti, verifica entro il terzo anno del mantenimento nel soggetto qualificato dei requisiti di ordine generale e di quelli di capacità strutturale e durata quinquennale, costituiscono un *unicum* inscindibile, sia dal punto di vista concettuale sia da quello applicativo».

Il riferimento temporale attribuisce un significato dinamico al controllo. Si è voluto evitare di riprodurre quello stesso inconveniente del «congelamento» ad un dato momento dell'accertamento delle buone condizioni dell'impresa. Sul punto si confronti

stipulare altro contratto con la medesima SOA o con altra per conseguire il rinnovo dell'attestazione¹³⁷.

In caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo, il nuovo soggetto può avvalersi per la qualificazione dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine. Il rilascio di ciascuna attestazione comporta il pagamento di un corrispettivo determinato – nel minimo e per non oltre il doppio – sulla base della formula enunciata dall'All. C del Regolamento (Tabella B dell'Allegato II.12). La verifica parziale infratriennale è soggetta a tariffa ridotta.

M. GRECO, *La legge «Merloni-ter» e il nuovo sistema di qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici*, in *Riv. giur. edil.*, n. 3/2000, p. 130.

¹³⁷ L'art. 76, comma 5, del Regolamento (art. 16, comma 5, dell'Allegato II.12) dispone che *“almeno novanta giorni prima della scadenza del termine, l'impresa che intende conseguire il rinnovo dell'attestazione deve stipulare un nuovo contratto con la medesima SOA o con un'altra autorizzata all'esercizio dell'attività di attestazione”*. La giurisprudenza costante interpreta questa previsione nel senso di ammettere l'ultravigenza della pregressa attestazione in pendenza dell'espletamento della procedura di verifica, laddove questa sia stata ritualmente e tempestivamente attivata; al fine della verifica della continuità del possesso dei requisiti speciali di partecipazione di cui all'attestazione SOA, ritiene, dunque, sufficiente che l'impresa abbia presentato istanza di rinnovo nel termine normativamente previsto, ovvero novanta giorni precedenti la scadenza del termine di validità dell'attestazione, ai sensi dell'art. 76, comma 5, D.P.R. n. 207/2010 (cfr. Cons. di Stato, Ad. plen. 30 gennaio 2014, n. 16; Cons. di Stato, Ad. plen. 18 luglio 2012, n. 27; Cons. di Stato, sez. V, 08/03/2017, n. 1091; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 09/06/2016, n. 737; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 10 luglio 2015, n. 3670; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 10 aprile 2015, n. 785; T.A.R. Basilicata, Potenza, 29 aprile 2013, n. 214 e 3 febbraio 2020, n. 117; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 21 gennaio 2019, n. 96; cfr. altresì ANAC, parere precontenzioso n. 54/2014). L'ultrattività della certificazione scaduta opera, dunque, nei casi in cui la domanda di rinnovo sia stata presentata entro il termine di novanta giorni dalla scadenza dell'attestazione; ove invece la domanda sia presentata oltre tale termine, l'attestazione non costituisce rinnovo di quella precedente ma attestazione nuova ed autonoma rispetto a quella scaduta e decorre, quanto a efficacia, dalla data del suo effettivo rilascio (anziché retroagire al momento di scadenza della prima) (Cons. Stato, sez. V, sent. n. 4148/2018).

La preposizione dell'Autorità a tale complesso sistema è alla base delle norme statuenti che della stipula del contratto di qualificazione, del rilascio o del diniego dell'attestazione deve essere data informazione da parte della SOA nei trenta giorni successivi e, nei quindici giorni successivi, esserle trasmessa copia dell'attestato.

5. Prime riflessioni conclusive

In base alle brevi notazioni che precedono, appare di tutta evidenza come il legislatore, mediante l'innovato assetto normativo, abbia dato vita ad un sistema di qualificazione imprenditoriale esclusivo, condizionato e condizionante.

Esclusivo¹³⁸, in quanto la partecipazione delle imprese italiane alle gare, al di sopra di una certa soglia, non può prescindere dal conseguimento dell'attestazione SOA, che è condizione necessaria e sufficiente¹³⁹ di abilitazione a seconda della categoria di opere e classifica di importi.

Condizionato, in quanto sia la costituzione della SOA che il rilascio, da parte di quest'ultima, delle relative attestazioni sono vincolati all'osservanza di una minuziosa e dettagliata disciplina in ordine a requisiti e procedure.

Condizionante, in quanto le stazioni appaltanti possono ammettere alle gare indette solo i soggetti in possesso dell'attestazione SOA e, comunque, vengono in pratica orientate nel loro operato dai dati del Casellario

¹³⁸ Cfr. art. 8, comma 8 legge n. 109/1994, art. 40 d.lgs. n. 163/2006, art. 84 del Codice e art. 100 d.lgs. n. 36/2023.

¹³⁹ Art. 60, comma 3 del Regolamento (art. 1, comma 3 dell'Allegato II.12) e prima art. 3, comma 2, d.P.R. n. 34/2000.

informatico¹⁴⁰ afferenti alla insussistenza di cause di esclusione dalle procedure di affidamento dei lavori pubblici in capo alle imprese qualificate.

Il sistema di qualificazione risultante dalla lettura sistematica della normativa contenuta nelle fonti sopracitate finisce, pertanto, per coinvolgere, in maniera diversa, quattro (o meglio cinque) categorie di soggetti – l’Autorità di vigilanza, la SOA, le imprese qualificate o qualificande, le stazioni appaltanti (e in maniera indiretta anche i c.d. organismi di certificazione della qualità aziendale) – tra i quali si instaurano e si intrecciano rapporti non agevolmente qualificabili¹⁴¹.

Gli elementi emersi attraverso il descritto passaggio dal precedente regime incentrato sull’albo nazionale costruttori rendono evidenti le dissonanze

¹⁴⁰ Con l’art. 27 del d.P.R. n. 34/2000 è stata prevista l’istituzione di un casellario informatico delle imprese qualificate, che contiene tutte le informazioni di maggior rilievo relative alle stesse. Ai sensi dell’art. 213, comma 10, del Codice (sostituito dall’art. 222, comma 10 del d.lgs. n. 36/2023) la gestione del casellario è demandata all’Autorità di vigilanza. La tenuta del casellario è disciplinata con regolamento ANAC approvato con delibera n. 861 del 02/10/2019 (sostituito dalla delibera ANAC n. 272 del 20 giugno 2023).

¹⁴¹ Cfr. F. SICILIANO, *L’insostenibile leggerezza dell’essere amministrativo..cit.* Secondo l’Autore, pur se in apparenza il nuovo meccanismo si presenta alquanto complesso, «bisogna convenire con la giurisprudenza amministrativa che il superamento del vecchio modello legale di verifica diretta da parte dello Stato della sussistenza, in capo ai soggetti iscritti all’albo nazionale costruttori, dei requisiti di idoneità tecnico-finanziaria, appare in linea con una generale tendenza alla semplificazione ed accelerazione delle procedure». (Si vedano Cons. di Stato, sez. VI, nn. 129/2005 e n. 991/2004; T.A.R. Lazio, sez. III, n. 4304/04).

Anche A. BARGONE, *op. cit.*, rileva che il nuovo sistema è improntato ad «una scelta di trasparenza e di definitiva rottura con il passato. [...] Grazie a questa modifica scompare ogni inopportuna commistione fra la sfera pubblica e la sfera privata nella gestione del nuovo sistema di qualificazione. Il mondo privato esprime gli organismi di attestazione, [...] mentre il pubblico esprime il soggetto deputato ad accreditare gli organismi di attestazione e a vigilare sul sistema. Una chiara definizione dei ruoli contribuisce alla trasparenza e alla affidabilità della qualificazione».

esistenti nell'attuale sistema di qualificazione SOA rispetto alle categorie tradizionali degli enti predisposti alla cura dell'interesse pubblico.

In primo luogo, la compresenza in capo alle SOA simultaneamente dell'interesse pubblico, alla creazione di certezze, e dell'interesse privato, a rimanere sul mercato.

Inoltre, l'utilizzo dello strumento contrattuale, in cui si realizza l'incontro delle volontà delle parti, in relazione al quale occorre interrogarsi su quale sia la comune volontà rispetto agli interessi di cui ogni parte è portatrice, non di meno, in considerazione del fatto che la stessa SOA è titolare di interessi fra loro, come visto, confliggenti¹⁴².

Ulteriore momento di distorsione dalle logiche del diritto amministrativo è ravvisabile nel fatto che il contratto è fonte non solo e non tanto di un rapporto di servizio ma, soprattutto, dell'esercizio di una pubblica funzione – quella di attestazione – che si esprime in atti autoritativi e rispetto ai quali il secondo termine del sinallagma è configurato da una prestazione economica, sebbene determinata *ex lege*¹⁴³.

La previsione normativa che impone a carico delle SOA penetranti controlli da parte dell'Autorità di settore tenta di ricondurre il sistema di certificazione sui binari dell'imparzialità.

È indubbio, tuttavia, che il fenomeno sia permeato da innesti e sovrapposizioni di istituti, i quali rendono oltremodo difficile l'individuazione di puntuali ambiti di disciplina. Parimenti, qualsivoglia

¹⁴² In questi termini R. BARBERIO, *op. cit.*, p. 1007, la quale richiama S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunit.*, 1996, p. 590.

¹⁴³ L. TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2001, pp. 1105 e ss., rileva che in questo caso si può ragionevolmente affermare che «l'interesse pubblico cede il passo ad interessi eterogenei e tra loro conflittuali».

definizione mal si attaglia a qualificare una realtà contrassegnata dalla erosione degli archetipi¹⁴⁴.

In conclusione, il tema della qualificazione delle imprese ai fini degli appalti pubblici si presenta complesso e delicato.

Oggettivamente complesso perché non suscettibile di essere proficuamente inquadrato ed ingabbiato in modelli teorici non solo per la inidoneità degli stessi a rispecchiare una realtà mutevole nel suo dinamismo e nella sua naturale fluidità, ma anche perché al di là di alcuni momenti cardine, quasi indefettibili in ogni modello di sistema, molteplici e mutevoli nel tempo e nello spazio sono le esigenze da soddisfare.

Di qui la delicatezza del tema che dovrebbe trovare il suo assetto ottimale in un equilibrio armonico che mentre, da un alto, deve rifuggire da eccessi regolatori che non giovano al mercato, suscettibili come sono di creare distorsioni, comparti chiusi e rendite di posizione, dall'altro non può non tenere in conto adeguato che alla lunga non giova al mercato l'assenza di regole e criteri chiari, finalizzati ad impedire l'insorgenza di gravi episodi di crisi, capaci di mettere in discussione il sistema stesso¹⁴⁵.

¹⁴⁴ R. BARBERIO, *op. cit.*

¹⁴⁵ In questi termini P. SALVATORE, *Le attestazioni SOA nell'atto di segnalazione al Governo e al Parlamento del 21 gennaio 2004*, in *Cons. Stato*, n. 2/2004, pp. 455 e ss.

Sezione II

Profili comparatistici

6. La qualificazione negli altri ordinamenti europei

La qualificazione, intesa come modalità di accertamento dei requisiti dell'impresa per partecipare alle gare e per contrarre con la pubblica amministrazione, risulta riconducibile a due grandi modelli nell'Unione a 27 Stati:

- a) qualificazione preventiva degli operatori economici, che si esprime mediante due modalità:
 - 1. l'attestato SOA;
 - 2. il certificato rilasciato da un albo a gestione pubblica e relativo ai lavori e ai servizi;
- b) la qualificazione delle imprese gara per gara¹⁴⁶.

Il primo modello è di tipo amministrativo, basato su provvedimenti e procedure, mentre il secondo è di tipo civilistico o di *Common Law* (stesse regole per soggetti pubblici e privati), basato sul contratto e la libertà negoziale tra le parti.

La qualificazione preventiva a carattere obbligatorio è radicata prevalentemente nel Sud Europa: oltre che in Italia, la troviamo presente in sei paesi dell'Unione Europea e cioè a Cipro, in Grecia, in Spagna, in

¹⁴⁶ Tale distinzione fa riferimento esclusivo al settore classico degli appalti pubblici, dato che nei settori speciali si riscontra in tutta Europa una diffusa presenza di sistemi di qualificazione preventiva gestiti dalle diverse stazioni appaltanti e relative ai lavori come ai servizi e alle forniture.

Portogallo, ma si riscontra anche in due paesi dell'Europa continentale quali Belgio e Lussemburgo¹⁴⁷.

Alcuni paesi prevedono sistemi preventivi obbligatori parziali: Romania e Polonia, per esempio, hanno sistemi di prequalificazione obbligatoria solo per determinati settori o per specifiche tipologie di opere; la Germania, come si vedrà, dal 2005 ha introdotto un albo pubblico obbligatorio, gestito dal Ministero Federale, unicamente per le infrastrutture strategiche di trasporto.

Il modello di tipo civilistico o di *Common Law* è il più diffuso in Europa, tanto che nella maggior parte dei paesi UE, compresi i più grandi per un totale del 70% circa del mercato unico, la qualificazione è gestita caso per caso dalle singole stazioni appaltanti mediante esame del dossier di qualificazione dell'impresa candidata o offerente.

La qualificazione gara per gara avviene anche in un Paese come la Francia, campione del diritto amministrativo e della centralizzazione statale che non ha un sistema preventivo obbligatorio ed in cui la qualificazione è operata dalle singole stazioni appaltanti, che godono di ampia discrezionalità.

6.1. Il modello amministrativo di prequalificazione obbligatoria

Nei paesi UE che adottano un sistema di prequalificazione obbligatoria gli organi preposti al rilascio delle attestazioni sono pubblici, sul modello del nostro precedente albo nazionale dei costruttori. L'iscrizione nelle diverse classi di importo fa riferimento a tetti massimi di importi medi annui.

¹⁴⁷ C. RANGONE, *Il recepimento delle direttive appalti e concessioni negli Stati membri*, IGI – Istituto Grandi Infrastrutture, marzo 2016.

Tale criterio, denominato del doppio *plafond*, dato dall'iscrizione nella classe d'importo e nella classe d'importo massimo, garantisce alla stazione appaltante una tutela maggiore circa la solidità economica e finanziaria dell'impresa, fissando un valore massimo di lavori, pubblici e privati (nazionali ed esteri), eseguibili contestualmente¹⁴⁸.

Rispetto agli altri sistemi di qualificazione preventiva obbligatoria il modello italiano si distingue principalmente per due aspetti:

1. la gestione della qualificazione è affidata alle SOA, organismi privati cui viene attribuita la funzione pubblica, mentre negli altri paesi è condotta dal Ministero competente mediante Commissioni (con pari rappresentanza pubblica e privata), le quali rilasciano i certificati;
2. non è previsto alcun tetto massimo di “contestuale esecuzione delle opere”, mentre, come osservato, negli altri paesi è fissato un limite

¹⁴⁸ Così, C. RANGONE, *La qualificazione e la selezione delle imprese di costruzione nell'Unione Europea*, intervento a Convegno UNISOA, dicembre 2013. In Grecia il tetto massimo dei lavori acquisibili per classe d'importo è pari a tre volte la classe di iscrizione. In Spagna viene calcolato prendendo in considerazione vari aspetti (entità e capacità del personale tecnico, parco macchinari, capitale operativo dell'anno in corso e quello degli ultimi cinque anni, anni di esperienza, lavori eseguiti negli ultimi dieci anni etc..) che potranno portare ad un incremento massimo pari a circa tre volte la classe di importo cui si è iscritti. Anche il Portogallo utilizza un sistema basato su una pluralità di aspetti, in particolare finanziari. In Belgio il sistema *d'agrégation* (la Commissione *d'agrégation* è l'organo tecnico che rilascia i certificati) applica il criterio della contestuale esecuzione ai sensi dell'art. 7, comma 3 della *Loi* 20 marzo 1991 e ss.mm.ii: “*il re determina la quantità totale di lavoro, sia pubblica che privata, che può essere eseguita simultaneamente dallo stesso appaltatore al momento dell'aggiudicazione dell'appalto o della concessione*”. Tale criterio è da sempre criticato dalle imprese per via della difficoltà di valutazione e di applicazione (nel determinare il valore su base annua dei singoli contratti, nel sottrarre dal calcolo le parti subappaltate etc..). Per via di tali difficoltà è possibile la deroga: il Ministero può decretare, in via continuativa o temporanea per singola opera, la qualifica dell'impresa per un importo superiore a quello previsto dalla sua iscrizione.

di lavori pubblici e privati eseguibili contestualmente, riferito a tutte le categorie e le classi di importo, anche quella superiore.

6.1.1. Il modello della Spagna

Il modello spagnolo prevede l'obbligo di classificazione per imprese che intendono partecipare a gare d'appalto per lavori di importo uguale o superiore a 500.000 euro, ai sensi dell'art. 77, comma 1, lett. a) della legge n. 9 del 2017 *de Contractos del Sector Público*¹⁴⁹⁾¹⁵⁰.

L'organo pubblico competente per rilasciare l'attestazione è la *Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado del Ministerio de Economía y Hacienda*.

Le comunità autonome possono stabilire i propri sistemi di classificazione di impresa che, tuttavia, saranno validi solo nell'ambito della comunità autonoma e si otterranno seguendo gli stessi criteri di classificazione nazionale¹⁵¹.

Per richiedere la classificazione è necessario compilare l'apposito modulo e i relativi allegati¹⁵² unitamente a tutti quei documenti che provino il

¹⁴⁹ *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.*

¹⁵⁰ Per i contratti di servizi non è necessaria ma è raccomandabile in quanto permette di accreditare la capacità economico-finanziaria e le competenze tecniche e professionali delle imprese. Si veda sul punto Studio Cresme, 2020, *Studio sulla qualificazione delle imprese operanti nel mercato degli appalti pubblici e sulla qualità nelle costruzioni*, in www.cqop.it.

¹⁵¹ Attualmente le uniche comunità autonome ad avere un proprio sistema di classificazione sono: Catalogna, Murcia, Canarie e Paesi Baschi.

¹⁵² I documenti sono disponibili sul sito del *Ministerio de Economía y Hacienda* e possono essere presentati dalle imprese in qualsiasi delegazione del ministero oppure per via telematica. Sono richiesti, in particolare:

possesso dei requisiti generali¹⁵³ . Ogni successiva variazione dei dati dovrà essere comunicata alla *Junta Consultiva de Contratacion Pública del Estado del ministerio de Economía y Hacienda*.

Ai sensi dell'art. 82, comma 2, della legge n. 9/2017, per mantenere la classificazione è necessario dimostrare ogni anno il mantenimento della capacità economico finanziaria e ogni tre anni quello delle competenze tecniche e professionali.

Avere realizzato precedenti lavori non è requisito imprescindibile, potranno essere classificate anche le imprese di recente creazione che ancora non hanno realizzato lavori.

Le diverse attività sono suddivise in gruppi e sottogruppi, ai quali è assegnata una categoria d'importo (sulla base del fatturato medio annuo) e una categoria di importo medio annuo (secondo il suindicato criterio del doppio *plafond*).

-
- i dati personali e sociali dell'impresa (compreso il capitale sociale a fine esercizio), dei componenti del consiglio di amministrazione e dei responsabili dell'esecuzione dei lavori, la composizione azionaria e l'oggetto sociale;
 - i dati del personale (tecnico professionale al servizio dell'impresa con competenza nella direzione ed esecuzione dei lavori, amministrativo e di assistenza tecnica assunto per l'esecuzione dei contratti) con indicazione del titolo di studio, degli anni di esperienza e dell'ordine professionale (o del gruppo di previdenza sociale);
 - l'elenco dei mezzi tecnici di proprietà, in *leasing* e affittati negli ultimi cinque anni;
 - l'importo dei lavori pubblici effettuati negli ultimi dieci anni nonché gli importi annuali del totale delle opere eseguite (sia per la p.a. che per i privati) negli ultimi cinque anni;
 - il patrimonio netto a fine esercizio.

¹⁵³ Fotocopie autenticate del documento del rappresentante legale e dell'atto di costituzione dell'impresa, autodichiarazione che attesti l'assenza di procedimenti in corso di divieto di contrarre con la p.a., certificati che attestino la regolarità nel pagamento dei tributi e della previdenza sociale, eventuali autorizzazioni per l'esercizio dell'attività e certificati di buona esecuzione di lavori e servizi).

Una volta ottenuta la qualificazione le imprese vengono iscritte nel *Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (ROLECE)*¹⁵⁴.

6.1.2. Il modello della Francia: un caso a parte

Il sistema amministrativo francese è da sempre considerato per molti aspetti il modello insuperato di organizzazione pubblica di uno stato moderno, tanto che l'Italia lo ha assunto come punto di riferimento, specialmente in materia di appalti pubblici.

Sebbene il modello transalpino possa apparire molto simile al nostro sotto numerosi profili, presenta due differenze sostanziali rispetto al sistema di scelta del contraente negli appalti pubblici: la difforme lettura, in chiave facoltativa, della qualificazione preventiva delle imprese¹⁵⁵ e soprattutto la forte discrezionalità attribuita alle amministrazioni aggiudicatrici¹⁵⁶.

Tale impostazione emerge con evidenza dall'analisi delle disposizioni contenute nel vigente *Code de la commande publique*¹⁵⁷.

La non obbligatorietà di un sistema preventivo di qualificazione si desume dall'art. L2125-1 e dai seguenti R2162-(27-36), ai sensi dei quali

¹⁵⁴ Il *ROLECE* è un registro elettronico e le richieste d'iscrizione così come l'ottenimento di certificati avviene in modo telematico. Tali certificati sono sufficienti ad accreditare le imprese di fronte alla p.a.

¹⁵⁵ La Francia rappresenta un caso a parte in tema di qualificazione in quanto, pur essendo caratterizzata da un ordinamento amministrativo, peraltro molto regolamentato, non contempla la qualificazione preventiva obbligatoria ma adotta un sistema di qualificazione gara per gara.

¹⁵⁶ F. NUTI, *La qualificazione delle imprese nell'ordinamento italiano: profili comparati e spunti problematici*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, n. 1/2011, p. 72.

¹⁵⁷ Così come nel precedente *Code des marchés publics*, décret n. 975/2006.

l'amministrazione aggiudicatrice può liberamente istituire un *systeme de qualification*, inteso come una sorta di sistema di preselezione, o *screening*, tra i vari operatori ritenuti idonei alla realizzazione di una determinata opera.

In verità le certificazioni delle imprese, e dunque l'attestazione della loro qualificazione, rilasciate da organismi privati o parapubblici, con evidenziazione e valutazione della capacità ed esperienze delle imprese nelle diverse prestazioni, sono molto diffuse e ordinariamente vengono richieste nei bandi di gara, ancorché rimangano facoltative¹⁵⁸.

Siffatto approccio sulla qualificazione consente il mantenimento di una forte discrezionalità e responsabilità amministrativa in materia di scelta del contraente. Proprio in relazione a quest'ultimo aspetto, un ulteriore passaggio che ha notevolmente ampliato l'ambito decisionale delle

¹⁵⁸ Secondo quanto rilevato da Studio Cresme, *Studio sulla qualificazione..cit.* per partecipare alle gare pubbliche non è obbligatoria la certificazione anche se di fatto l'80% del fatturato del settore delle costruzioni proviene da imprese certificate QUALIBAT. Si tratta di un'organizzazione senza fini di lucro pubblico-privata, un ente di diritto privato controllato dallo Stato che nasce nel 1949 come OPQCB – *Organisme Professionnel de Qualification et de Classification du Bâtiment et des activités annexes* (Ufficio pubblico di qualificazione per la costruzione di edifici) su iniziativa del Ministero delle costruzioni e di organizzazioni professionali di imprenditori, architetti e *maître d'ouvrage*, e che nel 1993 diventa QUALIBAT. QUALIBAT è accreditata da COFRAC (Comitato francese di accreditamento) e garantisce l'affidabilità dell'impresa che ne fa richiesta mediante la verifica dei seguenti requisiti: assicurazione di responsabilità civile in corso di validità, regolarità contributiva (fiscale e di previdenza sociale), stabilità finanziaria (verificata sulla base degli ultimi due anni), competenza tecnica (*know-how* ed esperienza dell'azienda, soddisfazione del cliente in merito alla qualità dei risultati, rispetto delle scadenze), adeguate risorse umane e mezzi tecnici. La certificazione è onerosa, ha una validità di quattro anni ma è annualmente soggetta a controllo e alla scadenza è oggetto di revisione completa. Il processo di verifica è molto severo e rigoroso: dopo aver verificato il rispetto dei requisiti del sistema di riferimento, il dossier viene sottoposto ad una commissione dipartimentale o nazionale composta dai professionisti del settore (architetti, *maître d'ouvrage* pubblici e privati, uffici di controllo e aziende) volontari e indipendenti. Solo la metà delle imprese che richiedono la certificazione, o il rinnovo della stessa, riescono ad ottenerla.

stazioni appaltanti è determinato dalla previsione contenuta nell'art. R2142-14¹⁵⁹. Viene infatti stabilito che l'eventuale assenza di un requisito, anche se relativo all'esecuzione di appalti analoghi a quelli in gara, di per sé non può giustificare l'esclusione del candidato, né esime l'amministrazione dall'esaminare le capacità professionali, tecniche e finanziarie del partecipante.

La norma trova la sua *ratio* nel diffuso timore, evidenziato soprattutto in dottrina, che l'esclusivo ricorso ad astratti criteri oggettivi, misurabili esclusivamente in via quantitativa, finisca per restringere la concorrenza a favore delle imprese più grandi. Proprio questa preoccupazione ha determinato, già al momento della stesura del *Code* del 2006, l'introduzione di una serie di disposizioni che, nel rispetto dei principi dell'Unione, conferiscano alle amministrazioni aggiudicatrici più ampi poteri, finalizzati a favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese¹⁶⁰.

¹⁵⁹ La norma riproduce quanto già previsto dall'art. 52, comma 4 del precedente *Code des marchés publics*.

¹⁶⁰ Come rilevato da C. RANGONE, *Il recepimento delle direttive..cit.*, p. 26, si veda in questo senso:

1. l'obbligo di c.d. *lotissement*, ovvero di suddivisione in lotti dell'opera, tutte le volte che questa operazione non rischi di rendere la prestazione tecnicamente difficile o finanziariamente più costosa. La previsione, contenuta nell'art. L2113-(10-11), è tesa a favorire le piccole e medie imprese e insieme a spingere le stazioni appaltanti a svolgere compiti tecnici di coordinamento e di controllo;
2. la facoltà riconosciuta alle stazioni appaltanti di riservare nelle gare ristrette un numero minimo di inviti alle piccole e medie imprese che non posseggono tutti i requisiti previsti dal bando, purché dimostrino di avere a disposizione le capacità e i tecnici adatti alle prestazioni messe a gara;
3. l'ampliamento legislativo dell'utilizzabilità del dialogo competitivo anche nel sotto soglia, al fine di "allenare" le stazioni appaltanti alla negoziazione, considerata la procedura più delicata e complessa ma, se ben gestita, la migliore in termini di efficienza.

6.2. Il modello civilistico e Common Law

Nella maggior parte dei paesi UE la qualificazione è gestita gara per gara dalla stazione appaltante. In questi casi l'amministrazione esamina il dossier presentato dall'impresa ai fini della qualificazione e decide se ammetterla o escluderla dalla gara¹⁶¹.

La tendenza dei mercati più rilevanti dei paesi a sistema di qualificazione gara per gara (francese da un lato, tedesco e inglese dall'altro) è di programmare la spesa in opere al fine di generare un risparmio economico e di tempo per la finanza pubblica; responsabilizzare e dare autonomia decisionale alle stazioni appaltanti cui è affidato il compito di selezionare gli operatori; attribuire una grande importanza agli elaborati tecnici di gara, essenziali ai fini della qualificazione.

6.2.1. Il modello della Germania

Con un assetto costituzionale a base marcatamente federale, la Germania offre, in tema di appalti pubblici, l'esempio più coerente di aderenza alle formule tradizionali, con un *corpus* normativo essenziale e poco modificato nel corso del tempo¹⁶².

¹⁶¹ L'esame che normalmente operano le stazioni appaltanti è teso a verificare le reali capacità e le effettive competenze dell'impresa. I controlli vengono condotti con ogni mezzo: controllo della documentazione prodotta sulle caratteristiche e specializzazioni dell'impresa; valutazione dei certificati di esecuzione dei lavori, in particolare quelli analoghi alla gara; valutazione delle informazioni provenienti da ogni fonte, anche giornalistica, sull'organizzazione e l'affidabilità dell'impresa, dello staff tecnico indicato per l'opera e degli eventuali subappaltatori. Tutti i paesi negli anni hanno cercato di snellire e standardizzare i documenti da produrre per accelerare l'analisi.

¹⁶² In Germania il quadro normativo è pressoché lo stesso dal 1936.

In ragione del forte attaccamento alla tradizione la disciplina dell'appalto si caratterizza per taluni tratti molto netti: pochi riferimenti normativi; forte autonomia contrattuale della pubblica amministrazione; radicamento della prassi comportamentale; grande rilievo degli aspetti tecnici e progettuali¹⁶³.

La normativa, molto semplice, è contemplata principalmente nei c.d. *Verdingungsordnung*, regolamenti sugli appalti, a loro volta costituiti dal *VOB*, cioè il regolamento recante la disciplina degli appalti pubblici di lavori, e dal *VOL*, contenente le disposizioni in materia di appalti di servizi e forniture.

Per quanto attiene alla qualificazione delle imprese, sono evidenti le differenze con il sistema proprio della normativa italiana, considerato che, analogamente a quanto avviene in Francia, anche in Germania non è necessario il rilascio di una previa attestazione d'idoneità ai fini della partecipazione alla gara, essendo sufficiente la mera osservanza di una serie di adempimenti burocratici.

Per sollevare sia le stazioni appaltanti che le aziende da tali adempimenti formali, il governo federale, assieme ai *Länder*, ai comuni e alle Associazioni di categoria del settore, ha stabilito nel 2005 l'introduzione di un meccanismo facoltativo di *Präqualifikation* denominato PQ-VOB.

La certificazione PQ-VOB prova l'idoneità dell'impresa per quanto riguarda le conoscenze tecniche, l'affidabilità e le prestazioni, in conformità con la norma 6a VOB/A o 6a UE VOB/A, ma non certifica la stabilità economica né ne garantisce la qualità in conformità con le

¹⁶³ C. RANGONE, *Procedure e tempi di esecuzione delle grandi opere nei paesi industrializzati: analisi comparata delle procedure più efficaci per la realizzazione delle opere pubbliche in Francia, Germania, Gran Bretagna e Spagna*, Studio OICE, dicembre 2007, in www.oice.it.

specifiche dei regolamenti tecnici o dell'autorità responsabile della vigilanza sulle opere.

Le imprese idonee vengono inserite nell'elenco ufficiale degli operatori economici approvati PQ-VOB e viene messo a disposizione delle stazioni appaltanti un elenco di società prequalificate da includere in una procedura d'appalto con i dati in formato digitale e i documenti che ne provano l'identità¹⁶⁴.

L'Associazione per la prequalificazione delle imprese di costruzione (*Verein für Präqualifikation von Bauunternehmen*) è un organo pubblico a cui è demandata la responsabilità dell'attività di prequalificazione in collaborazione con l'ente tedesco di accreditamento GmnH (DAkkS) mediante la supervisione degli organismi di prequalificazione da lui nominati. Essa assicura, dunque, il rispetto di una procedura uniforme a livello nazionale sulla base delle linee guida del Ministero federale responsabile per l'edilizia.

Il sistema è attuato da organismi privati accreditati, individuati dall'associazione mediante bando di gara a livello UE¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Studio Cresme, *Studio sulla qualificazione...cit.*

¹⁶⁵ Tali organismi sono per certi versi simili alle SOA, trattandosi di società private che svolgono esclusivamente attività di certificazione del possesso di predeterminati requisiti. Sono sei gli uffici presso cui le imprese tedesche possono richiedere la qualificazione: DQB – Associazione tedesca per la qualificazione e valutazione GmbH; DVGW CERT GmbH; PöyrtCert GmbH & Co. KG; VMC Präqualifikation GmbH; Certificazione Bau GmbH; PQ-Bau GmbH.

Tale modello di verifica qualitativa si presenta efficiente, tuttavia in una prima fase sono state poche le imprese che volontariamente hanno deciso di farsi certificare, dato che la procedura risultava onerosa per le piccole e medie imprese e non così necessaria. Nel 2013 il sistema si è stabilizzato con circa 8.000 imprese certificate. Il Governo tedesco ha deciso quindi di ricorrere a misure incentivanti quali il potenziamento degli investimenti pubblici e l'introduzione di norme volte ad accelerare l'aggiudicazione dei lavori di importo ridotto mediante procedure semplificate che valorizzino la prequalificazione, rendendo il suo possesso un effettivo vantaggio.

Di fatto la scarsa attenzione che il legislatore tedesco riserva alla preventiva qualificazione delle imprese ai fini selettivi non deriva, come invece accade in altri Stati, quali la Francia o l'Inghilterra, da una forte autonomia decisionale in capo alle stazioni appaltanti, bensì dall'attenzione rivolta agli aspetti tecnici della proposta, i quali costituiscono il vero strumento di selezione degli operatori economici¹⁶⁶.

6.2.2. Il modello del Regno Unito

Il Regno Unito, come la Germania, ha poche norme in materia di qualificazione. Delle imprese si verificano principalmente la capacità di innovazione progettuale e tecnico-esecutiva, la reputazione.

In Gran Bretagna le stazioni appaltanti tendono a favorire gli operatori iscritti negli albi dei fornitori tenuti dalle singole amministrazioni.

Nell'ultimo decennio, tuttavia, si è riscontrata una crescente adozione di procedure e modalità di preselezione differenti.

Con lo scopo di semplificare e velocizzare le procedure, il Governo ha investito nel *network Constructionline*, il più grande *database* inglese del settore delle costruzioni istituito nel 1998.

Tale sistema è stato costituito dal Governo britannico mediante una *joint venture* con la società di consulenza Capita p.l.c..

Fin da subito il database ha registrato 14.500 iscrizioni, sia da parte di imprese individuali che grandi appaltatori, ma ben presto sono emerse anche alcune criticità.

¹⁶⁶ Ciò è quanto emerge dalla lettura degli allegati alla parte C del *VOB*, le c.d. *DIN Normen*: una cinquantina di fascicoli tecnici e progettuali richiesti per le diverse lavorazioni. Questo particolare intreccio, tra normativa giuridica da un lato e tecnica dall'altro, costituisce il tratto distintivo della normativa tedesca in materia di appalto.

Si pensava, infatti, che il sistema avrebbe permesso agli operatori economici di non riprodurre la documentazione necessaria per ogni gara, con un conseguente risparmio di risorse sia per il settore privato che per quello pubblico.

Durante una seduta parlamentare del 2008 è stato osservato che molte amministrazioni pubbliche “*continuano ad utilizzare le proprie procedure di prequalificazione su misura poiché il sistema si basa sull'autocertificazione. Constructionline è stato istituito per risolvere il problema relativo alla necessità di ridurre gli oneri imposti alle imprese da parte di molti regimi di prequalificazione ma si è dimostrato insoddisfacente. Il governo dovrebbe farlo funzionare o abbandonarlo*”¹⁶⁷.

Il problema dell'utilizzo del *database* è legato principalmente al fatto che le imprese inseriscono a sistema tutte le informazioni necessarie ma *Constructionline* non effettua alcuna verifica sulla validità di quanto autocertificato.

Il sistema è stato quindi acquisito da società private, dapprima nel 2015 da Capita p.l.c. e nel 2018 da Warburg Pincus L.L.C.¹⁶⁸.

¹⁶⁷ *House of Commons Business and Enterprise Select Committee Ninth Report, Parliament UK, luglio 2008.*

¹⁶⁸ Il *database* contiene i dati di circa 50.000 operatori economici, riguardanti: stato e legittimità, credenziali assicurative, finanziarie, sanitarie e di sicurezza, ambientali, qualità organizzativa, uguaglianza e pari opportunità. Tali informazioni, tuttavia, non trovano riscontro in un'effettiva attività di verifica.

CAPITOLO II

L'organizzazione e il funzionamento del sistema SOA

1. L'attestato SOA: natura e valore del documento

Tra il preesistente e l'attuale sistema di qualificazione, pur essendo immediatamente percepibili le evidenti differenze, esistono dei punti di contatto.

In primo luogo, l'obiettivo è identico e, cioè, creare uno strumento di legittimazione delle imprese alla partecipazione alle gare pubbliche, collegato al riscontro positivo in capo alle medesime di determinati requisiti di capacità tecnica e finanziaria normativamente prefissati.

In entrambi i casi, inoltre, il suddetto fine viene attuato per il tramite di una attività ritenuta dai più vincolata, il cui meccanismo è accentuato, come si vedrà, sia dalla tipizzazione della composizione e veste formale dei soggetti attivi deputati all'esplicazione di tale attività; sia dalla forma di legittimazione speciale per l'impresa (iscrizione all'albo o rilascio attestazione SOA); sia dal contenuto della verifica (riscontro dei requisiti minimi di ordine generale e speciale)¹⁶⁹.

Concentrando l'attenzione sulla tipizzazione relativa alla forma di esteriorizzazione dell'attività sociale si tenterà di sistemare gli atti in questione all'interno di una categoria, con l'avvertenza che le articolazioni che si tratteranno rappresentano una mera sintesi concettuale non certo

¹⁶⁹ F. SICILIANO, *L'insostenibile leggerezza...cit.*, p. 9 e ss.

normologica, i cui contenuti verranno proposti in senso diacronico. Ciò in quanto il legislatore crea di continuo nuove figure di non facile classificazione che mettono in crisi gli schemi tradizionali e non consentono una semplificazione unificante¹⁷⁰.

La realtà documentale, sia nella forma del vecchio certificato di iscrizione che in quella dell'attestazione SOA, è indispensabile strumento di esternalizzazione delle risultanze dell'attività istruttoria svolta.

Materialmente la suddetta attestazione consiste in un documento da cui è evincibile con certezza il soggetto da cui proviene (la SOA), il soggetto cui si riferisce (l'impresa istante) ed i requisiti posseduti da tale soggetto.

Stando al dato testuale del Regolamento¹⁷¹, l'attestato "*abilita*" l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori rientranti nella categoria risultante dal procedimento di qualificazione¹⁷².

In realtà la terminologia impiegata dal legislatore è impropria.

Si condivide, infatti, la posizione di chi in dottrina osserva che non può correttamente parlarsi dell'attestazione come di un titolo abilitativo perché non le appartengono alcune caratteristiche proprie delle autorizzazioni ricognitive di cui fanno parte anche le abilitazioni¹⁷³.

¹⁷⁰ In questi termini R. BARBERIO, *op. cit.*, p. 1004.

¹⁷¹ Art. 61, comma 2 del d.P.R. n. 207/2010 (art. 2, comma 2 dell'Allegato II.12); prima art. 3 d.P.R. n. 34/2000.

¹⁷² Anche l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, nell'Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento del 14 gennaio 2004, mutua dal legislatore tale espressione, osservando che «l'attestato di qualificazione, una volta rilasciato, *abilita* oggettivamente le imprese alla partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici».

¹⁷³ A. ASTANZI, *op. cit.*, p. 737. L'Autore rileva che «la dottrina ha ritenuto necessarie le abilitazioni per l'esercizio di talune professioni quali quella del medico, dell'ingegnere ecc., in quanto attraverso tali procedimenti si poteva saggiare l'idoneità dei richiedenti a svolgere una determinata attività. L'abilitazione si otteneva dopo aver sostenuto apposito esame cui seguiva l'iscrizione all'albo. Ad oggi vi sono tutta una serie di norme che sanzionano l'esercizio abusivo (cioè in assenza di abilitazione) di tali professioni. Tutti questi elementi non sono rinvenibili nel caso di specie. Inoltre è diversa la natura del

Risulta preferibile, invece, la tesi secondo cui attestare vuol dire qualificare un'impresa, sulla base dei requisiti che le sono propri, indicando per quali categorie di opere – generali o specializzate – ovvero per quali prestazioni sia in grado di assicurare alla stazione appaltate che i lavori verranno eseguiti con professionalità tecnica ed affidabilità anche economica.

Gli attestati, come noto, rientrano nel novero dei procedimenti dichiarativi, e precisamente nella sottoclasse degli atti certificativi¹⁷⁴, che realizzano una delle forme di esternazione tipiche dell'attività di accertamento¹⁷⁵.

È possibile, quindi, inquadrare l'attestazione SOA nell'ambito degli strumenti di creazione di certezze giuridiche previsti dall'ordinamento al fine di fronteggiare efficacemente quella tendenza che, in maniera significativa, è stata definita di complessificazione tecnico-giuridica¹⁷⁶ dei rapporti tra consociati e tra consociati e pubblico potere.

Una siffatta tendenza è, oggi, particolarmente percepibile nel settore dei lavori pubblici, laddove gli obiettivi di imparzialità e buon andamento si realizzano passando attraverso le intricate maglie della qualificazione per categorie e classifiche di lavori, di calcoli percentuali e matematici, nonché di vincoli e preclusioni di carattere tecnico imposti alle imprese per la

rapporto che lega l'ente attestatore all'impresa qualificanda, essendogli normativamente attribuita natura contrattuale. Manca, altresì, l'effetto permissivo (abilitante) all'esercizio dell'attività».

¹⁷⁴ Per una ricostruzione dei procedimenti dichiarativi si veda A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, cit.

¹⁷⁵ La categoria dell'accertamento è stata inquadrata dogmaticamente a livello di teoria generale da A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Vol. I, Milano, 1958, pp. 205 e ss.; con particolare riferimento al diritto amministrativo cfr. M.S. GIANNINI, *Accertamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 219 e ss.; ID., *Certezza pubblica*, cit.; I. BUCCISANO, *Accertamento*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1989.

¹⁷⁶ L'espressione è stata coniata da S. GIACCHETTI, *Certificazione*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988.

partecipazione alle gare pubbliche¹⁷⁷, la cui applicazione non può che tradursi in un'esigenza, di intuitiva valenza pubblicistica, di oggettivare incontestabilmente (tramite appunto la creazione di una condizione legale di certezza) l'idoneità e, dunque, la competitività di un'impresa¹⁷⁸.

Più in generale, si potrebbe dire che la suddetta esigenza (o meglio necessità) di operare tramite il supporto di certezze giuridiche è direttamente proporzionale al citato fenomeno di complessificazione, tanto più che, tra le recenti ed autorevoli proposte di classificazione, la certificazione rappresenta una delle quattro categorie fondamentali dell'attività amministrativa, insieme alla ordinazione, protezione e gestione¹⁷⁹.

Sotto tale profilo, l'attestazione SOA si atteggia, come sottolineato, quale tipica espressione dell'accertamento e/o certificazione¹⁸⁰, purché con tali nomenclature si intenda chiaramente far riferimento ad un'attività finalizzata alla certa e non problematica conoscenza di un determinato fenomeno¹⁸¹, che si realizza attraverso l'imposizione di un titolo formale¹⁸² vincolante *erga omnes* con efficacia preclusiva sostanziale¹⁸³.

¹⁷⁷ Il che, come già avvertito, impone il ricorso ad una tecnica normativa di delegificazione particolarmente complessa, stringente e tecnicistica.

¹⁷⁸ F. SICILIANO, *L'insostenibile leggerezza..cit.*, p. 13.

¹⁷⁹ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.* aggiornamento VI, Milano, p. 79.

¹⁸⁰ M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica, cit.*, precisa che «l'atto di certezza si articola in accertativo e certificativo: il render chiaro a sé stessi e il dichiarare ad altri ciò che si è appreso».

¹⁸¹ Gli atti certificativi consentono la circolazione di notizie riguardo a fatti qualificati da norme giuridiche, in modo da rendere più sicuri i rapporti economici e sociali. A tal proposito cfr. A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003.

¹⁸² A. FALZEA, *op. cit.*, il quale richiama l'istituzione del nesso tra contestazione ed incertezza oggettiva di G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti* (1903), in *Saggi di dir. proc. civ.*, I, Roma, 1930, p. 85.

¹⁸³ F. SICILIANO, *L'insostenibile leggerezza..cit.*, osserva che «in particolare, l'attestazione SOA costituisce titolo formale vincolante per la stazione appaltante, la cui

In dottrina¹⁸⁴ l'attestazione SOA è stata definita tecnicamente come certificazione¹⁸⁵ nominata (in quanto può essere emessa solo dagli

efficacia preclusiva sostanziale si evidenzia nella impossibilità di contestare, in presenza dell'attestato, la idoneità tecnico-finanziaria della concorrente, anche nella estrema ipotesi di evidente falsità dell'attestazione (quantomeno fino a che questa non venga rilevata con gli appositi strumenti previsti dalla legge), incidendo, così, direttamente sull'assetto dei rapporti tra impresa aspirante concorrente e stazione appaltante».

¹⁸⁴ F. SICILIANO, *op. ult. cit.*

¹⁸⁵ Nella *summa divisio* tra procedimenti e meri atti, le certificazioni ed attestazioni, dal momento che si configurano come atti di esternazione di conoscenza e non contengono una manifestazione di volontà, appartengono alla seconda categoria. Si caratterizzano per avere rilevanza non meramente endoprocedimentale e, quindi, autonomia strutturale e funzionale. Le classificazioni operate in dottrina si differenziano in ragione del parametro volta per volta assunto: tecnica dell'apprendimento o dell'efficacia e in ragione delle modalità di acquisizione della conoscenza. In particolare, in letteratura si sono distinti i certificati, che sono dichiarazioni emesse dagli organi a ciò autorizzati nei casi previsti e facenti pubblica fede di quanto affermato, dalle attestazioni, che sono dichiarazioni intese a dar contezza di fatti, situazioni e valutazioni tecniche compiute dall'autorità pubblica.

In questi termini R. BARBERIO, *op. cit.*, rileva che «una delle ricostruzioni ricorrenti della distinzione tratteggiata fa risalire il discrimine fra i due atti al grado di libertà di apprezzamento in ordine al contenuto dell'esternazione: gli attestati risulterebbero da un giudizio tecnico discrezionale, mentre i certificati consisterebbero in dichiarazioni che, generalmente, esternano il contenuto di precedenti atti. Tale prospettiva pone l'accento sul momento della ricognizione, sulla base di nozioni tecniche, dell'esistenza di fatti o di qualità che successivamente vengono manifestate all'esterno. In altri termini, le attestazioni esprimerebbero un giudizio di natura tecnico-discrezionale».

Sul punto, si veda G. SALA, *Certificati e attestati*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, II, 1987, pp. 536 e ss. Osserva l'Autore che mentre le certificazioni fanno pubblica fede di quanto in esse affermato, gli attestati ricomprendono gli atti riproduttivi cui la legge non riconosce l'attitudine a far pubblica fede e tutte le dichiarazioni emanate sulla scorta di accertamenti e valutazioni tecniche.

A. STOPPANI, *Certificazione*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 793 e ss. osserva che «qualche autore ha proposto di introdurre distinzioni in seno della categoria delle certificazioni. Così si è avuta una distinzione tra attestazioni e certificazioni in senso stretto, le prime concernenti fatti avveratisi dinanzi alla stessa autorità, le altre fatti non avveratisi in presenza: la distinzione è inaccettabile, ma soprattutto un risultato verbale, poiché nessuna conseguenza giuridica deriva dal modo con cui in sede di acclaramento (e non di certificazione) si avverano i fatti da acclarare».

organismi di qualificazione), propria¹⁸⁶ (perché creativa di certezza legale¹⁸⁷ e – non meramente notiziale – che non ammette contestazione se non nei modi tassativi indicati dalla legge), a rilascio doveroso.

¹⁸⁶ Sulle varie distinzioni delle certificazioni si veda S. GIACCHETTI, *cit.* e A. STOPPANI, *cit.* Quest'ultimo rileva che «l'indagine conduce necessariamente alla delimitazione di due grandi categorie: certificazioni in senso proprio e certificazioni in senso improprio, le prime produttive di certezza legale, le seconde di certezza meramente informativa. [...] La certificazione in senso proprio può definirsi la rappresentazione esterna di un fatto, che è già stato rappresentato, mediante un atto di certezza, [...] e volto a mettere il requisito di certezza in circolazione, per uso della collettività. [...] La categoria delle certificazioni in senso improprio raccoglie tutti quegli atti che non si riferiscono ad alcuna certezza legale, ma costituiscono invece, il risultato di una attività di accertamento compiuta, prima della loro emanazione, da pubbliche autorità o da altri soggetti equiparati. [...] Sono atti che qualificano un fatto, più o meno importante, che potranno avere rilevanza, più o meno grande, e produrre effetti, più o meno forti; ma faranno pur sempre fede, come suol dirsi, fino a prova contraria».

¹⁸⁷ P. SALVATORE, *Le attestazioni SOA nell'atto di segnalazione al Governo e al Parlamento del 21 gennaio 2004*, in *Cons. Stato*, n. 2/2004, pp. 455 e ss. osserva che: «le attestazioni SOA creano certezze legali sull'idoneità delle imprese di partecipare alle gare di appalti pubblici di lavori, le quali non possono essere messe in discussione dalle stazioni appaltanti. In particolare, si tratta di certezze legali ad uso necessario, nel senso che, come si è detto, obbligano alcune stazioni appaltanti ad assumere come vincolanti le rappresentazioni che contengono. L'assoggettamento di alcuni soggetti pubblici o assimilati alle suesposte certezze legali investe la circolazione delle certezze legali, certezze cioè – ed il punto va rimarcato – che circolano in modo uniformemente vincolante nel tempo e nello spazio, con il rischio di costituire una fotografia non a fuoco quanto più ampio è l'intervallo temporale tra il rilascio ed utilizzazione».

Ad ulteriore dettaglio, può anche aggiungersi che l'attestazione in oggetto si connota come espressione di un fatto¹⁸⁸ di certazione¹⁸⁹ e, cioè, di un'attività giuridica che, come l'accertamento *stricto sensu* inteso, ha l'obiettivo di realizzare una condizione di certezza pubblica, senza presupporre e rimuovere, a differenza di questo, una preesistente situazione giuridica di oggettiva incertezza, ma creando *ex novo* e/o qualificando oggettivamente una determinata condizione o un determinato accadimento prima inesistenti¹⁹⁰.

Caratteristica dell'attività che si esteriorizza nell'attestazione SOA, così come quella di tutti i fatti di certazione, non è l'incidenza diretta su determinate situazioni giuridiche soggettive (attive o passive), ma è quella di creare, tramite l'effetto qualificatorio che la contraddistingue, una

¹⁸⁸ A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Giappichelli Editore, Torino, 2005, p. 413, rileva che «per quanto attiene alle attività che si estrinsecano in acclamamenti, accertamenti o certazioni si può notare come, sebbene esternalizzate, allorché siano destinate a confluire nella decisione amministrativa divengano parte, ma più come fatti che atti, dell'attività amministrativa procedimentalizzata».

Come ha chiarito M.S. GIANNINI, *Accertamento*, cit., p. 223 «i fatti di certazione sono in massima parte degli atti, ma è sempre preferibile parlare di fatti anziché di atti [...] perché gli effetti prodotti si collegano alla sostanza di fatto e non a quella di atto, per esser essi derivati dalla norma e non dalla scelta operata dalla volontà del soggetto».

¹⁸⁹ M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, cit., definisce le certazioni come «atti che creano direttamente e immediatamente qualificazioni giuridiche di cose o di persone, prima di esse giuridicamente inqualificate, cioè non aventi rilevanza giuridica. [...] Solo le certazioni in senso proprio creano qualificazioni giuridiche di persone o cose, in modo immediato, ossia senza intermediazione di altri fatti o atti, e in modo diretto, ossia tale per cui se esse mancassero quelle persone e quelle cose non giungerebbero al livello della rilevanza giuridica, resterebbero fuori del mondo giuridico».

A. STOPPANI, cit., rileva che: «(le certazioni) sono atti che hanno la funzione di qualificare direttamente cose o persone, introducendole nel mondo giuridico. Or in pratica sovente si confondono queste certazioni con le certificazioni. [...] Senza questi atti non già esistono situazioni incerte, ma non esistono situazioni giuridicamente qualificate. Le certificazioni invece non introducono nulla di nuovo nella realtà giuridica: si limitano a rendere nota ad altri soggetti una realtà che già esiste nel mondo giuridico ed esiste già con sue qualificazioni».

¹⁹⁰ F. SICILIANO, *op. ult. cit.*

situazione oggettiva (nel caso di specie l'idoneità tecnico-finanziaria anzi, meglio, il riconoscimento o, in negativo, il mancato riconoscimento della stessa).

La suddetta qualificazione o situazione oggettiva – ossia l'attestazione che, in uno specifico contesto temporale, un'impresa possiede o meno determinate caratteristiche tecnico-finanziarie – sarebbe di per sé giuridicamente irrilevante, o meglio, neutra, se non fosse la legge, a sua volta, a qualificare tale qualificazione, attribuendole un effetto permissivo o ostativo della partecipazione alle gare pubbliche, a seconda dell'esito della certazione¹⁹¹.

In questa prospettiva il sistema di qualificazione incardinato sull'attestazione SOA pare ancorare il fenomeno di certazione non al mero atto documentale che lo esterna ma alla dimensione di un fatto.

Più precisamente, sarebbe la norma che collega al fatto la produzione dei vari effetti, ma poiché il fatto non vive se non attraverso l'atto di certezza legale che lo esteriorizza, è l'atto a segnare il momento in cui l'effetto si produce. La produzione dell'effetto è, attraverso la mediazione della

¹⁹¹ Tale prospettiva, che appare condivisibile, è delineata da F. SICILIANO, *op. ult. cit.*, il quale si allontana dall'approccio ermeneutico che, in relazione al precedente sistema di iscrizione obbligatoria all'albo, individuava nella stessa una fattispecie di accertamento costitutivo di *status*. Questo sia perché l'attestazione SOA non attribuisce poteri, ma una semplice qualità, sia perché la discussa nozione di accertamento costitutivo non consente di evidenziare correttamente la scomposizione tra momento di accertamento e momento costitutivo derivante esclusivamente dalla legge.

Contrariamente, come evidenziato, R. DAMONTE – M. BERSI, *La qualificazione, cit.*, connettono alla qualificazione un vero e proprio effetto costitutivo, permettendo la stessa l'esercizio di una facoltà o di un potere che prima non potevano essere esercitati. Anche L. IEVA, *Non esiste il potere dell'Authority di annullare (o modificare) le attestazioni SOA*, in *Urbanistica e appalti*, n. 7/2003 descrive l'attestato SOA come «un atto avente la funzione di accertamento costitutivo di qualità necessarie per la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica».

norma, rapportato al fatto (giuridico), ma si avvera allorché l'atto acclara il fatto e lo introduce nel mondo del giuridico¹⁹².

A ciò si aggiunga il particolare per cui, nel caso di specie, alla strumentalità della certazione consegue la strumentalità della situazione giuridica sulla quale essa incide.

Questo è vero se si pensa che il rilascio dell'attestazione SOA non attribuisce alcun potere o vantaggio immediato e diretto all'impresa, ma semplicemente strumentale o potenziale, consentendo la possibilità di partecipare ad un numero indefinito di gare pubbliche, nell'arco di validità del documento.

Più precisamente, ciò che si realizza con l'attestazione SOA sembrerebbe riconducibile ad un fatto di certazione di scienza¹⁹³ volto a dare contezza oggettiva (*id est*, opponibile *erga omnes*) della qualità di un determinato soggetto con effetto preclusivo¹⁹⁴.

Sulla forza probante di tale realtà documentale, tuttavia, non vi è univocità di vedute.

Secondo un orientamento, espresso dall'Autorità di settore in numerosi atti e fatto proprio anche da un consolidato filone della giurisprudenza amministrativa, l'attestazione SOA sarebbe equiparabile ad un atto pubblico facente fede fino a querela di falso¹⁹⁵.

¹⁹² In questi termini, M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, cit.

¹⁹³ M.S. GIANNINI, *Accertamento*, cit.

¹⁹⁴ P. SALVATORE, *Le attestazioni SOA*, cit., osserva che «il carattere peculiare, anche se non esclusivo, delle certezze legali in esame è che alle stesse non preesiste una nozione ovvero un elemento fattuale che si vuole far conoscere, sia pure con la connotazione ulteriore dell'incontestabilità; qui si tratta di creare una qualificazione giuridica di determinati soggetti, cioè una legittimazione specifica che li rende idonei ad assumere la veste di contraenti nei confronti di specifici soggetti individuati dall'ordinamento, che non possono contestare siffatta qualità».

¹⁹⁵ Tra gli atti dell'Autorità di settore, *ex multis*, l'atto di segnalazione al Governo e al Parlamento, *Potere dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici in materia di*

In questo senso “*la certificazione SOA – ove esistente e formalmente corretta – è dunque vincolante per l’amministrazione, che nel corso delle verifiche di sua competenza circa la sussistenza o meno dei presupposti di partecipazione alla gara dei singoli operatori economici non può sindacarne la correttezza o veridicità, se del caso per discostarsene*”¹⁹⁶.

Una diversa parte della dottrina¹⁹⁷ e della giurisprudenza¹⁹⁸ ritiene, invece, che le certificazioni SOA non assurgano ad atti fidefacenti, impugnabili in

annullamento o riduzione delle attestazioni di qualificazione rilasciate dagli organismi di attestazione – SOA, del 14 gennaio 2004, in www.anticorruzione.it, precisa che le SOA emanano «un documento – attestato di qualificazione – avente natura di atto pubblico fidefacente». Secondo questa impostazione, dunque, la correttezza e/o veridicità della certificazione non può essere dedotta - in via principale o anche solo incidentale - innanzi al giudice amministrativo, bensì solamente avanti a quello civile con la formale proposizione di una querela di falso ex art. 221 c.p.c., visto quanto previsto dall’art. 77 c.p.a..

¹⁹⁶ In questi termini, Cons. di Stato, sez. V, n. 4622 del 14 giugno 2021, dove si chiarisce anche che: “secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, dal quale non vi è evidente ragione di discostarsi, nel caso di specie, il rilascio delle attestazioni SOA integra una funzione pubblica di certificazione, potendosi equiparare l’attestato SOA ad un atto pubblico che fa fede fino a querela di falso del possesso dei requisiti in esso - appunto - attestati (*ex multis*, Cons. Stato, VI, 4 luglio 2012, n. 3905; V, 19 aprile 2011, n. 2401); in tal senso si pongono anche il comunicato AVCP n. 41 del 13 luglio 2004 e le determinazioni della stessa nn. 6 del 21 aprile 2004 e 10 del 25 maggio 2004”.

¹⁹⁷ A. MALTONI, *Il conferimento cit.*, p. 353.

¹⁹⁸ Corte di Cass., sez. I pen., 6 luglio 2021 n. 38030, richiamata anche da Trib. Roma, sez. VIII pen., 17 marzo 2022 n. 4451 e Trib. Roma, sez. VII pen., 20 settembre 2022 n. 10636 (dep. il 4 ottobre 2022), in cui si evidenzia che l’esigenza di garanzia del contenuto dell’atto “non giunge a poterlo considerare dotato di fede pubblica privilegiata, e quindi resistente fino a querela di falso, essenzialmente in ragione della materia devoluta all’attestazione delle SOA, ossia la certificazione di qualità per i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici circa il possesso dei requisiti tecnici e finanziari richiesti dalla legge. Invero, trattasi di attività prettamente valutativa, anche se condotta nel rispetto di parametri individuati dalla normativa di settore (dunque rispondenti a criteri di discrezionalità vincolata), la cui forza probante non può essere rigidamente predeterminata”. Le prescrizioni normative che disciplinano la qualificazione, infatti, evidenziano “la natura valutativa dell’attività demandata alle SOA ed impongono di imboccare la strada obbligata di escludere che le attestazioni siano atti pubblici a fini civili (artt. 2655-2700 cod. civ.), e quindi assistite da fede privilegiata.

quanto tali, soltanto mediante proposizione di querela di falso, bensì ad attestazioni, facenti fede fino a prova contraria¹⁹⁹. Seguendo questa prospettiva interpretativa, *“l’affermazione dei giudici di palazzo Spada²⁰⁰ secondo cui gli atti di attestazione hanno valore di atti pubblici deve correttamente intendersi nel senso che fondano sì una certezza legale ma soltanto relativa. Perché possa formarsi una certezza legale assoluta – qualificazione che appare rilevare essenzialmente dal punto di vista processuale – debbono infatti ricorrere i presupposti indicati dagli artt. 2699 e 2700 c.c., a norma dei quali l’atto deve essere redatto da un pubblico ufficiale, che sia autorizzato, in base a una norma, ad attribuirgli pubblica fede. Quantunque sia da ritenere che il legale rappresentante della SOA, assumendo che alla stessa società siano dalla legge direttamente conferite potestà pubbliche, rivesta la qualifica di pubblico ufficiale, non si rinviene una disposizione che attribuisca un’autorizzazione a conferire pubblica fede agli atti di attestazione²⁰¹”*.

Tale soluzione ha innegabili riflessi sostanziali e processuali, consentendo ed imponendo alle stazioni appaltanti di dare credito ad eventuali prove contrarie circa la non veridicità delle attestazioni SOA ed ai soggetti controinteressati di tutelare la propria sfera giuridica in maniera celere e duttile”.

¹⁹⁹ Per tale distinzione si veda G. SALA, *op. ult. cit.*

²⁰⁰ Sent. Cons. di Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 991.

²⁰¹ A. MALTONI, *op. cit.* Sul punto F. SICILIANO, *Qualificazione per eseguire i lavori pubblici e norme di garanzia della qualità* in *Il nuovo codice dei contratti pubblici dei lavori, servizi e forniture*, a cura di F. SAITTA, CEDAM, Padova, 2008, p. 320, ha messo in evidenza la precisa distinzione che vi è in diritto penale tra certificato ed atto pubblico ai fini dell’integrazione di diverse fattispecie incriminatrici: «secondo un orientamento giurisprudenziale in materia di falso, per poter qualificare come certificato amministrativo un atto proveniente da un pubblico ufficiale devono ricorrere due condizioni: a) che l’atto non attesti i risultati di un accertamento compiuto dal pubblico ufficiale redigente, ma riproduca attestazioni già documentate; b) che l’atto, pur quando riproduca informazioni desunte da altri atti già documentati, non abbia una propria distinta e autonoma efficacia giuridica, ma si limiti a riprodurre anche gli effetti dell’atto preesistente. Dal punto di vista amministrativo, l’attestazione SOA, pur non ricorrendo le due suddette condizioni, rappresenta comunque una tipica espressione della funzione

Sul punto alcuni Autori concludono che il carattere assoluto o relativo delle certezze pubbliche rilevarebbe sul piano processuale ma non su quello sostanziale, ove ciò che conta è il prodursi di un'efficacia preclusiva, ovvero l'insorgenza di un obbligo per i consociati di considerare quanto rappresentato nell'atto come certo fino a che non intervenga una verifica giudiziale in senso contrario. Tale considerazione non muterebbe, a ben vedere, a seconda che la certezza sia superabile con querela di falso ovvero con semplice prova contraria²⁰².

Connessa all'efficacia probatoria del documento assume, infine, rilievo la questione del corretto inquadramento del tipo di attività rimessa alle SOA ai fini del rilascio dell'attestazione.

amministrativa di certificazione. Tale profilo evidenzia che la dicotomia atto pubblico/certificato amministrativo utilizzata nel sistema penale per differenziare le fattispecie incriminatrici non pare utilizzabile per inquadrare dogmaticamente le attestazioni SOA, che sono, allo stesso tempo, atti pubblici amministrativi e certificazioni amministrative. Solo in tale prospettiva, sembra potersi cogliere una certa logica nella dizione "atto pubblico a fini penali". A ciò aggiungasi che da essa potrebbe desumersene anche una valenza negativa, e, cioè, che l'attestazione SOA non debba necessariamente identificarsi in un atto pubblico, la cui falsità possa evidenziarsi esclusivamente attraverso lo strumento della querela di falso».

²⁰² In tal senso P. CERBO, *Verbale e verbalizzazione (diritto amministrativo)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, Torino, 2000, p. 636, secondo il quale il problema dell'assolutezza o relatività della certezza viene in rilievo soltanto sul piano processuale, cioè quando il giudice sia chiamato a verificare direttamente o incidentalmente una certezza legale. *Contra* M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, cit.*, p. 980 e P. GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela*, Giuffrè, 1996, pp. 251 e ss. e 259 e ss., per il quale mentre gli atti dichiarativi non sono espressione di potere amministrativo in senso proprio, deve riconoscersi che quelli costitutivi di certezze pubbliche assolute hanno "forza imperativa" e carattere "autoritativo", in quanto sono *ex art. 221 ss. c.p.c.*, fidefacienti. Secondo A. MALTONI, *op. cit.*, «siffatta impostazione svislisce il dato sostanziale e attribuisce valore assoluto all'aspetto probatorio, rilevante soltanto sul piano processuale».

In particolare, accanto all'orientamento che ritiene a carattere vincolato l'attività di verifica e controllo esercitata dalle SOA²⁰³, vi sono coloro che, al contrario, individuano in tale attività, soprattutto per quanto riguarda i requisiti di ordine speciale di tipo tecnico-organizzativo ed economico-finanziario²⁰⁴, ambiti in cui vengono in rilievo accertamenti valutativi²⁰⁵. Seguendo quest'ultima tesi, l'accertamento affidato alle SOA sarebbe solo in parte vincolato al riscontro degli elementi puntualmente previsti dal Regolamento: si pensi, ad esempio, all'utilizzazione di criteri matematici, quali l'esecuzione di un singolo lavoro, in ogni categoria oggetto della richiesta, di importo non inferiore al 40% dell'importo della qualificazione

²⁰³ A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e certezze private cit.*; F. SICILIANO, *cit.*, Cons. di Stato, sez. VI, sent. 22 marzo 2005, n. 1178.

²⁰⁴ Anche per quanto riguarda i requisiti di carattere generale, A. MALTONI, *op. cit.*, commenta quanto stabilito dall'Autorità di vigilanza nella determinazione del 21 aprile 2004, nella quale si individuano le attività di accertamento da compiersi ai fini della verifica triennale (*"le SOA devono verificare la veridicità delle dichiarazioni sostitutive di atto notorio, rese in ordine alla inesistenza di condanne che incidono sulla moralità professionale dell'impresa, richiedendo[.]il certificato generale del casellario giudiziale di tutti i soggetti che hanno reso le dichiarazioni sostitutive e nel caso siano esistenti condanne, sempre che siano state indicate nella dichiarazione, esprimere una valutazione inerente alla loro incidenza o meno sulla moralità professionale dell'impresa, traendo elementi di valutazione dai concreti contenuti della fattispecie, dal tempo trascorso dalla condanna e da eventuali recidive"*).

Secondo l'Autore «a ben vedere, questa non può certo considerarsi un'attività vincolata, in quanto presuppone il compimento di valutazioni che paiono addirittura fuoriuscire dall'ambito discrezionale-tecnico per sconfinare in quello discrezionale-amministrativo».

²⁰⁵ In tal senso A. MALTONI, *op. cit.*, il quale riprende sul punto S. FOÀ, *Nuovi munera pubblici e principio di imparzialità. Il caso delle società organismi di attestazione in materia di lavori pubblici*, in www.giustamm.it, secondo cui «gli attestati, le attestazioni – a differenza degli atti dichiarativi o ricognitivi che non danno luogo ad apprezzamenti discrezionali – sono gli atti che risultano da un giudizio tecnico discrezionale. [...] Le attestazioni rilasciate dalle SOA si iscrivono in questo quadro, posto che le stesse società devono accertare la sussistenza, in capo ai soggetti richiedenti di una serie di requisiti di ordine generale, che implicano una mera attività di ricognizione, e di ordine speciale, relativi all'adeguatezza della capacità economico e finanziaria, dell'idoneità tecnica e organizzativa, della dotazione di attrezzature tecniche e dell'organico medio annuo».

richiesta (art. 79, comma 5 del Regolamento – art. 18, comma 9 dell'Allegato II.12), previsto come elemento per accertare l'idoneità tecnica.

In altri casi, invece, sembrerebbe permanere in capo alle SOA un margine di valutazione – ancorché di natura tecnica²⁰⁶ – in ordine ai requisiti delle imprese richiedenti.

Con riguardo alle competenze affidate dal legislatore ai nuovi organismi di attestazione, dunque, appare ricorrere la dicotomia, tradizionalmente prospettata in letteratura, tra accertamenti semplici, che non conseguono ad un giudizio, e accertamenti valutativi, per contro compiuti in seguito ad un giudizio più o meno complesso²⁰⁷.

²⁰⁶ In questi termini, dopo aver affermato che le SOA emettono “certificazioni fidefacenti”, G. P. CIRILLO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici emanati nell'esercizio dei poteri di vigilanza sul sistema di qualificazione delle imprese*, in *Riv. trim. app.*, n. 4/2000, secondo il quale «l'accorgimento operato dal legislatore [...] è stato quello di imporre delle rigide regole tecniche predefinite cui l'impresa deve uniformarsi, di modo che l'attestazione si risolve in un sostanziale atto di ammissione, che annulla sia l'area della discrezionalità amministrativa e sia quella dell'autonomia negoziale, esaltando la discrezionalità tecnica».

²⁰⁷ Così S. FOÀ, *op. cit.*. Anche R. BARBERIO, *op. cit.*, concorda sul fatto che «...se relativamente ai requisiti di ordine generale l'accertamento è vincolato [...] con riferimento, invece, ai requisiti di ordine speciale, l'accertamento è in parte vincolato al riscontro degli elementi puntualmente previsti dal regolamento (sì da annullare in tali casi ogni margine di discrezionalità nell'attività degli organismi di attestazione), ed in parte consente un margine di valutazione tecnica (nella disamina dell'adeguatezza dei requisiti da accertare in capo alle imprese richiedenti). Come è noto l'utilizzo di norme tecniche fondate su regole scientifiche inesatte ed opinabili dà luogo a valutazioni complesse di tipo probabilistico. La componente di variabilità di tali valutazioni fa sì che si possa ravvisare negli atti di attestazioni emanati dalle SOA il risultato di una discrezionalità tecnica, piuttosto che di un accertamento tecnico».

1.1. L'attestato SOA e la certificazione di qualità

La SOA svolge anche una diversa attività certatoria, che può essere definita indiretta e che consiste nella verifica e presa d'atto della sussistenza o meno in capo all'impresa della certificazione di qualità, rilasciata da appositi organismi accreditati²⁰⁸.

Tale tipo di attività si presenta diversa da quella descritta, dal momento che la SOA non è chiamata ad operare una verifica diretta dei requisiti ma procede ad una sorta di ricognizione di un effetto qualificatorio già prodotto in base ad una procedura svolta da altri soggetti²⁰⁹.

²⁰⁸ Nei sistemi della qualità l'accreditamento indica una forma di abilitazione "privata", mediante la quale appositi organismi di accreditamento dichiarano l'idoneità degli organismi certificatori a svolgere la funzione certificatrice, sulla base della valutazione dei requisiti di professionalità e dell'esperienza acquisita.

Con il Regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 luglio 2008, l'Unione Europea ha stabilito una disciplina europea unica in materia di accreditamento delle società di certificazione, prevedendo che in ogni Stato membro debba esistere un unico organismo nazionale di accreditamento, il quale agisce, di fatto, come un'autorità pubblica, indipendentemente dallo *status* giuridico che gli è attribuito. In Italia, il ruolo di ente nazionale di accreditamento è svolto da Accredia, un'associazione senza fini di lucro nata nel luglio 2009 dalla fusione tra SINAL (Sistema nazionale per l'accreditamento dei laboratori di prova) e SINCERT (Sistema nazionale per l'Accreditamento degli Organismi di certificazione e di ispezione), con lo scopo, appunto, di avere un ente di accreditamento unico.

A livello europeo, è stato istituito un organismo, l'EA (European co-operation for Accreditation), con la funzione di coordinare la cooperazione europea in materia di accreditamento. A sua volta l'EA è membro dell'ILAC (International Laboratory Accreditation Cooperation), la conferenza internazionale di cooperazione in materia di accreditamento, e dell'IAF (International Accreditation Forum), l'associazione mondiale degli enti di accreditamento. Lo scopo dell'accreditamento è quello di garantire il valore delle certificazioni rilasciate dall'Organismo in termini di efficace e credibile assicurazione della conformità dell'oggetto delle certificazioni medesime.

²⁰⁹ Va sottolineato che lo svolgimento dell'attività di attestazione non può mai sommarsi, per uno stesso soggetto, al rilascio della certificazione di qualità. A. ASTANZI, *op. cit.*, pp. 724 e ss., analizza il precedente regime nel quale gli enti accreditati ai sensi delle norme UNI CEI EN 45000 potevano chiedere all'Autorità per la vigilanza sui lavori

Infatti, ai sensi dell'art. 84, comma 4, let. c) del Codice (e dell'art. 4, comma 3, dell'Allegato II.12), la SOA attesta “*il possesso²¹⁰ di certificazioni di sistemi di qualità conformi alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale, rilasciate da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000*”.

La SOA in questo caso si limita ad accertare l'esistenza di un documento che non ha in alcun modo contribuito a formare²¹¹. È stato, dunque,

pubblici di essere autorizzati allo svolgimento dei compiti di attestazione. L'Autore precisa, in particolare, che «lo svolgimento dell'attività di attestazione da parte degli organismi accreditati non consente di operare un'assimilazione piena con le Società di attestazione, stante la diversa natura giuridica delle prestazioni da quest'ultime svolte». Tuttavia, già la legge n. 109 del 1994, modificata, ha previsto un espresso divieto per il medesimo organismo di svolgere sia i compiti della certificazione che quelli dell'attestazione relativamente alla medesima impresa. E le ragioni di tale scelta del legislatore risiedono nella esigenza di evitare distorsioni nel sistema e di garantire l'indipendenza, data anche dalla terzietà rispetto agli enti certificatori, delle SOA, proprio in vista dell'attendibilità ed affidabilità delle loro “dichiarazioni”. Sul principio di indipendenza delle SOA si veda *infra*.

²¹⁰ Ai fini della qualificazione, l'esistenza della certificazione del sistema della qualità è attestata dalla SOA e viene riportata sull'attestazione con indicazione dell'ente certificatore emittente e della data di scadenza della certificazione medesima.

²¹¹ Già nella vigenza del d.P.R. n. 34/2000, il giudice amministrativo ha puntualizzato che “gli organismi di attestazione non sono deputati a condurre accertamenti per verificare il possesso in capo alle imprese dei requisiti di qualità, ma sono abilitati al solo accertamento dell'esistenza della certificazione rilasciata dai soggetti accreditati” (si veda T.A.R. Lazio, sez. II-bis, 6 maggio 2004, n. 3898, in *TAR*, 2004, I, p. 865 e ss.). Sul punto si veda anche M. OCCHIENA, *Le certificazioni nei processi decisionali pubblici e privati*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnolo Vigorita*, Napoli, 2007, il quale osserva che «la presunzione di veridicità delle certificazioni di qualità organizzativa o ambientale impedisce all'ente procedente di svolgere ulteriori indagini istruttorie per valutare l'affidabilità dell'impresa dal punto di vista della sua struttura organizzativa o della sua attenzione alla salvaguardia dell'ambiente. Questi elementi di affidabilità sono automaticamente considerati in possesso dell'impresa per il sol fatto di essere certificata. Né l'ente può mettere in discussione tale rappresentazione della realtà: la qualità organizzativa o ambientale dell'ente certificato è incontestabile. Anziché operare una verifica di fatti complessi per la valutazione dell'affidabilità l'amministrazione decidente è chiamata unicamente ad accertare la sussistenza di un fatto semplice, ovvero

osservato che in qualche modo la certificazione della qualità aziendale sfugge al controllo del sistema di qualificazione²¹².

Volendo sintetizzare, senza pretesa di esaustività in questa sede²¹³, le caratteristiche della certificazione di qualità, al fine di analizzare poi il rapporto esistente con l'attestato SOA, si può osservare che il tema della qualità è sicuramente uno dei più dibattuti degli ultimi anni.

L'affermazione all'interno delle imprese dei sistemi di *Total Quality*²¹⁴ è ormai da tempo alla ribalta.²¹⁵ Tuttavia, l'introduzione di tale sistema di qualità si è presentato particolarmente difficile nel caso delle imprese di costruzioni, le quali sono caratterizzate da tutta una serie di problematiche che le norme UNI EN ISO²¹⁶ in materia non sempre considerano.

la titolarità della certificazione di qualità, risolvendo la sua attività nel giudizio antinomico "sussistenza-insussistenza", senza poter incidere né sulla forma, né sul contenuto di tali atti dichiarativi».

In particolare, le SOA devono provvedere a verificare, tramite collegamento informatico, che il certificato presentato dall'impresa da attestare risulti inserito negli elenchi ufficiali tenuti dagli enti unici di accreditamento aderenti all'EA, che lo stesso sia in corso di validità e che non risultino, sul Casellario informatico dell'Autorità, annotazioni in ordine a provvedimenti di revoca, annullamento o decadenza della certificazione stessa.

²¹² A. BARGONE, *op. cit.* il quale rileva che in virtù di questa considerazione «si era ritenuto opportuno proporre la "facoltatività" e non l'"obbligatorietà" della certificazione di qualità aziendale. [...] Tuttavia, anche in ragione della grande risonanza che comunque ha il tema della *total quality*, il Parlamento ha ritenuto di insistere, discostandosi da quanto aveva proposto il Governo, nella obbligatorietà della certificazione di qualità aziendale».

²¹³ Per un approfondimento sulle certificazioni di qualità internazionali si veda, *ex multis*, A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze private"*, *cit.*, pp. 87 e ss.; F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza* (a cura di), Milano, 2006.

²¹⁴ Sul concetto di qualità nel settore dei lavori si veda il Capitolo I.

²¹⁵ Per un'analisi della straordinaria crescita che il sistema dell'accertamento di qualità ha registrato a partire dagli anni Novanta, si veda M. OCCHIENA, *Le certificazioni nei processi decisionali pubblici e privati cit.*

²¹⁶ L'esigenza di codificare gli *standards* di qualità, secondo criteri scientifici ed omogenei ha determinato l'affermazione di una normativa tecnica di riferimento. L'attività di normazione tecnica è svolta a livello internazionale, europeo e nazionale. A

L'individuazione dei sistemi di qualità aziendale è stata ampiamente sperimentata nelle imprese manifatturiere, dove l'esistenza di uno stabilimento di produzione fisso garantisce che si svolgano lavorazioni sempre identiche e standardizzabili le quali, pertanto, possono essere controllate attraverso i medesimi meccanismi procedurali.

livello internazionale l'attività è svolta dall'ISO (*International Standard Organization*). A livello europeo le suddette norme sono state recepite dal CEN (Comitato Europeo per la Normazione). Le norme relative sono identificate dalla sigla EN (*European Norma*). A livello nazionale, l'ente italiano è l'UNI (Ente Nazionale Italiano di Unificazione). Nel nostro sistema, quindi, le norme sono identificate dalle sigle UNI EN ISO, seguite dal numero di serie.

La serie UNI EN ISO 9000 consente alle imprese la scelta del Sistema di Qualità, il quale è inteso come «insieme delle caratteristiche di un'entità che conferiscono ad essa la capacità di soddisfare esigenze espresse ed implicite».

Sinteticamente, le norme della serie UNI EN ISO 9000 hanno il seguente contenuto:

- UNI EN ISO 9000 *Norme di gestione per la qualità e di assicurazione della qualità. Guida per la scelta e l'utilizzazione*. Contiene concetti di carattere generale e tratta la problematica della qualità, rappresenta la base per la comprensione e l'interpretazione delle norme della serie;
- UNI EN ISO 9001 *Sistemi qualità. Modello per l'assicurazione della qualità nella progettazione, sviluppo, fabbricazione, installazione e assistenza*. Fornisce i criteri per la garanzia della qualità che l'impresa deve garantire quando è contrattualmente chiamata a garantire al committente, oltre alla costruzione dell'opera, anche la sua progettazione; ne deriva che tali norme troveranno normale applicazione negli appalti concorso e negli appalti di progettazione e costruzione;
- UNI EN ISO 9002 *Sistemi qualità. Modello per l'assicurazione della qualità nella fabbricazione, installazione e assistenza*. Fornisce i criteri per la garanzia della qualità nei casi in cui la gara d'appalto è effettuata sulla base di un progetto esecutivo predisposto dal committente;
- UNI EN ISO 9003 *Sistemi qualità. Modello per l'assicurazione della qualità nelle prove, controlli e collaudi finali del prodotto*. Fornisce i criteri per la garanzia della qualità nei casi in cui la qualità di un prodotto può essere accertata tramite controlli e collaudi finali. Si riferisce agli organi deputati al controllo e collaudo finale delle opere;
- UNI EN ISO 9004 *Criteri riguardanti la conduzione aziendale per la qualità e i sistemi aziendali*. Fornisce i criteri e le metodologie ad un'impresa che abbia deciso unilateralmente di adottare il sistema di qualità aziendale.

L'impresa di costruzioni, invece, ha delle caratteristiche del tutto particolari dal momento che lo stabilimento di produzione – ovvero il cantiere – non è fisso, ma mobile e mutevole nella dimensione, nell'organizzazione e nella strutturazione. Il prodotto – ovvero l'opera – non è mai uguale né standardizzabile, ma rappresenta, comunque, un «*unicum*». Ne consegue che anche i processi realizzativi, per quanto limitatamente standardizzabili, non sono mai uguali tra loro. Del pari, l'ingerenza del Committente – nella persona del Direttore dei Lavori, abilitato a formulare ordini e prescrizioni cui l'impresa deve attenersi – contribuisce a rendere in certa misura “imprevedibile” l'attività che sarà svolta nel cantiere, in quanto parzialmente “etero determinata”²¹⁷.

Venendo a trattare del rapporto esistente tra attestazione SOA e certificazione ISO, parte della dottrina²¹⁸ e della giurisprudenza ha sostenuto la tesi per cui l'attestato della SOA si atterrebbe alla stregua di una *condicio iuris* di efficacia della preesistente certificazione, la quale, seppur completa in tutti i suoi elementi, necessiterebbe ai fini dell'efficacia o meglio dell'opponibilità *erga omnes*, di tale riconoscimento ufficiale ed esclusivo nei termini imposti dalla normativa.

In questo senso, è considerato irrilevante, ai fini dell'accesso alla gara, il possesso di un certificato di qualità “non integrato” in attestazione SOA, come invece prescritto dall'art. 84, comma 4, lett. c)²¹⁹.

²¹⁷ Per tali ragioni A. BARGONE, *op. cit.*, osserva che «è agevole comprendere come l'applicazione al settore delle costruzioni della certificazione di qualità aziendale – che certifica in via preventiva, non la qualità del “prodotto”, ma la qualità del “processo” – necessiti di una sperimentazione più lunga e complessa di quanto è avvenuto in altri settori».

²¹⁸ Cfr. in particolare F. SICILIANO, *op. cit.*

²¹⁹ Si veda, in particolare, T.A.R. Puglia, sez. II, Lecce, 14 febbraio 2019, n. 253, il quale ha rilevato anche che: “Sul punto, la giurisprudenza ha evidenziato come “*tra attestazione SOA e certificazione di qualità sussista - nel particolare settore dei lavori pubblici - una forte compenetrazione o, se si preferisce, un inestricabile intreccio: la*

Una recente pronuncia del Supremo Consesso della giustizia amministrativa²²⁰, invece, ha sposato una tesi sostanzialistica, che si ritiene di condividere, osservando che *“lo scopo della disciplina sulla qualificazione delle imprese non è quello che alle procedure di affidamento partecipino soggetti formalmente idonei, ma quello di selezionare operatori che risultino in modo certo in possesso dei prescritti requisiti sostanziali, tali da renderli realmente affidabili nei confronti della stazione appaltante. [..]*

Ora, se è vero che, di regola, è l’attestazione SOA, in base all’art. 84, comma 4, lettera c), del Codice dei contratti, a dare conto anche dell’esistenza della certificazione di qualità, non per questo una certificazione di qualità aggiornata, ma non ancora “integrata” nell’attestazione deve essere ritenuta irrilevante. Del resto, la verifica del requisito sulla base del parametro UNI EN ISO 9000 rientra nella competenza esclusiva dell’organismo certificatore all’uopo accreditato ai sensi delle norme europee, e rispetto ad essa la SOA non può che recepirne il contenuto; né, nel caso in esame, alcunché è stato dedotto in contrario sotto il profilo della validità sostanziale delle certificazioni o della idoneità dell’organismo certificatore.

Senza contare che un’attestazione SOA in corso di validità è formalmente idonea a comprovare il possesso del relativo requisito di qualificazione fino a che non venga impugnata..”.

prima può essere rilasciata soltanto in presenza della seconda, secondo il meccanismo descritto dal citato art. 40, comma 3, lettera a), del decreto legislativo n. 163 del 2006, ratione temporis applicabile. Il venire meno della seconda può dunque significativamente incidere sulla persistente stabilità e validità della prima” (T.A.R. Lazio, Roma, 11 gennaio 2017, n. 449)”.

²²⁰ Cons. di Stato, sez. III, 7 maggio 2019, n. 2932, in riforma della suindicata sentenza del T.A.R. Puglia.

2. L'identità giuridica del soggetto SOA

2.1. La scelta del tipo società di capitali

Come ampiamente ricostruito nel Capitolo I, l'art. 8, comma 3, della legge n. 109 del 1994 ha prescritto che il nuovo sistema di qualificazione venisse affidato a “*organismi di diritto privato di attestazione*”, senza specificare se questi dovessero essere enti del libro I ovvero V del codice civile, allo stesso tempo demandando allo strumento regolamentare il compito di stabilire la disciplina completa del nuovo sistema.

Al momento di dare esecuzione alla delega contenuta nel citato art. 8, il d.P.R. n. 34/2000²²¹ ha disposto che gli organismi di attestazione – chiamati SOA (società organismi di attestazione) – dovessero costituirsi in forma societaria²²².

Segnatamente, il Governo ha optato per l'imposizione del tipo «società per azioni», ponendosi sulla scia di quell'azione legislativa che si è talvolta indirizzata verso l'adozione dei tipi capitalistici in settori di rilevante interesse pubblico²²³.

²²¹ Cfr. l'art. 7, comma 1, del d.P.R. n. 34/2000, trasfuso poi nell'art. 64, comma 1, del Regolamento (art. 4, comma 5, dell'Allegato II.12), il quale prevede che “*le Società Organismi di Attestazione sono costituite nella forma delle società per azioni, la cui denominazione sociale deve espressamente comprendere la locuzione “organismi di attestazione”..*”.

²²² Sul tema si veda C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle SOA (Società organismi di attestazione)*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, vol. III, t. 2, pp. 2787 e ss.

²²³ Cfr. A.D. SCANO, *Le SOA (Società Organismi di Attestazione). Profili di diritto societario*, in *Rivista di Diritto dell'Impresa*, n. 1/2006, p. 32, riprende sul punto G. MARASÀ, *Le società (Società in generale)*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G.

L'opzione per il tipo S.p.a. non è stata, peraltro, pacifica ed incontestata. In sede di parere preventivo, il Consiglio di Stato, rilevando come un ente con scopo di lucro risulti facilmente condizionabile dalle dinamiche del mercato in cui si trova ad operare, ha sottolineato come l'adozione della forma giuridica di società per azioni non apparisse la più opportuna in considerazione dell'imparzialità di giudizio cui le SOA dovrebbero conformare la propria attività²²⁴. In aggiunta, la più complessa ed elaborata

IUDICA – P. ZATTI, Milano, 2000, pp. 252-257, in merito alla *ratio* sottesa all'imposizione *ex lege* di determinati tipi societari capitalistici per l'esercizio di particolari attività economiche, che consisterebbe «nella più solida tutela del credito che deriva dall'utilizzazione di una società di capitali, specialmente in considerazione delle rigorose regole in ordine alla formazione, consistenza e salvaguardia del patrimonio sociale». Allo stesso modo le società per azioni sono state considerate un soggetto di garanzia dell'agire privato in settori dell'attività economica che coinvolgono interessi collettivi in virtù della disciplina propria di tali società, incentrata sulla organizzazione corporativa e su una fitta rete di controlli «interni» ed «esterni». In questi termini si veda anche R. COSTI – L. ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. GOTTINO, vol. III, Padova, 2004, p. 283 e ss.

Sotto il profilo della tecnica legislativa, la sottoposizione ad una speciale disciplina in ragione dell'attività economica svolta «trova solitamente il suo minimo comune denominatore nella necessità di una preventiva autorizzazione [...], nell'imposizione di un capitale minimo più alto di quello previsto in generale [...] e in una particolare esperienza professionale e onorabilità dei soggetti destinati a ricoprire rilevanti cariche direttive». Così, G. MARASÀ, *Società speciali e società anomale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993, p. 2.

Sul punto, si veda anche R. WEIGMANN, *Società per azioni, ad vocem*, in *Digesto disc. priv.*, sez. comm., XIV, Torino, 1997, p. 343, che, con riferimento alle società “legali o legificate”, ascrive al crescente intervento dei poteri pubblici nella vita economica la frequenza delle previsioni legislative che obbligano a costituire, o addirittura creano società per azioni aventi oggetto predeterminato e spesso anche regole di funzionamento diverse da quelle generali.

²²⁴ A.D. SCANO, *Le SOA.. cit.* L'Autore solleva, altresì, dubbi di legittimità sulla scelta del tutto autonoma rispetto alla previsione “in bianco” della legge quadro, operata dal Governo, che gli organismi di attestazione debbano costituirsi secondo il tipo società per azioni. Tale procedura non si mostrerebbe particolarmente rispettosa della gerarchia delle fonti, dal momento che l'ultimo comma dell'art. 2249 c.c. – a mente del quale sono salve le disposizioni delle *leggi speciali* che per l'esercizio di particolari categorie di imprese prescrivono la costituzione della società secondo un determinato tipo – riserva

delle forme societarie è stata ritenuta incongrua rispetto ai “compiti notarili” e di mera “mera certificazione dei requisiti” cui questi enti dovrebbero limitarsi²²⁵.

Sostanzialmente della stessa matrice risulta il giudizio critico della Conferenza Unificata Stato – Regioni, che, nel proprio parere, ha posto l'accento sui possibili condizionamenti che le SOA avrebbero potuto subire nel rilascio delle attestazioni e nell'effettuazione dei controlli²²⁶. Da qui l'espressione di una preferenza da parte di queste autorità per l'affidamento delle funzioni in discorso ad enti *no profit*, ritenuti meglio rispondenti, per la connaturata neutralità dell'azione, alla salvaguardia dei pubblici interessi coinvolti.

Questi rilievi, tuttavia, non sono stati fatti propri dal Governo che, in sede di stesura definitiva del d.P.R. n. 34/2000, ha confermato la scelta per il tipo societario in parola, affermando nella relazione di accompagnamento che «lo schema strutturale e organizzativo della società per azioni è parso

alla legge ordinaria l'imposizione di un determinato tipo societario in vista dello svolgimento di particolari attività economiche: imposizione che per le SOA, di contro, è stata sancita per la prima volta da un regolamento governativo, senza che la legge quadro contenesse un'(univoca) indicazione in questo senso.

²²⁵ La Sezione Consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, nel parere n. 203 reso nell'adunanza del 29 novembre 1999, sull'adozione della forma societaria ha avuto modo di affermare: «non poche perplessità suscita la disciplina dettata per le SOA; se ne richiede l'indipendenza e l'impermeabilità ad ogni interesse diverso da quello che non sia il corretto svolgimento delle operazioni di qualificazione, ma, contemporaneamente, se ne fanno società commerciali, e cioè degli organismi che vivendo ed operando sul “mercato” sono soggetti a tutte le dinamiche che animano tale mondo; prima fra tutte la concorrenza con tutto ciò che essa comporta, in primo luogo sulla provvista della clientela e sulle tariffe».

²²⁶ Più precisamente la Conferenza Unificata Stato – Regioni si è così espressa: «non si condivide la scelta normativa, secondo cui gli organismi di attestazione (SOA) debbono rivestire la forma giuridica delle società per azioni anche in considerazione del fatto che le SOA stesse dovendo svolgere esclusivamente attività di attestazione potrebbero subire un oggettivo condizionamento dal mercato nel rilasciare le attestazioni e nell'effettuare i controlli».

il più idoneo a garantire un modello già diffusamente ed articolatamente munito di una disciplina propria a livello civilistico, per di più dotato di caratteri di solidità e di personificazione patrimoniale ritenuti più rispondenti agli scopi perseguiti»²²⁷.

Nella medesima relazione si è sottolineata la maggiore rispondenza dello schema societario ai fini perseguiti, precisando come il possibile condizionamento (di tipo economico) che le SOA avrebbero potuto subire dal mercato poteva comunque, in quanto noto, «essere controllato e reso virtuoso».

La scelta di politica legislativa, inoltre, pare aver ricevuto conforto dallo stesso cambio di rotta avvenuto in sede comunitaria, dove la preferenza per gli organismi senza scopo di lucro è emersa solo in alcune bozze della normativa per poi non essere riproposta²²⁸.

Pertanto, una volta optato per l'assegnazione della qualificazione a soggetti privati, con la devoluzione agli stessi dell'esercizio di una funzione pubblica, la scelta ricaduta sul modello giuridico della società per azioni è apparsa la più adeguata rispetto alle finalità perseguite.

²²⁷ Relazione di accompagnamento, p. 8.

²²⁸ Nella Relazione governativa di accompagnamento si rileva come «le critiche alla soluzione adottata dal regolamento e la propensione per la figura dell'ente *no profit* risentono degli echi comunitari, dal momento che in alcune bozze di normativa europea era stato previsto che l'organismo di qualificazione avrebbe dovuto essere un'organizzazione senza fine di lucro». Tuttavia, come si evince dal Dossier del servizio studi della Camera dei Deputati, *Sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici* n. 1367, XIII legislatura – dicembre 1999, p. 10, già il 27 settembre 1999 il Comitato Europeo di Normazione (CEN) ha approvato un testo per l'armonizzazione dell'attuazione e gestione dei sistemi di qualificazione nei vari paesi della Comunità, nel quale è previsto, tra l'altro, con formulazione aperta, che i soggetti a cui sarebbe spettato verificare e rilasciare il relativo certificato (c.d. *qualification bodies*) avrebbero potuto essere sia privati che pubblici, secondo una libera scelta rimessa alle determinazioni di ciascuno Stato membro.

2.2. Le SOA come società di diritto speciale

Al di là delle illustrate perplessità sulla scelta di istituti e meccanismi privatistici nel settore della qualificazione, va sottolineato che l'Autorità di settore non abbia esitato a definire le SOA come «società per azioni di diritto speciale rispetto al modello societario del codice civile», con ciò esplicitamente richiamandosi a una nozione di specialità ampiamente elaborata nella letteratura societaria e nell'elaborazione giurisprudenziale²²⁹.

Appare, pertanto, utile procedere ad un preliminare cenno di inquadramento, volto, in particolare, a chiarire la collocazione dello “statuto di settore” delle SOA²³⁰ rispetto alle previsioni societarie codicistiche e, più in generale, a precisare il rapporto esistente tra diritto speciale e diritto comune nella disciplina delle SOA²³¹.

In tale prospettiva occorre premettere che la locuzione “società di diritto speciale”, la quale si riferisce non ad una o più ma ad intere classi di società, è adoperata nella letteratura specialistica in un duplice significato²³².

Talvolta essa allude semplicemente al rapporto di genere a specie: è speciale, in questo senso, qualunque forma societaria che presenti tutti i

²²⁹ Determinazione n. 23 del 7 aprile 2000 in *Gazz. Uff.* 8 agosto 2000, n. 184, serie gen., suppl. ord. L'Autorità ha altresì chiarito che le previsioni da inserire nell'atto costitutivo e nello statuto assurgono ad elementi tipologici dell'organismo di attestazione.

²³⁰ Per una prima descrizione del quale si veda T. GAETA – C. CALDERONI, *Le società organismo di attestazione (S.O.A.): nuove società di diritto speciale*, in *Notariato*, 2001, 1, pp. 79 ss.

²³¹ C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale..cit.*

²³² Cfr. G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979; G. MARASÀ, *Società speciali..cit.*; V. DI CATALDO, *Gli statuti speciali delle società azionarie*, in *Giur. comm.*, 1991, I, p. 468.

requisiti della fattispecie generale “società” (art. 2247 c.c.) e del singolo tipo societario al quale essa è ascrivibile, e in più almeno un connotato ulteriore che la qualifichi²³³.

Altre volte si parla di specialità in tutt'altro senso: non cioè per designare delle figure associative conformi ad uno dei modelli codicistici, bensì per segnalare la difformità di una data forma societaria rispetto a quei modelli (tanto che c'è chi parla, al riguardo, di società anomale).

In questa seconda accezione del termine, dunque, la specialità consiste nella mancanza di un elemento che, nella fattispecie generale “società” o nel singolo tipo sociale, è essenziale, mancanza che naturalmente sarà legittimata nei limiti in cui una norma di legge, derogatoria rispetto al sistema codicistico, la renda tale²³⁴.

Fatta questa breve premessa, occorre chiedersi se le SOA, come affermato nella citata determinazione dell'Autorità, possano dirsi speciali, e più in generale come esse si collochino, alla luce della normativa legislativa e regolamentare che le riguarda, nel discorso e nelle classificazioni che precedono.

²³³ A. ASTANZI, *op. cit.*, p. 731, rileva che le cosiddette società di diritto speciale sono caratterizzate dalla previsione *ex lege* di requisiti ulteriori rispetto a quelli previsti dal codice, contenuti in norme *extravagantes*, cioè in leggi speciali. L'Autore osserva altresì che «la specialità può ritenersi legittimata solo se l'integrazione delle prescrizioni codicistiche avviene mediante una legge o atto ad essa equiparato, non potendo avvenire per atti di autonomia privata».

²³⁴ C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale..cit.* precisa che «la distinzione tra le due diverse forme di specialità, e quindi l'inclusione di una determinata società nell'una o nell'altra categoria, non ha portata meramente classificatoria. Ha, invece, degli importanti riflessi sul piano della disciplina perché in presenza di una specialità del primo tipo il diritto societario comune trova automatica applicazione in tutti gli aspetti disciplinati dalla normativa speciale; mentre alle società anomale la disciplina generale può applicarsi solo nei limiti in cui essa risulti compatibile con la loro anomalia, e dunque solamente negli aspetti non influenzati dall'anomalia stessa, sicché effettivamente può dirsi che queste società sono qualcosa di diverso – e talvolta, di profondamente diverso – dalle comuni società».

Sul punto si condivide la posizione assunta da quella dottrina²³⁵ che colloca le SOA non fra le società di diritto singolare bensì fra quelle di diritto speciale, dal momento che la loro è una disciplina di settore, dettata cioè non per singoli enti ma per tutti gli enti che appartengono o apparterranno a una determinata categoria (quella dei soggetti abilitati a svolgere l'attività di attestazione).

Occorre, allora, domandarsi in quale dei due sensi poco sopra illustrati le SOA possano dirsi “speciali”.

Nel primo senso la risposta è senz'altro affermativa, trattandosi di società che si caratterizzano quanto meno per il fatto di svolgere non una qualunque attività economica (art. 2247 c.c.), ma quella particolare attività economica che è l'attività di attestazione; ed è noto che proprio la specialità dell'oggetto sociale giustifica molto spesso una particolare disciplina²³⁶.

Al contrario, non sembra che le SOA possano dirsi speciali anche nel secondo senso.

²³⁵ *Ex multis*, C. IBBA, *op. cit.*; A. ASTANZI, *op. cit.*, p. 732; A. MALTONI, *op. cit.*; S. FOÀ, *Nuovi munera pubblici..cit.* Quest'ultimo afferma che «si tratta di società che a pieno diritto possono essere incluse nella categoria – di elaborazione dottrinale – delle “società legali”, ovvero delle società aventi oggetto predeterminato dal legislatore e regole di funzionamento diverse da quelle generali».

Contra F. SICILIANO, *L'insostenibile leggerezza..cit.*, il quale afferma che «la SOA è società non speciale, ma anomala, cioè soggetto nuovo e qualitativamente diverso rispetto alla società per azioni, creato *ex novo* dalla legge per far parte di una complessa entità organizzatoria, la cui rilevanza unitaria in termini formalmente pubblicistici pone in secondo piano la identità soggettiva e formale della stessa».

²³⁶ Può parlarsi in casi del genere e anche nel nostro caso, mutuando le parole di G. MARASÀ, *Le società, cit.* p. 276, di «*fattispecie* di società speciali a cui si riconnette una *disciplina* speciale». Nel caso delle SOA, la specialità della disciplina si manifesta sotto numerosi profili, primo fra tutti, appunto, la previsione che l'attività di attestazione debba costituire l'oggetto sociale *esclusivo* delle SOA». Sul punto, V. DI CATALDO, *op. cit.*, p. 475, osserva che «le società di diritto speciale sono, quasi sempre, società cui è precluso lo svolgimento di altre attività, in aggiunta a quella che giustifica la irrogazione di uno statuto speciale».

Nella disciplina degli organismi di attestazione, infatti, non paiono rinvenirsi disposizioni che prevedano significative alterazioni organizzative o funzionali rispetto al modello di società per azioni regolato dal diritto comune²³⁷.

Allo stesso modo il regolamento non potrebbe comunque costituire una fonte normativa abilitata a legittimare scostamenti dal modello legale proprio del tipo di ente in concreto prescelto²³⁸.

Da quanto detto discende la sicura e automatica applicazione alle SOA – in tutti gli aspetti non disciplinati dal regolamento – della disciplina prevista per le società per azioni di diritto comune.

2.3. Profilo strutturale: prime deroghe al tipo “società per azioni”

2.3.1. La denominazione sociale e la sede legale

La specialità della disciplina dettata per le SOA è determinata da numerosi profili, che attengono sia alla struttura che alla funzione svolta da questi soggetti²³⁹.

²³⁷ Non sembrano tali, in particolare, le peculiarità in ordine alla formazione della denominazione sociale, alla fissazione del capitale minimo, all'esclusività dell'oggetto o alla disciplina delle partecipazioni.

²³⁸ A titolo esemplificativo non sarebbe legittima una previsione regolamentare che, in ipotesi, affrancasse le SOA dallo scopo di lucro o di fatto ne impedisse il perseguimento imponendo loro di richiedere dei corrispettivi non adeguati.

²³⁹ A. MALTONI, *op. cit.*, pp. 406 e ss. osserva che «è ravvisabile uno stretto nesso tra la disciplina dell'organizzazione e quella dell'attività. Si rileva, infatti, una spiccata propensione del legislatore a intervenire sugli aspetti strutturali di tali figure [*privati cui è affidata una pubblica funzione*], che è da ricollegare alla più generale tendenza dell'ordinamento a creare enti privati di tipo speciale, la cui disciplina per alcuni tratti si discosta da quella codicistica riguardante la fattispecie generale. Il diritto positivo tende

Per quanto concerne la denominazione sociale, l'art. 64, comma 1, del Regolamento (art. 5, comma 1, dell'Allegato II.12) prevede che la stessa deve espressamente comprendere la locuzione "organismi di attestazione". L'originaria formulazione della citata disposizione²⁴⁰ sanciva anche che la sede delle SOA dovesse essere nel territorio della Repubblica.

Tale riferimento è stato espunto in seguito alla sentenza della Corte di giustizia europea²⁴¹, del 16 giugno 2015, causa C-593/13, la quale ha stabilito che è contraria al diritto dell'Unione Europea la normativa italiana che obbliga gli organismi di attestazione SOA ad avere la sede legale in Italia²⁴².

dunque a plasmare, secondo schemi che presentano alcune deviazioni rispetto al modello generale, il profilo organizzativo di soggetti privati tenuti al perseguimento di un interesse pubblico. La conformazione legislativa comporta una consistente compressione della sfera di autonomia privata del conferitario. Nelle fattispecie in cui si è ritenuto di poter ravvisare un conferimento di potestà pubbliche ai privati, l'ordinamento sembra considerare una precondizione della funzionalizzazione dell'attività la "specificata" conformazione organizzativa del soggetto».

²⁴⁰ E prima ancora dell'art. 7, comma 1, del d.P.R. n. 34/2000.

²⁴¹ La sentenza è stata pronunciata all'esito della procedura di infrazione 2013/4212 arrivata allo stadio di messa in mora, avviata dalla Commissione Ue verso l'Italia.

²⁴² Con sentenza non definitiva ex art. 26, comma 2, c.p.a., 13 dicembre 2011, n. 9717, il T.A.R. del Lazio, sez. I, aveva dichiarato illegittimo e perciò annullato il comma 1 dell'art. 64 per la parte in cui stabiliva che la sede legale delle SOA deve necessariamente essere stabilita nel territorio italiano, per violazione delle previsioni di cui agli artt. 11 e 14 della direttiva 2006/123/CE, nonché dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, i quali costituiscono limiti immanenti a qualunque compressione del principio di libera circolazione. Particolarmente significativo il passaggio della pronuncia in cui il Tribunale afferma: "se è vero che, ai sensi dell'art. 40, comma 3, d. lgs n. 163/2006, le SOA, nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici, svolgono funzioni di natura pubblicistica, è altrettanto vero che esse sono organismi di diritto privato che operano su un mercato completamente concorrenziale, sicché l'interpretazione della norma di esclusione, necessariamente restrittiva in quanto incidente sul fondamentale principio comunitario della libertà di stabilimento, non può comprendere anche l'ipotesi in discorso".

Per un approfondito commento alla pronuncia si veda C. CONTESSA, *Giunge alla Consulta la questione dell'obbligo per le SOA di svolgere attività in via esclusiva*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, p. 221.

L'articolo 5, comma 4, dell'Allegato II.12 al d.lgs. n. 36/2023, innovando la disciplina precedente sul punto, prevede espressamente che *“le SOA devono avere sede in uno Stato membro dell'Unione europea che attribuisca all'attestazione che essi adottano la capacità di provare il possesso dei requisiti di qualificazione in capo all'esecutore di lavori pubblici”*.

2.3.2. Il capitale minimo

Le SOA devono costituirsi con un capitale sociale pari ad almeno 1.000.000,00 di euro interamente versato (art. 64, comma 2, del Regolamento – art. 5, comma 2, dell'Allegato II.12).

La sezione IV del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5213/2013, depositata il 29 ottobre, decideva di rimettere alla Corte di giustizia europea la questione pregiudiziale in ordine alla compatibilità dell'art. 64, comma 1, con gli articoli 49 e 56 Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e con gli artt. 14 e 16 della direttiva 2006/123/CE. Nella citata sentenza, la Corte europea ha ricordato che la «direttiva servizi» 2006/123/CE vieta agli Stati membri, da un lato, di subordinare l'esercizio di un'attività di servizi sul proprio territorio al rispetto di requisiti discriminatori fondati sulla nazionalità oppure sull'ubicazione della sede legale e, dall'altro, di limitare la libertà del prestatore di scegliere tra essere stabilito a titolo principale o secondario sul territorio di uno Stato membro. I servizi di attestazione rientrano nell'ambito di applicazione della «direttiva servizi» e le SOA sono imprese a scopo di lucro che esercitano le loro attività in condizioni di concorrenza e non dispongono di alcun potere decisionale connesso all'esercizio di poteri pubblici.

Sul punto, A. D. SCANO, *Le SOA..cit.*, osserva che la disposizione «deve essere interpretata nel senso che la sede legale in Italia non solo deve sussistere al momento della costituzione, ma ivi permanere per tutta la vita della società, implicando quindi una deroga alla regola di diritto comune che fa salva la libertà di stabilire e trasferire la sede sociale. [...] L'intento è, palesemente, quello di evitare che *pseudo foreign companies* siano attive nel nostro Paese nel campo della qualificazione delle imprese nel settore dei pubblici appalti, soggiacendo, perché costituite all'estero, alla disciplina di altri ordinamenti».

La *ratio* dell'imposizione di un capitale minimo e dell'integrale versamento dei conferimenti è quella di garantire una certa solidità patrimoniale dell'ente fin dalla fase iniziale dell'attività, oltre che quella di selezionare le imprese che intendano operare nel settore delle attestazioni²⁴³.

Al riguardo la dottrina rimarca che la selezione cui si tende non sia solamente di carattere quantitativo (cioè consentire l'accesso al mercato solo a un determinato numero di imprese di consistenti dimensioni), ma anche qualitativo, vale a dire una selezione che consenta l'ingresso in un determinato mercato solamente ad imprese societarie in una certa maniera connotate.

Il minimo di capitale imposto alle SOA non è, infatti, l'unico requisito prescritto per l'esercizio dell'attività, ma si accompagna ad altri²⁴⁴ che, unitamente considerati, depongono per una funzione selettiva nel senso testé descritto²⁴⁵.

La dottrina si è chiesta se il requisito in termini di capitale versato dovesse intendersi riferito al solo ammontare storico o a quello attuale.

²⁴³ La Relazione di accompagnamento al d.P.R. n. 34/2000 sembra soffermarsi solamente sul primo degli aspetti considerati, scorrendo in termini di «solidità economica [della società di attestazione] garantita mediante un capitale di certa entità interamente versato». In diversa ottica, è stato affermato che i minimi di capitali imposti da “norme speciali” garantiscono «non tanto la liquidità e la stabilità dell'ente, affidate soprattutto a strumenti di controllo sulla gestione, quanto la “serietà” dell'iniziativa»: così M. CERA, *Le società di intermediazione mobiliare*, nel *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO – G. B. PORTALE, Torino, 1993, pp. 65 e ss.

²⁴⁴ Tali caratteri di specialità risultano, in particolare, preordinati a garantire che l'attività di attestazione compiuta dalle SOA – la cui configurazione dal punto di vista organizzativo ne costituisce il presupposto logico – sia improntata ai principi di trasparenza, di imparzialità e di non discriminazione.

²⁴⁵ Per un approfondimento sulla disciplina del capitale minimo si veda A. D. SCANO, *Le SOA..cit.*, ed i riferimenti bibliografici dallo stesso richiamati.

Inizialmente, nel silenzio del d.P.R. n. 34/2000 in punto di capitale esistente, appariva maggiormente convincente l'interpretazione secondo cui il capitale dovesse sussistere nella misura minima prescritta solo nella fase costitutiva della società e non anche in quella operativa.

L'articolo 64, comma 2, del Regolamento (art. 5, comma 2, dell'Allegato II.12) oggi precisa che il patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio regolarmente approvato deve essere almeno pari al capitale sociale.

Tale requisito, dunque, deve persistere ed è soggetto al controllo periodico esercitato dall'Autorità di settore.

2.3.3. L'oggetto sociale esclusivo

Nella disciplina societaria degli organismi di attestazione si rivela di massima importanza la disposizione di cui all'art. 64, comma 3, del Regolamento²⁴⁶ (art. 5, comma 3, dell'Allegato II.12), in virtù del quale *“lo statuto²⁴⁷ deve prevedere come oggetto esclusivo lo svolgimento dell'attività di attestazione [...] e di effettuazione dei connessi controlli tecnici sull'organizzazione aziendale e sulla produzione delle imprese di costruzione, nonché sulla loro capacità operativa ed economico – finanziaria”²⁴⁸.*

²⁴⁶ Già art. 7, comma 3, del d.P.R. n. 34/2000.

²⁴⁷ L'Autorità ha precisato che i requisiti che caratterizzano le SOA (elementi tipologici delle società quali denominazione, capitale sociale, attività, composizione e struttura organizzativa) devono essere inclusi nell'atto costitutivo e nello statuto della società.

²⁴⁸ Come osserva V. DI CATALDO, *op. cit.*, l'esclusività dell'oggetto sociale «costituisce un tratto comune dei regimi speciali che risulta palesemente ispirato ad esigenze di disciplina dell'attività dell'impresa, ma ha chiari effetti sull'assetto della struttura societaria».

La previsione è funzionale alla conservazione dell'indipendenza e dell'imparzialità delle SOA: se queste, infatti, potessero svolgere molteplici attività in diversi settori economici o, addirittura, su “altra sponda” dello stesso settore dei pubblici appalti, si amplificherebbero le possibilità di commistione di interessi con gli attuali o potenziali destinatari dell'attività di attestazione, con evidente pregiudizio dell'imparzialità di giudizio e della parità di trattamento che ne dovrebbe informare l'attività²⁴⁹.

A tale fine lo stesso legislatore precisa che “è fatto divieto alle SOA, pena la decadenza dell'autorizzazione, di erogare servizi di qualsiasi natura ad operatori economici, direttamente ovvero a mezzo di società collegate o di società in virtù di rapporti contrattuali”.

Sotto il profilo della possibile violazione dell'esclusività dell'oggetto sociale, non manca chi distingue due ordini di conseguenze.

Anzitutto, essa viene a giustificare la decadenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività.

Sul piano dei rapporti interprivati, invece, occorre distinguere il regime di invalidità da quello dell'opponibilità dell'atto.

Secondo autorevole dottrina²⁵⁰, per ciò che concerne il profilo della validità si può sostenere che l'atto, in quanto posto in essere da un organo di un ente limitato nella propria capacità, potrebbe considerarsi affetto da nullità, in considerazione del difetto funzionale delle SOA ad essere titolari di rapporti giuridici che originano da attività economiche precluse da norme imperative²⁵¹.

²⁴⁹ In questi termini A. D. SCANO, *Le SOA..cit.*; in argomento anche C. IBBA, *op. cit.*

²⁵⁰ G. LA VILLA, *L'oggetto sociale*, Milano, 1974, p. 99.

²⁵¹ Allo stesso risultato sul piano degli effetti potrebbe giungersi ragionando in termini di illiceità dell'oggetto o di sua impossibilità giuridica.

Per quanto attiene, invece, al secondo profilo, appare preferibile la tesi che ritiene l'atto, posto in essere in violazione di un preciso limite di legge (*rectius* di regolamento), opponibile ai terzi che abbiano concluso contratti con la società al di là dei limiti dell'oggetto sociale imposto²⁵².

Ne consegue che l'atto esorbitante l'oggetto sociale esclusivo non può comunque essere imputato alla SOA e produrre effetti giuridici, operando una causa di nullità per contrarietà a norme imperative, come disciplinata dagli artt. 1318 e ss. c.c..

Una tale soluzione sembra preferibile soprattutto in considerazione della *ratio* sottesa alla suindicata disposizione regolamentare, tesa a garantire il mantenimento dei requisiti di indipendenza e di imparzialità di giudizio delle SOA²⁵³.

Il Consiglio di Stato, sez. VI, con la decisione 16 febbraio n. 2011 n. 987, ha specificato il contenuto del principio di esclusività dell'oggetto sociale della SOA con riferimento alla relazione con l'attività di certificazione di qualità delle imprese.

Al riguardo, in particolare, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il principio di esclusività abbia un duplice corollario:

a) un medesimo soggetto non può contemporaneamente svolgere attività di organismo di certificazione e di SOA;

b) un organismo di certificazione non può avere partecipazioni azionarie in una SOA.

Il divieto in questione, nella misura in cui mira ad affermare la neutralità e l'imparzialità dei soggetti chiamati a verificare la sussistenza dei requisiti

²⁵² In questo senso si vedano A. D. SCANO, *Le SOA..cit.*, p. 47 e i riferimenti bibliografici dallo stesso richiamati.

²⁵³ Al contrario, se dovessero operare le regole comuni dell'inopponibilità ai sensi dell'art. 2384 c.c., tese a tutelare il terzo contraente, si dovrebbe accettare il rischio della compromissione dei suindicati requisiti di indipendenza e imparzialità di giudizio.

per partecipare alle gare di appalto, risulta in linea con i principi dell'Unione che tutelano la concorrenza.

Lo scopo di consentire che alle gare d'appalto in materia di lavori pubblici partecipino soltanto quei soggetti effettivamente in possesso dei requisiti prescritti giustifica, anche sotto il profilo della proporzionalità, il divieto di esercizio congiunto di attività di attestazione e di certificazione.

Inoltre, sempre sul tema specifico, la Corte Costituzionale, con sentenza 20 maggio 2013, n. 94, ha chiarito che il principio di esclusività dell'oggetto sociale della SOA, con il corollario del divieto di contemporaneo svolgimento di attività di certificazione e di attestazione, è un principio materiale che, in funzione antielusiva, vieta qualsivoglia negozio o meccanismo con cui si raggiunga l'obiettivo, vietato dalla legge, del contemporaneo svolgimento dell'attività di attestazione e di certificazione da parte del medesimo soggetto.

Il divieto, pertanto, non si applica solo nel caso di medesimo soggetto giuridico che svolga contemporaneamente attività di attestazione e certificazione, e nel caso di organismo di certificazione che abbia una partecipazione nella SOA, ma si applica anche nel caso in cui vi siano formalmente due distinte società, una di attestazione e una di certificazione, che hanno la medesima compagine societaria, essendo partecipate o controllate dai medesimi soggetti.

Pertanto, la presenza dei medesimi soci in entrambe le società, che non hanno altri soci, è chiaro indice di soggetti che svolgono contemporaneamente attività di attestazione e certificazione, violando il principio dell'esclusività dell'oggetto sociale della SOA.

In questo caso non rileva che i soci non svolgano attività gestionale, limitandosi a partecipare al capitale, perché le società sono la loro emanazione e ne subiscono l'influenza determinante. Diversamente

ragionando, sarebbe agevole l'aggiramento del divieto legale attraverso la costituzione di una pluralità di società formalmente distinte l'una dall'altra²⁵⁴.

2.4. L'indipendenza di giudizio delle SOA

Lo svolgimento di funzioni pubblicistiche ha portato il legislatore a prescrivere il rispetto del principio di indipendenza e di imparzialità di giudizio non solo nell'attività di attestazione²⁵⁵ ma, prima di tutto, nella composizione e nella struttura organizzativa della SOA²⁵⁶.

Come è stato giustamente osservato: «la prima preoccupazione è legata al rischio che le SOA, quali società di diritto privato che operano in regime di concorrenza, possano subordinare alla finalità di profitto l'espletamento dell'attività di attestazione, che invece deve mirare all'interesse superiore del “buon fine dei contratti dello Stato”»²⁵⁷.

Con prescrizione di carattere generale l'art. 64, comma 4,²⁵⁸ del Regolamento (art. 5, comma 4, dell'Allegato II.12) statuisce che “la

²⁵⁴ ANAC, *Manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro*, in www.anticorruzione.it.

²⁵⁵ Tale attività, ai sensi dell'art. 84, comma 1, del Codice, deve essere esercitata “*nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori*”.

²⁵⁶ P. SALVATORE, *Le attestazioni SOA.. cit.*, p. 458, osserva che «l'opzione per un modello di autoregolazione del mercato [...] richiede l'osservanza di alcune regole fondamentali. Il primo pilastro su cui si regge un sistema di qualificazione nel quale le relative attestazioni siano affidate ad organismi privati è certamente l'indipendenza degli stessi in particolare dagli esecutori dei lavori».

²⁵⁷ Sono parole di S. FOÀ, *Nuovi munera pubblici..cit.*, riprese anche da R. BARBERIO, *op. cit.*

²⁵⁸ Come già l'art. 7, comma 4 del d.P.R. n. 34/2000.

composizione e la struttura organizzativa delle SOA deve assicurare, anche in presenza di eventuali situazioni di controllo o di collegamento, individuate secondo quanto previsto dall'art. 2359 del codice civile²⁵⁹, il principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di qualunque interesse commerciale, finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali e discriminatori”.

Il successivo comma 5 dell'art. 64 citato (art. 5, comma 5, dell'Allegato II.12) prescrive che *“le SOA devono dichiarare ed adeguatamente documentare entro quindici giorni dal loro verificarsi, le eventuali circostanze che possano implicare la presenza di interessi idonei ad influire sul requisito dell'indipendenza”.*

Tali principi, permeando la stessa composizione e struttura organizzativa degli organismi, legittimano l'inibizione di ogni forma di conflitto di interessi anche solo potenzialmente pregiudizievole per l'indipendenza, che deve caratterizzare l'organizzazione della società di attestazione in modo stabile e permanente.

A tale fine sono attribuiti all'Autorità di settore specifici poteri di vigilanza che, ancor prima di espletarsi sugli atti delle SOA, riguardano l'accertamento della sussistenza degli elementi che contribuiscono a

²⁵⁹ Il Consiglio di Stato, nel suindicato parere n. 203/99, *cit.*, ha rilevato che, rispetto all'obiettivo dichiarato di garantire l'assoluta indipendenza delle SOA, appare contraddittoria la previsione che le stesse possano essere soggetti collegati o controllati da altri. In tali ipotesi, invero, si è giudicato «impossibile accertare la assenza di qualunque interesse commerciale, finanziario o di altro tipo, che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori». Da qui la auspicata «esclusione [dalla definitiva stesura del regolamento della previsione] di qualsiasi forma di controllo o di collegamento in senso tecnico-giuridico». Tuttavia si è preferito concepire il precetto dell'indipendenza di giudizio in termini meno rigidi, ritenendo che impedire aprioristicamente situazioni di controllo o di collegamento avrebbe rappresentato una scelta troppo dirompente rispetto ai comuni principi del diritto societario.

delineare la nozione di “indipendenza” e della loro persistenza in capo alle stesse.

Tuttavia, il principio di indipendenza non è concetto definito “a priori” dal legislatore, bensì attuato sulla base di varie disposizioni normative le quali, dettagliando il contenuto dell’art. 84, comma 1, del Codice²⁶⁰, costituiscono un sistema rimesso all’attività ermeneutica dell’interprete²⁶¹.

²⁶⁰ Prima ancora dell’art. 40, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006.

²⁶¹ Il Regolamento contiene alcune disposizioni che, richiamando testualmente la nozione di indipendenza, forniscono elementi utili, anche se non esaustivi, a definirne portata e contenuto. Ad esempio, il comma 4 dell’art. 64 del Regolamento (art. 5, comma 4, dell’Allegato II.12) sulla composizione e la struttura organizzativa delle SOA, citato nel testo. Il successivo art. 65 (art. 6 dell’Allegato II.12) che richiama l’attività di vigilanza dell’Autorità sulla composizione azionaria delle SOA, finalizzata a valutare, tra l’altro, la persistenza del requisito di indipendenza. Il comma 4 dell’art. 66 (art. 7, comma 4, dell’Allegato II.12) precisa, inoltre, che l’Autorità può vietare il trasferimento della partecipazione azionaria della SOA quando essa può influire sulla correttezza della gestione della SOA o può compromettere il requisito dell’indipendenza. Vi è, poi, la lettera d) del comma 1 dell’art. 70 (art. 11, comma 1, lett d) dell’Allegato II.12) che, disponendo in materia di qualificazione, rammenta che nello svolgimento della propria attività le SOA devono assicurare e mantenere l’indipendenza richiesta dalle disposizioni del Codice e del Regolamento. A prescindere dai riferimenti testuali alla nozione di “indipendenza”, tuttavia, va rilevato che l’intero Capo II del Titolo III del Regolamento (corrispondente alla Parte II dell’Allegato II.12) detta un sistema di norme che fornisce gli strumenti per individuare i contenuti necessari del requisito di indipendenza di giudizio e per verificarne l’effettiva sussistenza in capo alle SOA. Nel sistema di norme considerato, ai fini della definizione della nozione di indipendenza di giudizio, particolare rilevanza assume anche l’art. 66 (art. 7 dell’Allegato II.12) che, disciplinando in materia di partecipazioni azionarie delle SOA, legittima il controllo dell’Autorità sui conflitti di interesse che possano menomare l’indipendenza degli organismi, ammettendo un controllo costante sul fatto che l’attività di attestazione sia esercitata in modo neutrale, imparziale, con indipendenza di giudizio, con modalità non discriminatorie e senza conflitti di interesse. Importante, inoltre, l’art. 67 (art. 8 dell’Allegato II.12) rubricato “*requisiti tecnici delle SOA*”, in quanto, attraverso la puntuale definizione di tali requisiti, si assicura quel livello adeguato di esperienza, preparazione e capacità/competenza della SOA che costituisce una fondamentale garanzia di indipendenza (Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 9 settembre 2008, n. 4299). Rilevanti sono, inoltre, gli artt. 65 e 68 del Regolamento (artt. 6 e 9 dell’Allegato II.12), da leggere in combinato disposto, che riguardano nello specifico i poteri di vigilanza ed autorizzazione da parte dell’Autorità, poteri preordinati, ancora una volta, ad assicurare

Dalla lettura delle disposizioni richiamate appare di tutta evidenza che l'indipendenza di giudizio debba essere assicurata sia nei rapporti interni alla società (e per tale motivo ne viene disciplinata la costituzione, partecipazione al capitale azionario nonché la composizione e struttura organizzativa), sia nei rapporti ad essa esterni, considerando le possibili relazioni di controllo o di collegamento con altri enti.

Nella Relazione di accompagnamento²⁶² si precisa, infatti, come siano stati concepiti da parte del legislatore i principi di indipendenza di giudizio e di imparzialità degli organismi di attestazione: quella richiesta alle SOA non è un'indipendenza "materiale" o "strutturale", che si sostanzia cioè in un isolamento forzoso all'interno del mercato, in chiave di assoluta prevenzione di possibili inquinamenti della loro neutralità, ma

l'imprecindibile requisito dell'indipendenza di giudizio. Ed ancora, come già sopra peraltro indicato, l'art. 70 del Regolamento (art. 11 dell'Allegato II.12) nella definizione di tariffe per l'attività di qualificazione contribuisce, attraverso la definizione per via normativa delle modalità di retribuzione dell'attività delle SOA, a ridurre la presenza di qualunque interesse commerciale, prevedendo inoltre che nello svolgimento della propria attività le SOA devono agire in modo da garantire imparzialità ed equo trattamento ed assicurare e mantenere l'indipendenza richiesta dalle disposizioni del Codice (art. 70, comma 1, lettere c-d, corrispondente all'art. 11, comma 1, lettere c-d dell'Allegato II.12). Importante anche la previsione contenuta nell'art. 71, comma 1, lettera b), del Regolamento (art. 12, comma 1, lett. b) dell'Allegato II.12), dalla quale si ricava che le SOA devono avere un comportamento tale da eliminare qualsiasi possibilità di conflitti di interesse.

A tal fine, il comportamento tipico di una SOA è costituito dall'astenersi dal rilascio dell'attestato di qualificazione nei casi in cui possa sorgere un conflitto di interesse. Infine completano il quadro normativo le disposizioni in merito alle sanzioni che possono essere inflitte alle SOA (art. 73 del Regolamento – art. 13 dell'Allegato II.12, in particolare, nei vari commi) in caso di violazioni di obblighi atti ad assicurare il possesso ed il mantenimento dei requisiti generali ed a prevenire lesioni al principio dell'indipendenza di giudizio. Si tratta di sanzioni che, nelle ipotesi più gravi, giungono fino al provvedimento definitivo della decadenza dell'autorizzazione allo svolgimento dell'attività di attestazione.

²⁶² Si veda, in particolare, p. 7.

“funzionale”, da accertare nello svolgimento dell’attività dell’ente “caso per caso”, a seconda delle fattispecie che possono in concreto verificarsi.

2.4.1. Le partecipazioni al capitale azionario

Rappresenta una costante dei «regimi speciali» il fatto che essi «rafforz[i]no la disciplina degli assetti proprietari, e, soprattutto, introduc[a]no (..) una disciplina di controllo della titolarità delle azioni, prevedendo, a carico di certi soggetti, divieti di acquisto e/o di detenzione di partecipazioni nella società»²⁶³; costante alla quale neanche le SOA si sottraggono. In considerazione dei rilevanti interessi coinvolti, infatti, nell’elaborazione del testo regolamentare non si è trascurato di dettare una disciplina *ad hoc* sugli assetti proprietari di queste società.

L’art. 66 del Regolamento²⁶⁴ (art. 7 dell’Allegato II.12), esigendo la neutralità di composizione ed organizzazione delle SOA rispetto alle imprese ed alle stazioni appaltanti, vieta esplicitamente la loro partecipazione, sia diretta che indiretta, al capitale azionario degli organismi di attestazione²⁶⁵.

²⁶³ T. GAETA – C. CALDORONI, *Le società organismo di attestazione (S.O.A.)*, cit., p. 83.

²⁶⁴ Originariamente art. 8 del d.P.R. n. 34/2000. Il divieto rappresenta una deroga alla «regola tendenziale» secondo la quale «chiunque (persona fisica o giuridica) può acquistare azioni di qualunque società, senza incontrare limiti a tali acquisti. In questo senso del resto, si pone una delle ragioni storiche della nascita e dello sviluppo delle società azionarie». (V. DI CATALDO, *op. cit.*, p. 36. Cfr. anche G. MARASÀ, *Le società*, cit. p. 133: «in linea di principio, parte del contratto di società può essere qualunque soggetto, sia esso privato o pubblico, persona fisica o gruppo organizzato»). Tale deroga è necessitata dall’esigenza di garantire l’assoluta indipendenza di giudizio delle SOA nei confronti di stazioni appaltanti ed esecutori di lavori pubblici.

²⁶⁵ Il comma 1 dell’art. 66 individuava puntualmente categorie di soggetti che non possono possedere a qualsiasi titolo, direttamente o indirettamente, partecipazioni al capitale di una SOA. In questo caso il divieto attiene alle caratteristiche soggettive, in

Alla violazione della norma sulle preclusioni alla partecipazione azionaria secondo parte della dottrina²⁶⁶ dovrebbe seguire, in assenza di sanzioni specifiche, la nullità per contrarietà a norme imperative del relativo atto, sempre che alla prescrizione in discorso si riconosca il carattere dell'imperatività²⁶⁷.

termini generali ed astratti, delle categorie individuate: i soggetti di cui all'art. 3, comma 1, lettera b) del Regolamento ossia amministrazioni aggiudicatrici, organismi di diritto pubblico, enti aggiudicatori, altri soggetti aggiudicatori, soggetti aggiudicatori e stazioni appaltanti; i soggetti di cui all'art. 3 comma 1 lettera ff) del Regolamento ossia organismi di certificazione, intesi come organismi di diritto privato che rilasciano i certificati di conformità del sistema di gestione per la qualità conformi alle norme europee serie UNI EN ISO 9000; i soggetti a cui possono essere affidati contratti pubblici di lavori; i soggetti che offrono servizi di progettazione, società di professionisti e società di ingegneria; Regioni e Province autonome.

Per un approfondimento sui soggetti rientranti nelle diverse categorie si veda ANAC, *Manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro*, p. 24 e ss.

In termini simili, l'art. 7, comma 1, dell'Allegato II.12 ricomprende nel divieto assoluto di partecipazione al capitale di una SOA *"le stazioni appaltanti, gli enti concedenti, gli organismi di certificazione e i soggetti indicati all'articolo 65 del codice, limitatamente ai soggetti ammessi a partecipare alle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici relativi a lavori, nonché le regioni e le province autonome"*.

²⁶⁶ A. D. SCANO, *Le SOA. cit.*, p. 61.

²⁶⁷ Ne dovrebbe discendere l'obbligo a carico degli amministratori di non procedere all'iscrizione nel libro soci dell'acquirente che versi nella condizione soggettiva causa della preclusione. Dovrebbe, invece, rifiutarsi l'iscrizione dell'atto costitutivo ove si riscontri, durante la fase di costituzione dell'ente, che al capitale della SOA partecipino soggetti di cui all'art. 66, comma 1 (art. 7, comma 1, dell'Allegato II.12). Invero, appare preferibile ritenere che il rispetto delle preclusioni poste dal Regolamento sia condizione per la valida costituzione della società e non semplicemente per l'ammissione all'esercizio dell'attività. Negano, invece, l'imperatività della norma regolamentare T. GAETA – C. CALDORONI, *Le società organismo di attestazione (S.O.A.), cit.*, p. 82, secondo i quali tali preclusioni non comportano la nullità o l'inefficacia dei relativi atti, visto che da nessuna disposizione del Regolamento si evince che l'assenza di preclusioni soggettive costituisca requisito di validità o di efficacia della partecipazione alla SOA. Vi è, invece, soltanto l'espressa previsione, a titolo di sanzione, della decadenza dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività sociale (art. 73, comma 4 del Regolamento – art. 13, comma 5, dell'Allegato II.12).

La norma, invece, tace del tutto in ordine alla configurabilità o meno del divieto di partecipazione al capitale nell'ipotesi in cui i soggetti indicati dall'art. 66, comma 1, detengano azioni della società non come soci, ma in forza di un contratto di pegno o della costituzione di un usufrutto.

A questo proposito, anche in siffatte eventualità si può – quanto meno ai fini del discorso in oggetto – parlare di partecipazione al capitale della società. Invero, vi è chi ha affermato come non «non vi [sarebbe] ragione di ordine logico o sistematico che imponga di considerare il proprietario dell'azione “più socio” di quanto non sia l’“usufruttuario” o il “creditore pignoratizio”»²⁶⁸.

Conseguentemente, appare preferibile già in linea generale sostenere che le ipotesi di pegno o di usufrutto di azioni possono astrattamente concretizzare la fattispecie di partecipazione [vietata] al capitale *ex art. 66, comma 1* (art. 7, comma 1, dell'Allegato II.12).

Una tale circostanza risulta confermata dal fatto, del resto, che nella citata norma si fa riferimento alla partecipazione al capitale “a qualsiasi titolo” detenuta.

Accanto alle ipotesi di totale divieto di partecipazione al capitale, il comma 2 dell'art. 66 del Regolamento (art. 7, comma 2, dell'Allegato II.12) disciplina il caso in cui la partecipazione al capitale azionario della SOA di determinati soggetti collettivi è solamente limitata e condizionata.

La norma, in particolare, riconosce tale opportunità alle associazioni nazionali dei costruttori²⁶⁹ ed a quelle rappresentative di stazioni

²⁶⁸ C. ANGELICI, *Le azioni*, in *Il Codice civile – Commentario* diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1992, p. 195.

²⁶⁹ Il divieto di partecipazione al capitale delle SOA si pone per le associazioni nazionali delle imprese che non abbiano sottoscritto contratti collettivi nazionali di lavoro per i dipendenti delle imprese edili ed affini di comparto. Una tale preclusione deve ricavarsi dal fatto che è consentita la partecipazione solo per dette associazioni sottoscrittrici.

appaltanti, nella misura complessiva del 20% e, ciascuna, nel limite massimo del 10%.

I suddetti limiti percentuali si ritiene debbano comunque essere riferiti alla partecipazione in più organismi di attestazione²⁷⁰.

La partecipazione in misura limitata – chiaramente finalizzata ad evitare che le associazioni rappresentative possano diventare “soci influenti” di una SOA²⁷¹ – è ulteriormente condizionata alla circostanza che alla partecipazione delle associazioni nazionali delle imprese corrisponda, nella medesima SOA, una contemporanea ed uguale partecipazione di una o più associazione nazionale rappresentativa delle stazioni appaltanti e viceversa.

La *ratio* di quest’ultima disposizione – fatta palese nell’*incipit* della seconda parte dell’art. 66, comma 2 (art. 7, comma 2, dell’Allegato II.12), ove si fa riferimento allo scopo di “garantire il principio dell’eguale partecipazione delle parti interessate alla qualificazione” – è quella di assicurare all’interno delle società un’equilibrata rappresentanza di interessi dei soggetti protagonisti del settore dei lavori pubblici²⁷².

²⁷⁰ L’Autorità di vigilanza nella Determinazione n. 23/2000, sostituita poi dal *Manuale sull’attività di qualificazione per l’esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro*, cit., p. 27, ha avuto modo di chiarire che «nella dizione normativa “una SOA”, l’uso dell’articolo “una” sta più semplicemente ad indicare indeterminatamente queste società, ove si osservi che detto uso ricorre anche nel primo comma nel quale certamente non potrebbe significare una sola SOA. Ne consegue la ammissibilità di partecipazione delle associazioni nazionali anche a più società di qualificazione, fermi gli indicati limiti percentuali».

²⁷¹ L’Autorità di vigilanza ha chiarito che «saranno oggetto di valutazione puntuale le situazioni in cui, per la frammentazione delle altre partecipazioni, il governo delle SOA risulti in capo a dette associazioni. Ciò in quanto una situazione del genere potrebbe in concreto compromettere il rispetto del principio di indipendenza, di imparzialità e di non discriminazione».

²⁷² A. D. SCANO, *Le SOA.* cit., p. 64 e ss., rileva che tale precetto non può ad ogni modo definirsi “non aggirabile”, potendo prestare il fianco all’utilizzo di stratagemmi tali da evitarne l’applicazione (patti parasociali, accordi sulla nomina degli organi

In disparte le ipotesi, sopra richiamate, di impossibilità assoluta o relativa alla partecipazione delle SOA, l'Autorità è chiamata ad effettuare, tramite il procedimento indicato dai commi 3, 4 e 6 dell'art. 66 del Regolamento (corrispondenti ai commi 3, 4 e 6 dell'art. 7 dell'Allegato II.12), una valutazione concreta volta a stabilire se la presenza dell'eventuale socio nella compagine sociale non faccia venire meno, in capo alla SOA, i requisiti di indipendenza, di imparzialità e di non discriminazione o comunque possa influire sulla corretta gestione.

2.4.2. Composizione e struttura organizzativa della SOA

L'art. 64, comma 4, del Regolamento, (art. 5, comma 4, dell'Allegato II.12) come precisato, pone la nozione di indipendenza direttamente in relazione con la composizione e la struttura organizzativa della SOA²⁷³, nonché con l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario tale da determinare comportamenti non imparziali o discriminatori.

amministrativi). Tali eventualità secondo l'Autore andrebbero sanzionate con la nullità (*sub specie* di contratto in frode alla legge), qualora si dimostri che siano state orientate all'aggiornamento di una norma imperativa, o con il più severo provvedimento di decadenza dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione.

²⁷³ L'Autorità, nel *Manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro*, cit., p. 28, precisa che «per composizione si intendono gli organi sociali, quali consiglio di amministrazione e assemblea dei soci, mentre per struttura organizzativa ci si riferisce a tutto il personale della SOA». Sono, pertanto, oggetto di verifica amministratori, soci, personale in organico minimo ed extra organico. Secondo l'Autorità l'efficace accertamento dell'assenza di interessi commerciali o finanziari che possono incidere sul requisito dell'indipendenza di giudizio, peraltro, impone di estendere l'ambito soggettivo della verifica anche a coloro che, pur non rivestendo direttamente uno dei ruoli indicati, stanno in relazione a quei soggetti in posizione tale da poterne influenzare la capacità di giudizio (ambito soggettivo mediato). A tale fine l'Autorità ha incluso nelle verifiche anche il coniuge/convivente, madre, padre, figli, fratelli/sorelle, nonni, nipoti.

In questo contesto il requisito dell'indipendenza viene garantito attraverso due distinte modalità:

- a) il divieto di accesso alla struttura organizzativa, per soggetti che sono in linea generale detentori di interessi commerciali o finanziari incompatibili con la funzione svolta dalla SOA;
- b) l'obbligo di astensione della SOA dall'attestare le imprese quando soggetti ammessi a far parte della struttura organizzativa della SOA vengano a trovarsi, con riferimento a specifici casi di attestazione, in presenza di interessi commerciali o finanziari incompatibili.

Con riferimento all'ambito oggettivo delle verifiche, fermo restando che vada definito di volta in volta con riferimento alla specifica fattispecie, l'Autorità di settore ritiene che indici di presenza di interessi commerciali o finanziari incompatibili con il requisito di indipendenza possano essere desunti dal quadro normativo e, pertanto, che assuma rilevanza la riconducibilità dei soggetti appartenenti alla SOA a quelle categorie di soggetti, enti o società che, ai sensi dell'art. 66 del Regolamento (art. 7 dell'Allegato II.12), non possono possedere partecipazioni azionarie nelle SOA.

In tali ipotesi, ove fosse ravvisabile un pericolo astratto di conflitti di interessi, questo potrebbe essere sufficiente ad imporre di escludere le partecipazioni societarie potenzialmente inquinanti²⁷⁴.

²⁷⁴ Nel *Manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro*, cit., p. 41, l'Autorità, al fine di consentire il controllo del permanere del requisito dell'indipendenza indica alle SOA di compiere controlli semestrali sulla propria composizione e struttura organizzativa, da effettuarsi tramite visure presso le Camere di commercio, industria e artigianato, relazionando all'Autorità sulle risultanze ottenute e su eventuali criticità. Ove vengano riscontrate circostanze destinate ad incidere negativamente sulla persistenza del requisito dell'indipendenza, l'Autorità valuta se le stesse determinino una situazione di compromissione o di pericolo

2.5. I requisiti richiesti ai componenti della SOA

2.5.1. I requisiti tecnici

Tra le regole dell'amministrazione proprie degli statuti speciali rientra la previsione dell'art. 67 del Regolamento²⁷⁵ (art. 8 dell'Allegato II.12) sui requisiti tecnici e di professionalità richiesti per queste società²⁷⁶.

Tale disposizione prevede un organico minimo costituito da un direttore tecnico laureato in ingegneria o in architettura, da tre laureati (di cui uno in ingegneria o architettura, uno in giurisprudenza ed uno in economia e commercio) e da sei dipendenti (almeno in possesso del diploma di scuola media superiore), tutti assunti con contratto a tempo indeterminato²⁷⁷.

tale da richiedere che il soggetto, cui le stesse circostanze si riferiscono, venga estromesso dalla società, oppure se le condizioni di indipendenza possano essere salvaguardate attraverso una condotta di astensione dallo svolgimento dell'attività di attestazione.

²⁷⁵ Già art. 9 del d.P.R. 34/2000.

²⁷⁶ S. FOÀ, *Nuovi munera pubblici e principio di imparzialità. Il caso delle società organismi di attestazione in materia di lavori pubblici, cit.*, sottolinea la capillarità delle prescrizioni in ordine ai requisiti tecnici delle società, mettendo in evidenza «la totale compressione dell'autonomia organizzativa che di norma caratterizza il modello societario di diritto privato. La conclamata specialità delle SOA impone un organico minimo talmente dettagliato da prevedere non solo il numero dei componenti ma addirittura il relativo titolo di studio e l'esperienza professionale maturata».

²⁷⁷ Tale disposizione indica la capacità tecnica e organizzativa che deve necessariamente possedere la SOA, a garanzia della preparazione, esperienza e correttezza che devono permeare l'esercizio dell'attività di attestazione. Le suindicate previsioni, infatti, sono tese ad assicurare la presenza di competenze tecniche all'interno della struttura adeguate all'importanza della funzione che tali figure professionali sono chiamate a svolgere, la quale si presenta incompatibile con contratti *part-time* sia nel settore privato che nell'ambito del pubblico impiego.

Con una impostazione tesa a porre in primo piano la presenza di idonee professionalità tecniche, tali da garantire adeguata competenza in funzione dell'attività di attestazione da svolgere, viene disposto che il direttore tecnico di una SOA, oltre ad essere laureato, sia abilitato all'esercizio della professione da almeno dieci anni ed iscritto, al momento dell'attribuzione dell'incarico, al relativo albo professionale²⁷⁸.

Inoltre, per poter svolgere il ruolo di direttore tecnico in un organismo di attestazione, è richiesta esperienza almeno quinquennale nel settore dei lavori pubblici, maturata in posizione di responsabilità direttiva nell'attività di controllo tecnico dei cantieri (organizzazione, qualità, avanzamento lavori, costi) o di valutazione della capacità economico-finanziaria delle imprese in relazione al loro portafoglio ordini, ovvero nella attività di certificazione della qualità. È fatto divieto al direttore tecnico di una SOA di svolgere analogo incarico presso altri organismi di attestazione; l'esclusività dell'incarico deve essere oggetto di apposita dichiarazione.

²⁷⁸ Nel *Manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro*, cit., p. 46, l'Autorità precisa che «la previsione dell'iscrizione all'albo professionale al momento dell'attribuzione dell'incarico sembrerebbe stata concepita dal legislatore nella convinzione che il soggetto che sottoscrive il contratto, in qualità di direttore tecnico di una SOA, debba possedere tutti i requisiti non solo di natura tecnica, ma anche di carattere deontologico garantiti dall'iscrizione all'albo e non nella convinzione di un successivo dovere del direttore tecnico di cancellarsi dall'albo».

Con riferimento alla possibilità per il direttore tecnico di svolgere altri incarichi professionali, eventualmente per conto di committenza sia pubblica che privata, l'Autorità precisa che «occorre valutare non tanto la natura del soggetto per conto del quale il direttore tecnico potrebbe svolgere l'incarico professionale, ma il possibile conflitto di interessi tra [tale] incarico [...] e la funzione che dovrebbe esercitare nell'attività di attestazione in qualità di direttore tecnico della SOA». Sul punto si esclude che il direttore tecnico di un organismo di attestazione possa svolgere incarichi professionali di progettazione di cui all'art. 24 del Codice per conto di committenza pubblica e/o privata.

Le SOA, in ogni caso, non possono ricorrere a prestazioni di soggetti esterni alla loro organizzazione aziendale²⁷⁹.

2.5.2. I requisiti di carattere morale

L'art. 67, comma 2, del Regolamento (art. 8, comma 2, dell'Allegato II.12), richiamando quanto prescritto dall'art. 64, comma 6 (art. 5, comma 6, dell'Allegato II.12), stabilisce le condizioni per l'esercizio dell'attività di attestazione e gli specifici requisiti di onorabilità che *“il personale delle SOA, nonché i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo nelle SOA, nonché i soggetti che svolgono attività in maniera diretta o indiretta in nome e per conto delle SOA”* devono possedere.

Prendendo le mosse dai generali presupposti d'esercizio dell'attività sociale, le lett. a) e b) dell'art. 64, comma 6, del Regolamento (corrispondenti alle lett. a) e b) dell'art. 5, comma 6, dell'Allegato II.12) sanciscono che non possono svolgere attività di attestazione le SOA che si trovino in uno stato di fallimento²⁸⁰, di liquidazione, concordato preventivo

²⁷⁹ Art. 70, comma 3, del Regolamento (art. 11, comma 3, dell'Allegato II.12), che ha sostituito l'art. 12, comma 2 del d.P.R. 34/2000. L'Autorità al riguardo ha spiegato che «la previsione del divieto di prestazione di soggetti esterni all'organizzazione aziendale è da intendersi nel senso che l'attività di attestazione è di esclusiva competenza della SOA e che per tale attività la SOA non può deferire a soggetti estranei alla sua organizzazione, in ragione del rilievo pubblicistico che riveste la funzione di attestazione che giustifica i doveri a cui le SOA devono attenersi nello svolgimento dei relativi compiti». Ciò, tuttavia, non osta alla possibilità per le SOA di ricorrere a forme di collaborazione o consulenze esterne per attività (meramente) strumentali o presupposte a quelle di attestazione.

²⁸⁰ La formulazione dell'art. 64, comma 6, lett. a), la quale fa riferimento *“allo stato di fallimento”*, riproduce quella originaria dell'art. 7, comma 7 del d.P.R. n. 34/2000. Sul punto, il Consiglio di Stato, nel parere 23 novembre 1999, n. 203, *cit.*, aveva sollevato

o qualsiasi altra situazione equivalente secondo la legislazione vigente, ovvero soggette a procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni.

In virtù di quanto disposto dalle lett. c) non possono, ancora, svolgere attività di attestazione le SOA che non siano in regola con gli obblighi fiscali, contributivi o assistenziali previsti dalla legislazione vigente o abbiano commesso gravi violazioni debitamente accertate delle norme in materia di sicurezza e degli obblighi derivanti dai rapporti di lavoro.

Anche gli amministratori, soci, sindaci e dipendenti delle SOA, devono essere dotati di specifici requisiti di onorabilità, individuati dallo stesso art. 64, comma 6, del Regolamento (art. 5, comma 6, dell'Allegato II.12), e dimostrarne la persistenza in ogni occasione di verifica.

I requisiti morali richiesti dalla norma citata impongono che per ciascuno dei soggetti sopra indicati:

- non sia pendente un procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione previste dall'art. 6 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159; né sussista alcuna delle cause ostative di decadenza, sospensione, o divieto previste dall'art. 67 del citato decreto; né sia stato emanato un provvedimento da cui derivi il divieto di contratte con la pubblica amministrazione (lett. d);
- non sia stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti per

dei rilievi sull'espresso riferimento allo stato di fallimento e a quello di cessazione dell'attività che «precludono *ex se* ogni possibilità di svolgimento di attività» e che, per questa ragione, era stato considerato tautologico». Nel vigente testo dell'art. 5, comma 6, lett. a), l'inciso relativo allo stato di fallimento è stato espunto.

- qualsiasi reato che incida sulla affidabilità morale o professionale o per delitti finanziari (lett. e)²⁸¹;
- non vi sia responsabilità per errore professionale grave formalmente accertato (lett. f)²⁸²;
 - non vi sia responsabilità per aver reso false dichiarazioni o fornito falsa documentazione in merito alle informazioni richieste o all'assenza di situazioni idonee a pregiudicare il requisito dell'indipendenza o per aver utilizzato con dolo o colpa grave documentazione dell'impresa, di cui agli artt. 78 e 79 del Regolamento (art. 18 dell'Allegato II.12), non veritiera.

Il venire meno di tali requisiti, come chiarito dall'art. 67, comma 3, del Regolamento (art. 8, comma 3, dell'Allegato II.12), determina la decadenza dalla carica per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo nelle SOA. La decadenza deve essere dichiarata dagli organi sociali entro quindici giorni dalla conoscenza del fatto e implica, altresì, che la SOA, nei successivi quindici giorni da tale dichiarazione, informi l'Autorità. Ai sensi dell'art. 67, comma 4, del Regolamento (art. 8, comma 4, dell'Allegato II.12), invece, il venir meno dei requisiti per il personale delle SOA determina l'avvio delle procedure

²⁸¹ Sul punto non può che rilevarsi come, a fronte dell'agevole individuazione dei delitti finanziari, l'area dei reati che possono incidere sull'affidabilità morale o professionale si presenti tanto vasta quanto di difficile delimitazione.

²⁸² A.D. SCANO, *Le SOA.. cit.*, p. 56, osserva che «riguardo a questa disposizione è da rilevare come risulti alquanto “aperta” l'interpretazione della locuzione “formalmente accertato”. In particolare, è dubbio, in mancanza di ulteriori indicazioni del vago dettato normativo, da chi debba essere accertato l'errore professionale. Dal momento che si verte in tema di diritto alla libera iniziativa economica, preferibile appare un'interpretazione della norma nel senso della necessità di un accertamento in sede giurisdizionale di tale errore, non reputandosi sufficienti autonome verifiche da parte dell'Autorità amministrativa».

per la risoluzione del rapporto di lavoro subordinato, in relazione alle quali, ancora una volta la SOA, nei quindici giorni dall'avvio della procedura di risoluzione, deve informare l'Autorità.

3. L'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione

La natura giuridica delle SOA, quali società per azioni di diritto speciale²⁸³ rispetto al modello societario del codice civile, impone che lo svolgimento dell'attività di attestazione sia subordinata al rilascio dell'autorizzazione da parte dell'Autorità, secondo le modalità indicate nell'art. 68 del Regolamento²⁸⁴ (art. 9 dell'Allegato II.12).

²⁸³ A.D. SCANO, *Le SOA. cit.*, p. 50, evidenzia che «nell'ambito della disciplina societaria delle SOA grande rilievo riveste l'elemento dell'autorizzazione amministrativa, istituto tipico degli statuti speciali».

²⁸⁴ Nel *Manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro, cit.*, p. 33, l'Autorità precisa che dal Regolamento si evincono due fasi del procedimento di autorizzazione:

- la prima relativa alla domanda di autorizzazione da parte della SOA istante;
- la seconda relativa al rilascio del provvedimento di autorizzazione.

In ordine all'istanza di autorizzazione assumono rilevanza le condizioni di ammissibilità della domanda, individuate dall'art. 68, comma 2, del Regolamento (art. 9, comma 2, dell'Allegato II.12), il quale contiene l'elencazione dei documenti che la SOA deve presentare: *a)* atto costitutivo e statuto sociale (in copia autentica, corredati dal certificato attestante l'iscrizione della società nel Registro delle imprese, rilasciato in data non anteriore a 180 giorni dalla presentazione dell'istanza); *b)* elencazione della compagine sociale e dichiarazione circa eventuali situazioni di controllo e di collegamento; *c)* organigramma della SOA, comprensivo dei *curricula* dei soggetti che ne fanno parte; *d)* dichiarazione del legale rappresentante circa l'inesistenza delle situazioni previste dall'art. 64, comma 6, del Regolamento, (art. 5, comma 6, dell'Allegato II.12) in capo alla SOA istante, ai suoi amministratori, ai legali rappresentanti, ai soci e al personale di cui all'art. 67, comma 2 (art. 8, comma 2, dell'Allegato II.12) (si veda *supra* in relazione ai requisiti morali prescritti); *e)* certificato del casellario giudiziale relativo agli amministratori, ai legali rappresentanti, ai soci e al personale della SOA istante *ex art.* 67, comma 2 (art. 8, comma 2, dell'Allegato II.12); *f)* documento contenente la definizione delle procedure che saranno utilizzate per l'esercizio dell'attività di

Il procedimento per ottenere l'autorizzazione a svolgere l'attività di attestazione segue lo schema classico di un soggetto privato – in questo caso una società per azioni con capitale minimo versato di un milione di euro e con oggetto sociale esclusivo – che presenta un'istanza, corredata da un elenco di documenti; si apre così un procedimento amministrativo che si conclude entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento dell'istanza; il tempo necessario all'Autorità per acquisire documentazione integrativa non si computa nel termine; il diniego di autorizzazione non impedisce la presentazione di una nuova istanza.

L'Autorità, in ogni caso, conserva un potere di controllo nei confronti delle SOA autorizzate, il quale può concretizzarsi anche nel provvedimento di decadenza dell'autorizzazione²⁸⁵.

Per un corretto inquadramento del soggetto SOA e dell'attività dallo stesso svolta, attenta dottrina ha ritenuto indispensabile tentare di ricostruire la natura giuridica dell'autorizzazione²⁸⁶.

attestazione; g) polizza assicurativa stipulata con impresa di assicurazione autorizzata per la copertura delle responsabilità conseguenti all'attività svolta, avente massimale non inferiore a sei volte il volume d'affari prevedibile.

Il d.P.R. 34/2000 condizionava, altresì, l'autorizzazione da parte dell'Autorità al previo parere della Commissione consultiva di cui all'art. 5 del medesimo decreto. Oggi il Regolamento non fa più alcun riferimento al suddetto parere.

²⁸⁵ G. P. CIRILLO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.. cit.*, p. 762 e ss., rileva che «risulta evidente che ci si trova di fronte a due procedimenti: il primo è un normale procedimento autorizzatorio teso a conferire al soggetto una particolare qualificazione soggettiva idonea ad immetterlo in un ordinamento sezionale, quale quello dei lavori pubblici e la natura della situazione soggettiva di base dell'impresa aspirante è quella propria dell'interesse legittimo pretensivo, attesa la presenza di un potere discrezionale in capo all'autorità concedente; il secondo è un procedimento sanzionatorio esecutivo [...] anche se l'impedimento a svolgere l'attività da parte della SOA “incriminata” costituisce un'indiretta cura dell'interesse pubblico a che l'attività di attestazione venga svolta da soggetti rispettosi delle regole poste a garanzia del corretto funzionamento del sistema».

²⁸⁶ In tal senso, G.P. CIRILLO, *op. cit.*, evidenzia che «l'autorizzazione alle SOA a svolgere l'attività di qualificazione delle imprese ha anche una chiarissima connotazione

L'indagine sul punto, tradizionalmente, ha preso avvio dagli istituti generali, quali il diritto di impresa o la libera iniziativa economica di cui agli artt. 41 e 43 Cost., nonché dal principio di libera concorrenza che deve informare il mercato interno²⁸⁷.

Alla luce di tale impostazione sono state formulate almeno tre ipotesi di lavoro

circa la categoria giuridica in cui ricondurre le autorizzazioni rilasciate dall'Autorità:

- a) autorizzazioni costitutive del diritto d'impresa;
- b) autorizzazioni permissive dell'esercizio di un'attività economica;
- c) autorizzazioni meramente ricognitive dei presupposti e condizioni indicate dalla legge e dal regolamento²⁸⁸.

di carattere organizzatorio, nel senso che non si limita semplicemente ad immetterle nell'ordinamento sezionale conferendole la legittimazione, ma ne conforma anche la struttura organizzativa. [...] [Tuttavia] l'autorizzazione non attribuisce all'impresa richiedente una natura diversa da quella privatistica originaria, atteso che l'autorizzazione attiene all'attività da svolgersi, anche se essa ha un'incidenza sul soggetto, visto che l'attitudine a svolgere l'attività di qualificazione viene verificata in anticipo attraverso il controllo del possesso di determinati requisiti soggettivi».

²⁸⁷ A.D. SCANO, *Le SOA. cit.*, p. 50, osserva che «sul punto deve essere svolta, in via preliminare, qualche considerazione sulla disciplina della autorizzazione di accesso al mercato, tenendo conto del fatto che la libertà di iniziativa economica è diritto riconosciuto nel nostro ordinamento dalla stessa Costituzione; diritto, altresì, fondativo della costituzione economica della Comunità Europea».

²⁸⁸ Si tratta, in sostanza, delle tesi elaborate sugli atti autorizzatori sotto il profilo degli effetti da M.S. GIANNINI ed esposte da A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, parte generale, tomo II, p. 1152. A. ASTANZI, *op. cit.*, p. 728, esclude l'ipotesi *sub a)* osservando che M.S. Giannini «annovera tra le autorizzazioni costitutive quelle relative al diritto d'impresa bancaria ovvero quelle relative al diritto di impresa assicurativa. In tali ipotesi il diritto è regolato da atti normativi dello Stato o da atti interni degli ordinamenti sezionali. L'imprenditore, una volta inserito in tali ordinamenti, "si trova in una situazione di soggezione rispetto ad Autorità che adottano atti di direzione e di controllo". È evidente la diversità di posizione in cui versano le SOA le quali, tra l'altro, non si trovano affatto in una posizione di soggezione rispetto all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici».

Chi riconduce l'autorizzazione in oggetto tra quelle costitutive di impresa²⁸⁹, osserva che normalmente il diritto d'impresa è per principio acquistabile ed esercitabile e che le norme si preoccupano solamente di tutelare i terzi e dare certezze ai traffici.

Tuttavia, quando la norma pubblicistica subordina l'acquisto del diritto d'impresa ad un atto autorizzatorio, significa che è quest'ultimo a creare tale diritto, unitamente ad un rapporto di controllo tra l'imprenditore e l'autorità, la quale conserva poteri ispettivi e di vigilanza.

In questo senso, mediante l'autorizzazione "costitutiva" rilasciata dall'Autorità alla SOA, si produce un duplice effetto: da un lato si conferiscono al soggetto privato i poteri pubblicistici, e, dall'altro, si abilita la SOA ad avere rapporti contrattuali con l'utenza.

Tale tesi non è condivisa da coloro i quali, al contrario, escludono che un provvedimento autorizzatorio costituisca titolo giuridico idoneo ad investire soggetti privati di potestà pubbliche.

Nel caso delle SOA, pertanto, l'Autorità di settore non conferirebbe alcunché, posto che è la legge ad attribuire, in via originaria, la titolarità di pubbliche funzioni, ancorché ne condizioni l'esercizio alla previa verifica (volta alla rimozione del limite apposto dalla legge) di una serie di requisiti da parte dell'autorità stessa²⁹⁰.

L'Autore osserva, altresì, che anche l'ipotesi *sub b)* «presenta profili oscuri. Infatti, a differenza delle normali autorizzazioni permissive, ad esempio autorizzazioni all'esercizio di attività commerciale, non vi è una funzione di programmazione in qualche modo relazionabile all'art. 41 Cost». Lo stesso giunge, quindi, alla conclusione per cui risulta «maggiormente fondata [...] l'ipotesi *sub c)*, in quanto con l'autorizzazione l'*Authority* esercita un controllo teso alla rigorosa e puntuale verifica circa la sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi [richiesti]».

²⁸⁹ Sul punto, si veda G. P. CIRILLO, *op. cit.*

²⁹⁰ In questi termini A. MALTONI, *op. cit.*, p. 352. Anche P. SALVATORE, *Le attestazioni SOA. cit.*, p. 457, rileva che «sulla base della normativa specifica di settore vi è ragione valida per ritenere che la funzione certificatoria svolta dalle SOA non passa attraverso

È stato osservato, peraltro, come le autorizzazioni “con effetto costitutivo” rendano ancora più incerta la distinzione con le concessioni²⁹¹.

Non stupisce, quindi, che altra parte della dottrina abbia affermato che la relazione giuridica tra l’Autorità e la SOA, nonostante la terminologia adoperata dal legislatore, appartenga al tipo dei rapporti concessori.

In questa prospettiva, l’autorizzazione ad espletare l’attività di qualificazione delle imprese, sarebbe, in realtà, una vera e propria concessione amministrativa²⁹², in quanto viene attribuita ad un organismo privato la possibilità di svolgere un’attività di certificazione di circostanze e qualità che hanno fede pubblica.

In sostanza, l’atto permissivo rilasciato dall’Autorità a siffatti organismi di attestazione non rimuoverebbe affatto un limite all’estrinsecazione di un’attività economica che, di per sé, già rientrerebbe nella sfera giuridica

un’attribuzione della stessa alla P.A. che poi la trasferisce ai privati, ma risulta attribuita categorialmente ad alcuni organismi preindividuati direttamente dalla legge, sicché l’autorizzazione in questione svolge il suo ordinario ruolo di rimozione di un limite ad un’attività che è proiezione di una capacità giuridica speciale scaturente dalla legge il cui svolgimento, peraltro, necessita di alcune verifiche sull’idoneità a svolgerle in concreto dal soggetto, appartenente alla categoria normativamente indicata, verifiche per l’appunto demandate all’Autorità titolare della podestà autorizzatoria». Concorde con questa tesi anche F. SICILIANO, *L’insostenibile leggerezza..cit.*, p. 51.

²⁹¹ E. CASSETTA, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 305.

²⁹² Sulla distinzione tra concessioni e autorizzazioni, cfr.: P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, vol. II, Giuffrè, 2001, p. 15 ss.; M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, II ed. (a cura di A. MIRABELLI CENTURIONE), 2000, p. 326 ss. Specificamente, sulle «concessioni», si veda: E. SILVESTRI, (voce) *Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, p. 370 ss.; V. CAIANIELLO, (voce) *Concessioni (Diritto amministrativo)*, in *Nss. Dig. It.*, vol. II app., Torino, 1981, p. 234 ss.; M. D’ALBERTI, (voce) *Concessioni amministrative*, in *Enc. Giur.*, vol. VII, Roma, 1988; D. SORACE – C. MARZUOLI, (voce) *Concessioni amministrative*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, p. 280 ss. Per un raffronto con la diversa categoria delle «autorizzazioni», si veda: A. ORSI BATTAGLINI, (voce) *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. II, Torino, 1987, p. 58 ss.; P. SALVATORE, *Autorizzazione*, (voce) in *Enc. Giur.*, vol. IV, Roma, 1988.

del soggetto che intende intraprenderla, seppure sottoposta ad autorizzazione in funzione di controllo. Piuttosto, si tratterebbe dell'attribuzione di una funzione nuova – che peraltro nel sistema previgente era svolta direttamente dallo Stato – ad un soggetto dell'ordinamento si` privato, ma che, comunque, viene appositamente creato e che non esisteva in precedenza²⁹³.

Una tesi intermedia rispetto a quelle esposte è sostenuta da chi individua nell'autorizzazione rilasciata alle SOA una duplice natura: autorizzazione per quanto concerne l'attività e concessoria nella parte attributiva di una funzione pubblica di tipo certificativo.

4. Il rapporto tra la SOA e l'Autorità di vigilanza

L'autorizzazione ricognitiva dei requisiti legali della SOA, oltre a formalizzare l'attitudine certificatoria della SOA verso l'esterno nei

²⁹³ Così L. IEVA, *Non esiste il potere dell'Authority..cit.*, il quale osserva che «le SOA sono una «invenzione» del legislatore, il quale ha inteso dismettere l'attività amministrativa di accertamento delle “qualità giuridiche” necessarie per l'ammissione alle procedure di gara, per affidarle ad altri soggetti, questa volta privati, dell'ordinamento, in quanto reputati meglio in grado di assicurare una più efficace attività di monitoraggio e di controllo delle imprese che possono realizzare appalti pubblici. Lo svolgimento di una simile attività può essere soltanto oggetto, propriamente, di concessione, attribuita sulla base di una verifica puntuale della sussistenza di parametri di capacità, apprezzabili sotto il profilo della discrezionalità tecnica, degli organismi di attestazione».

In termini analoghi, F. TITOMANLIO, *Le Soa: un qualificatore privo di investitura*, in www.giustamm.it, n. 1/2009, rileva che «le SOA vengono “autorizzate” ad attestare dall'Autorità per la vigilanza. Ma, l'autorizzazione è un provvedimento che rimuove un ostacolo all'esercizio di un diritto che appartiene al soggetto. La qualificazione è un “diritto” delle stazioni appaltanti: le SOA ne sono certamente prive. La risposta è che il legislatore ha adoperato un'espressione impropria: voleva dire concessione e ha scritto autorizzazione».

rapporti con i privati imprenditori, si può leggere come il segnale di un legame tra l'Autorità di settore e la stessa SOA.

Ciò in quanto l'esito positivo del procedimento autorizzatorio non sembra concludere e definire un rapporto tra soggetto autorizzante e soggetto autorizzato, quanto piuttosto costituirne semplicemente il punto di partenza²⁹⁴.

In questa prospettiva, mediante l'"autorizzazione" si crea una sorta di vincolo interno tra Autorità di vigilanza e SOA, tanto che vi è chi si è spinto ad evidenziare la difficoltà di analizzare e qualificare la SOA «come entità a sé stante e soggettivamente autonoma rispetto all'Autorità di vigilanza»²⁹⁵.

In ogni caso, non vi è dubbio che l'Autorità costituisca organismo cardine nel sistema di qualificazione voluto dalla legge in materia di lavori pubblici: essa non solo autorizza le SOA allo svolgimento delle loro attività ma ha una funzione di controllo dell'intero sistema e, più in generale, delle procedure di evidenza pubblica, funzione a cui sono correlati anche precisi poteri sanzionatori.

²⁹⁴ G.P. CIRILLO, *op. cit.*, osserva che le SOA «pur conservando la loro natura privatistica e pur non avendo un rapporto giuridico stabilizzato in un atto formale di concessione con l'amministrazione preposta alla cura del settore degli appalti pubblici, hanno un unico importante punto di contatto con l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, costituito proprio dall'atto di autorizzazione, che ha anche un contenuto prescrittivo e ordinatorio, a seguito del quale si instaura un rapporto di controllo immanente e duraturo nel tempo e che inizia già nella fase della richiesta dell'aspirante SOA ad essere autorizzata; nel senso che gli elementi che in tale sede debbono essere forniti debbono già consentire all'Autorità di prefigurarsi il futuro procedimento che la SOA autorizzata potrà in essere affinché le imprese ottengano l'attestato di qualificazione. Sicché, se si va alla sostanza delle cose, ovvero sia al concreto contenuto dell'atto di autorizzazione e ai poteri facenti capo all'Autorità, è agevole ritenere che l'atto autorizzatorio non ha solo la funzione di legittimare la SOA allo svolgimento dell'attività di attestazione, ma anche di conferire a tale attività una certa conformazione e qualificazione».

²⁹⁵ In questi termini F. SICILIANO, *L'insostenibile leggerezza...cit.*, p. 52.

Tali compiti, come noto, vengono oggi esercitati dall'Autorità Nazionale Anticorruzione²⁹⁶, ma in principio c'era stata l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, istituita dall'art. 4 della legge n. 109/1994 “*al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'art. 1, comma 1, nella materia dei lavori pubblici, anche di interesse regionale*”²⁹⁷.

²⁹⁶ Il d.l. n. 90/2014 (convertito dalla L. n. 114/2014) ha provveduto a trasferire tutti i compiti e le funzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP) all'ANAC. Sulla costituzione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione la letteratura è molto ampia, si veda in particolare: C. BENETAZZO, *ANAC e sistema europeo dei contratti pubblici*, Giappichelli Editore, 2020; R. CANTONE, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la vita di relazione internazionale: l'esperienza innovativa di ANAC dal 2014 al 2020*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021; A. RIVIEZZO, *L'autorità dell'anticorruzione*, Mucchi, 2020; I. A. NICOTRA (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli Editore, 2016; R. CANTONE – F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Giappichelli Editore, 2015.

²⁹⁷ Anche i contributi sull'istituzione dell'Autorità di vigilanza sono copiosi: si rinvia, per i primi commenti a S. GATTAMELATA, *L'Autorità sui lavori pubblici: il suo difficile inserimento nella famiglia delle Amministrazioni indipendenti*, in *Riv. Trim. appalti*, 1996, p. 57; R. CARANTA, *Ancora un'Autorità indipendente*, in *Commentario alla legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di F. CARINGELLA, Milano, 1999, p. 172; A. CARULLO, *L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, I, a cura di A. CARULLO – A. CLARIZIA, Padova, 2000, p. 199; L. IEVA, *L'autorità di vigilanza sui lavori pubblici*, in www.lexitalia.it, 2000.

L'esame delle ragioni sottese alla nascita delle Autorità indipendenti esula dal presente lavoro (per un approfondimento sul tema si veda G.P. CIRILLO, *op. cit.*) ma in questa sede vale ricordare come all'istituzione dell'Autorità per la vigilanza in materia di appalti pubblici abbia contribuito il particolare momento storico e come l'affermarsi del suddetto modello organizzativo sia stato influenzato dalla normativa europea, che ha sollecitato la creazione di autorità nazionali di regolazione e la loro integrazione in sistemi coordinati a livello unionale (la “rete” dei regolatori nazionali). Nella materia degli appalti pubblici, in particolare, l'istituzione di un'agenzia indipendente quale meccanismo (efficace, accessibile e trasparente) attraverso cui gli Stati assicurano l'applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici, conformemente alle direttive 89/665 CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989 e 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, è espressamente prevista dall'art. 81, comma 1, della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 e dall'art. 72, comma 2, della direttiva 2004/17/CE del 31 marzo 2004, entrambi rubricati «meccanismi di controllo».

Con la codificazione della normativa in materia di contratti pubblici, ad opera del d.lgs. n. 163/2006, in attuazione delle direttive CE nn. 17 e 18 del 2004, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ha assunto la denominazione di Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, estendendo anche a questi ultimi settori le proprie sfere di competenza. Mediante il recepimento delle suindicate direttive, quindi, l'Autorità è stata chiamata anche a garantire l'applicazione delle norme comunitarie di settore ed a interpretare un nuovo ruolo a garanzia di una effettiva concorrenza.

Una tale ricostruzione è utile a capire il ruolo svolto, prima dalla AVCP e oggi dall'ANAC, in materia di qualificazione.

I controlli demandati in materia all'Autorità attengono sia al profilo organizzativo che funzionale²⁹⁸ e, in quest'ultimo caso, tanto alla fase contrattuale²⁹⁹ tra imprese e SOA, quanto al rilascio dell'attestazione vera

Sullo stretto legame che unisce diritto comunitario ed Autorità di vigilanza si veda P. LAZZARA, *L'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici*, in *Manuale del diritto dei lavori pubblici*, a cura di A. BARGONE – P. STELLA RICHTER, 2001.

²⁹⁸ A. MALTONI, *op. cit.*, p. 406, rileva che «per comprendere il grado di compenetrazione tra il modello organizzativo e l'azione ordinata al soddisfacimento di un fine pubblico, occorre considerare il rapporto tra il conferitario e l'autorità di vigilanza. [...] Tanto per i liberi professionisti per i quali sia richiesto il possesso di una particolare abilitazione, quanto per le organizzazioni di impresa che debbono essere autorizzate o iscritte in un albo, l'esercizio dell'attività a rilevanza pubblicistica è subordinato alla preventiva verifica di una serie di requisiti stabiliti dalla legge, che costituiscono, di regola, oggetto di un successivo riscontro, effettuato sempre dall'autorità di vigilanza mediante controlli e ispezioni. [...] Le condizioni per l'ottimale perseguimento del fine pubblico da parte del conferitario risultano tutte realizzate laddove l'autorità di vigilanza accerti la presenza/permanenza di determinati requisiti inerenti al soggetto, ancorché congiuntamente ad altri attinenti alle modalità di esercizio dell'attività».

²⁹⁹ L'Autorità ha un potere di vigilanza anzitutto contrattuale. Ai sensi dell'art. 71, comma 1, del Regolamento (art. 12, comma 1, dell'Allegato II.12), infatti, controlla che le SOA rispettino le procedure (lett. a), abbiano un comportamento che elimina rischi di conflitto di interesse (lett. b), applichino le tariffe indicate dal regolamento (lett. c),

e propria³⁰⁰, complessivamente rispondendo non solo all'interesse pubblico ad un corretto ed efficiente esercizio dell'attività di attestazione, ma anche all'interesse del privato contraente ad un corretto esercizio della prestazione contrattuale, e quindi ad un più efficiente svolgersi della concorrenza nel mercato. L'esercizio di tali funzioni è accompagnato anche da specifici poteri sanzionatori.

4.1. I poteri sanzionatori

Ai sensi dell'art. 213, comma 3, lett. f), del Codice, l'Autorità "*vigila sul sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici di lavori ed esercita i correlati poteri sanzionatori*".

In dottrina è stato evidenziato che le sanzioni irrogate dall'Autorità possono dividersi in due categorie: quelle strumentali (ossia funzionali all'esercizio del potere di vigilanza) e quelle repressive (volte a reprimere le condotte illecite degli operatori del mercato incidenti sul regolare

svolgano la propria attività conformemente a quanto previsto dall'art. 70 del Regolamento (art. 11 dell'Allegato II.12) (lett. e), ossia si comportino con diligenza, correttezza e trasparenza, imparzialità ed equo trattamento, nonché indipendenza, dispongano di risorse e procedure, anche di controllo, idonee ad assicurare efficienza e correttezza, acquisiscano le informazioni necessarie dai soggetti qualificandi e verifichino la veridicità e la sostanza delle dichiarazioni. Oltre ai compiti appena indicati, l'Autorità può esercitare un controllo sulle SOA "*in merito ai contratti stipulati dalle imprese per ottenere la qualificazione*", su richiesta delle imprese stesse (comma 5). In questi casi l'ANAC si fa supervisore della correttezza delle prestazioni contrattuali degli organismi di attestazione.

³⁰⁰ L'Autorità controlla in particolare che l'attestazione sia rilasciata nel pieno rispetto dei requisiti di legge, conformemente alla documentazione prodotta dall'impresa e verificata dalla SOA medesima.

espletamento delle procedure di evidenza pubblica e, segnatamente, della fase di qualificazione dei concorrenti)³⁰¹.

La diversificazione dei fini non comporta che una modesta varietà di misure: l'apparato sanzionatorio si articola in misure pecuniarie e misure interdittive, tutte suscettibili di applicazione nei soli e tassativi casi previsti dalla normativa.

Le prime attingono comportamenti reticenti, omissioni, e più in generale, violazioni di obblighi di informativa, tali da ostacolare l'attività di vigilanza; le secondo colpiscono condotte illecite che compromettono in via immediata i principi e i valori fondamentali dell'evidenza pubblica.

In materia di qualificazione delle imprese lo strumentario sanzionatorio dell'Autorità è volto a garantire la veridicità delle dichiarazioni sui requisiti di partecipazione e così, indirettamente, l'effettivo possesso in capo ai partecipanti dei suddetti requisiti.

³⁰¹ S. VINTI, *La funzione di controllo sulla qualificazione delle imprese*, in www.giustamm.it, n. 2/2010.

Il potere sanzionatorio viene esercitato nei confronti degli operatori economici³⁰² in possesso della qualificazione e delle SOA³⁰³.

4.2. Il potere di annullamento delle attestazioni SOA

³⁰² Il potere sanzionatorio dell'Autorità nei confronti delle imprese per violazione dell'obbligo di informazione trova specifica disciplina nell'art. 74 del Regolamento (art. 14 dell'Allegato II.12), il quale distingue diverse condotte sanzionabili, graduando la sanzione in base alla gravità della violazione.

L'art. 84, comma 4-*bis*, del Codice, prevede, altresì, che l'Autorità, in caso di presentazione di dichiarazioni false o documenti non veritieri, ai fini della qualificazione, su segnalazione della SOA, laddove accerti il dolo o la colpa grave dell'operatore economico, tenendo conto della gravità del fatto e della sua rilevanza sul procedimento di qualificazione, ne dispone l'iscrizione nel Casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto per un periodo massimo di due anni.

La disposizione non è stata riprodotta nel vigente art. 100, comma 13, del d.lgs. n. 36/2023, il quale prevede solo che le SOA *“segnalano immediatamente all'ANAC i casi in cui gli operatori economici, ai fini della qualificazione, rendono dichiarazioni false o producono documenti non veritieri”*. L'art. 18, comma 4 e 23, dell'Allegato II.12, prevede, rispettivamente per i requisiti generali e speciali che *“le SOA ne danno segnalazione all'ANAC che ordina l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 222, comma 10, del codice ai fini dell'interdizione al conseguimento dell'attestazione di qualificazione, per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia. Ove la falsità della documentazione sia rilevata in corso di validità dell'attestazione di qualificazione, essa comporta la pronuncia di decadenza dell'attestazione di qualificazione dell'impresa da parte della SOA che ne dà comunicazione all'ANAC, ovvero da parte dell'ANAC in caso di inerzia della SOA; l'ANAC ordina l'iscrizione nel casellario informatico, ai fini dell'interdizione al conseguimento di una nuova attestazione di qualificazione, per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia”*.

³⁰³ L'art. 73 del Regolamento (art. 13 dell'Allegato II.12) designa un complesso apparato sanzionatorio nei confronti delle SOA che si articola, già nella rubrica della norma, in sanzioni pecuniarie, sospensione e decadenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione.

La legge n. 109/1994 nell'attribuire all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici il compito di vigilare sul sistema di qualificazione non precisava se essa fosse altresì titolare di un potere di intervento diretto sulle attestazioni rilasciate dalle SOA.

In particolare, in vigenza della suddetta normativa, si era posto l'interrogativo se l'Autorità potesse procedere all'annullamento di attestazioni rilasciate dalle SOA a seguito di contratti di qualificazione stipulati con le imprese interessate.

Secondo un indirizzo della giurisprudenza di primo grado ciò non era legittimo, ponendosi l'Autorità come soggetto terzo rispetto al rapporto di diritto privato intercorrente tra SOA e imprese qualificate³⁰⁴. Pertanto, i fautori di questa tesi escludevano che *“l'Autorità [fosse] dotata di poteri di supremazia gerarchica nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici, statali o locali, così da ipotizzarsi un potere di annullamento per vizi di legittimità dei provvedimenti da queste adottati in tema di affidamento di contratti pubblici”*³⁰⁵.

Di diverso avviso è risultato, invece, l'orientamento assunto dal Consiglio di Stato, secondo il quale se *“i criteri ermeneutici logico e sistematico inducono a ritenere che [...] l'Autorità può indicare in maniera vincolante il contenuto dell'attestazione, e può addirittura, in caso di inadempimento*

³⁰⁴ Segue questa interpretazione T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 19 maggio 2003, n. 4368. Già prima la stessa sezione del T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 12 marzo 2003, n. 1868, aveva sentenziato che *“l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, nei confronti delle SOA, ha solo i poteri di controllo previsti dagli artt. 14 e 16, che comportano rispettivamente l'attivazione del procedimento sanzionatorio disciplinato dall'art. 10 comma 5, consistente nella revoca dell'autorizzazione alla SOA e nella possibilità di dettare a quest'ultima le condizioni da osservarsi nell'esecuzione del contratto stipulato con l'impresa che ha richiesto l'attestazione e che se l'è vista negare; è pertanto illegittimo il provvedimento con quale l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici dispone l'annullamento o la modifica di un'attestazione rilasciata da una SOA”*.

³⁰⁵ T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 8 luglio 2009, n. 3823.

della SOA nel recepire tale contenuto, sanzionare la SOA precludendone ogni ulteriore attività (mediante la decadenza dell'autorizzazione generale), a maggior ragione l'Autorità può adottare la misura, di minor impatto, di intervenire in via diretta sulla attestazione, annullandola”³⁰⁶.

³⁰⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 991, su cui si veda nota a sentenza di R. DAMONTE, *Il potere dell'Autorità di vigilanza di annullare in via diretta le attestazioni SOA*, in *Urbanistica e appalti*, n. 6, 1 giugno 2004, p. 683. Nello stesso senso T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 1 settembre 2004, n. 8214.

In termini critici rispetto alle conclusioni elaborate dal Supremo Consesso amministrativo si esprime F. SICILIANO, *L'insostenibile leggerezza..cit.*, p. 58, secondo cui: «non si coglie il rapporto di causalità tra l'accertata natura pubblica dell'attività di certificazione della SOA ed il fondamento della potestà di annullamento delle relative attestazioni da parte dell'Autorità di vigilanza che è comunque, nella prospettiva tradizionale, soggetto estraneo alla funzione di certificazione stessa e, dunque, incompetente per legge ad incidere direttamente sul consequenziale effetto preclusivo. In tal senso, appare più convincente l'opzione ermeneutica opposta (e superata) dei giudici di primo grado che disconoscono un potere di annullamento in capo all'Autorità, in assenza di un'espressa previsione normativa; o l'altra tesi giurisprudenziale, secondo cui la funzione di controllo contempla implicitamente la misura dell'annullamento. Non si comprende, altresì, in che senso l'annullamento dell'attestazione SOA possa essere considerato come una misura di minore impatto rispetto alla revoca [oggi decadenza] dell'autorizzazione in capo alla SOA. [...] Guardando alle due fattispecie di revoca dell'autorizzazione e di annullamento di attestazione SOA, si può chiaramente apprezzare che esse afferiscono a piani di interesse di diversa natura. L'annullamento dell'attestazione attiene al profilo funzionale della qualificazione, non tocca la esistenza giuridica della SOA, ma i rapporti con i terzi, tutelando il corretto esercizio della funzione di qualificazione; la revoca dell'autorizzazione ha risvolti organizzatori interni, incidendo, invece, sulla “membrana” che divide (o unisce) l'Autorità di vigilanza rispetto alla SOA stessa. La soluzione favorevole al riconoscimento di un potere di annullamento in capo all'Autorità di vigilanza si giustifica, invece, nella considerazione che esso è semplicemente un effetto accessorio dell'esercizio del potere e spetta automaticamente al soggetto titolare (cioè l'Autorità di vigilanza) della funzione pubblica (nella specie, di qualificazione). Pertanto, più che una misura derivante dal controllo, esso rappresenta, nella ricostruzione proposta, una specie di autoannullamento, connaturato all'esercizio della funzione pubblica di qualificazione. E, collocando tale istituto nella giusta prospettiva della funzione amministrativa e dei suoi destinatari, contrariamente a quanto sostenuto dalla sopra citata giurisprudenza, risulta di maggiore impatto rispetto alla revoca dell'autorizzazione».

In chiave ricostruttiva il Consiglio di Stato ha precisato che il potere di annullamento delle attestazioni va esercitato dall'Autorità solo in caso di inerzia della SOA, laddove quest'ultima non si adegui alle indicazioni sul contenuto dell'atto da adottare. In tal caso l'Autorità interverrà in via diretta.

Nel procedimento di annullamento l'Autorità dovrà rispettare le previsioni della legge n. 241/1990 in tema di avvio del procedimento e di partecipazione nei confronti dell'impresa la cui attestazione è messa in discussione³⁰⁷.

Secondo la giurisprudenza tale soluzione è, altresì, quella maggiormente rispondente all'esigenza di assicurare al sistema una norma di salvaguardia, allorché la SOA non ottemperi alle prescrizioni dell'Autorità entro il termine concessole. Ciò in quanto la sola decadenza dell'attestazione nei confronti della SOA disubbidiente non toglierebbe efficacia all'attestazione illegittimamente rilasciata³⁰⁸.

³⁰⁷ Sulla necessità che l'Autorità svolga l'istruttoria in contraddittorio con l'impresa sottoposta a verifica, si veda T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 25 maggio 2005, n. 4116.

³⁰⁸ Spiega al riguardo, il T.A.R. Lazio n. 8214/2004, *cit.* che *“in tal senso depone – nonostante il dato letterale non appaia univoco, considerata la parcellizzazione in varie norme delle diverse disposizioni – il criterio sistematico, oltre che quello logico, di interpretazione delle norme richiamate e del sistema descritto per cui: se l'Autorità può vincolare il contenuto dell'attestazione e può, in caso di inadempimento della SOA nel recepire tale contenuto, sanzionare la SOA revocando l'autorizzazione generale e precludendo, così, ogni ulteriore attività, deve ritenersi che possa anche intervenire direttamente sull'attestazione, annullandola. Ragionando diversamente si potrebbe giungere ad un paradosso nelle ipotesi di inerzia della SOA, poiché si consentirebbe ad imprese che hanno ottenuto l'attestazione sulla base di presupposti erronei (o falsi), di continuare a partecipare alle gare di appalto sine die. In sostanza, il ritiro dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività nei confronti della SOA inadempiente potrebbe rivelarsi inefficace ai fini considerati in questa sede perché, quando una SOA cessa la sua attività, le attestazioni da essa rilasciate devono essere trasferite ad altra SOA e si potrebbe verificare il caso in cui la SOA che ha rilasciato un'attestazione sulla base di falsi presupposti ometta (contravvenendo alle indicazioni vincolanti dell'Autorità) di revocare l'attestazione viziata (determinando la revoca alla SOA*

L'Autorità ha condiviso l'interpretazione prospettata dai Giudici di Palazzo Spada³⁰⁹, la quale è stata anche fatta propria dal legislatore che, all'art. 6, comma 7, lett. m) del d.lgs. n. 163/2006, ha stabilito che l'Autorità ha il potere di annullare le attestazioni rilasciate in difetto dei presupposti fissati dalle norme vigenti, nonché sospenderle, in via cautelare, qualora la SOA appositamente invitata a provvedere rimanga inerte³¹⁰.

L'Autorità ha anche precisato che l'attività di controllo è esercitata nell'ambito di un procedimento di secondo grado e l'eventuale annullamento si qualifica come esercizio sostitutivo del potere di annullamento delle SOA, il quale non assume connotazione sanzionatoria, essendone presupposto di attivazione l'oggettivo difetto dei requisiti per il rilascio dell'attestazione.

*dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività), ma l'attestazione viziata viene trasferita ad altra SOA e continua ad essere efficace. Un'impostazione di tal fatta, che lasciasse aperti spazi così vistosi di ambiguità, verrebbe a contraddire il sistema di certezze e di rigore che il legislatore ha inteso realizzare intorno agli affidamenti e all'esecuzione dei lavori pubblici". Per un approfondimento si veda la nota a sentenza di L. IEVA, *Non esiste il potere dell'Authority di annullare (o modificare) le attestazioni SOA, cit.**

³⁰⁹ Si veda, in particolare, la Determinazione n. 5 del 21 aprile 2004.

³¹⁰ Tale disposizione non è stata riprodotta nel Codice, ma il potere di annullamento si evince dal quadro normativo delineato dal Regolamento:

- l'Autorità enuclea in modo vincolante le condizioni che le SOA devono rispettare nel compimento della loro attività (art. 68, comma 2, lett. f) e art. 78, comma 2 – art. 9, comma 2, lett. f) e art. 18, comma 2, dell'Allegato II.12);
- l'Autorità ha un potere penetrante sulle SOA, potendo giungere a definire il contenuto del procedimento di qualificazione (art. 71, commi 2,4 e 5 – art. 12, commi 2,4,5 dell'Allegato II.12);
- l'Autorità può sanzionare la SOA che rimane inadempiente alle prescrizioni trasmesse, giungendo eventualmente anche a dichiarare decaduta l'autorizzazione (art. 71, comma 3 – art. 12, comma 3, dell'Allegato II.12);
- le SOA sono tenute ad inviare all'Autorità tutte le attestazioni che rilasciano (art. 70, comma 6 – art. 11, comma 6, dell'Allegato II.12).

5. Il contratto di qualificazione tra la SOA e l'operatore economico

L'operatore economico interessato a conseguire l'attestazione deve stipulare un apposito contratto con una delle SOA autorizzate prima di intraprendere il procedimento qualificatorio (art. 76, comma 2, del Regolamento³¹¹ - art. 16, comma 2, dell'Allegato II.12).

Come osservato in dottrina³¹², risulta peculiare che, per ottenere un atto sostanzialmente unilaterale, espressione di un potere tradizionalmente pubblicistico, sia necessario stipulare un contratto, di cui non è facile comprendere la natura³¹³.

La tesi prevalente qualifica il rapporto che si instaura tra la SOA e l'impresa nell'ambito di un contratto di prestazione d'opera³¹⁴, il quale è fonte di un'obbligazione di mezzi e non di risultato: la SOA incaricata non

³¹¹ *Ex* art. 15, comma 2, del d.P.R. n. 34/2000. L'Autorità di vigilanza, nel *Manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro*, *cit.*, precisa che «nel caso in cui la richiesta di attestazione da parte dell'impresa sia qualificata nel documento contrattuale predisposto dalle SOA quale proposta irrevocabile *ex* articolo 1329 c.c., la clausola non ha effetto se non approvata specificatamente per iscritto».

³¹² G. P. CIRILLO, *op. cit.*

³¹³ Sul punto G. P. CIRILLO, *op. cit.* osserva che «la natura formalmente privatistica delle SOA e la compresenza di altre prestazioni collegate al rilascio dell'attestazione a carico di entrambe le parti (SOA e imprese), quali ad esempio il pagamento di quest'ultima del prezzo dilazionato e la verifica da parte della prima dei requisiti necessari al rilascio, hanno comportato la necessità di adoperare tale strumento».

³¹⁴ R. BARBERIO, *op. cit.*, osserva altresì che è necessario «operare un distinguo fra il contratto di prestazione d'opera, che è la fonte del rapporto intercorrente fra la SOA e l'impresa, e l'atto finale del procedimento di attestazione – che trova il suo momento genetico nel contratto – da intendersi quale “bene” dedotto nel contratto».

è obbligata a rilasciare l'attestato, bensì è obbligata a porre in essere le attività dedotte nel contratto³¹⁵.

In via di prima approssimazione è stato osservato che sembra riprodursi lo schema di un contratto ad effetti reali differiti, atteso che con il rilascio dell'attestazione – normalmente successiva alla stipulazione del contratto – si ha il conferimento della legittimazione a partecipare alle gare pubbliche, sempreché della nozione di contratto ad effetti reali si dia una lettura più larga di quella consentita dall'art. 1376 c.c..

La difficoltà rimane, infatti, quella di dimostrare, secondo un'ottica squisitamente civilistica, come sia possibile che il rilascio di un attestato avente un oggettivo valore pubblicistico³¹⁶ possa costituire l'oggetto di una prestazione contrattuale tra soggetti privati.

Parte della dottrina e della giurisprudenza³¹⁷ ha concluso individuando in tale rapporto un sinallagma che si sostanzia nella prestazione di verificare

³¹⁵ Nel suindicato *Manuale sulla attività di qualificazione* si prevede solamente che «le SOA sono tenute ad accettare la richiesta proveniente dall'impresa, diretta alla stipula del contratto di cui all'articolo 76 del Regolamento».

³¹⁶ Una tesi contraria è sostenuta da A. ASTANZI, *op. cit.*, il quale fa leva, in particolare, sulla natura sinallagmatica del rapporto tra SOA e impresa, incardinato sulla stipulazione obbligatoria del contratto e sulla natura precipuamente commerciale dell'attività, evocando negativamente la categoria dell'organismo di diritto pubblico, per dedurre che l'attestazione conserva la propria natura privatistica. Sembra che la conclusione circa la natura privatistica dell'attestazione SOA venga fatta discendere, in questa impostazione, dalla pretesa non annoverabilità della SOA tra gli organismi esercenti pubbliche funzioni, anche se non risulta chiaro come, subito di seguito, alle attestazioni di natura privata vengano ricollegate dalla legge e dal regolamento efficacia pubblica, senza che questo possa incidere sul versante della qualificazione della natura dell'attività esercitata (tanto che l'Autore arriva ad affermare che le conseguenze pubblicistiche dell'attestazione sono rilevanti solo sul piano penale e non su quello amministrativo).

³¹⁷ Cons. Stato, sez. atti normativi, 6 dicembre 1999, n. 203; in termini T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 16 ottobre 2002, nn. 8721 e 8722.

la sussistenza delle condizioni per il rilascio dell'attestazione richiesta e nella controprestazione di corrispondere un compenso³¹⁸.

In definitiva, si potrebbe ravvisare in tale fattispecie complessa, da una parte, per quanto attiene all'assistenza tecnica inerente al rilascio, la prestazione della SOA di un servizio pubblico³¹⁹, dall'altra, nell'emanazione dell'atto finale, l'esercizio di funzione pubblica, ossia la funzione di certazione³²⁰.

³¹⁸ Si veda F. TITOMANLIO, *Il sistema di qualificazione nei lavori pubblici*, pp. 407 e ss., in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, Milano, 2010, il quale afferma che «tale contratto è da qualificare come contratto necessario proprio in ragione della natura privatistica delle SOA e del fine di lucro dalle stesse perseguito [...] L'impresa, infatti, conclude con la SOA un contratto in cui la prestazione dedotta è di servizio e di assistenza per ottenere un atto sostanzialmente unilaterale ed espressione di un potere tipicamente pubblicistico. E la posizione asimmetrica (o, se si preferisce, di disuguaglianza) fra i soggetti coinvolti [...] è determinata proprio dal fatto che l'instaurato rapporto contrattuale tende all'emanazione da parte della SOA di un atto avente carattere autoritativo». Secondo l'Autore la previsione di predefinite e rigide regole tecniche, cui l'impresa e la SOA devono conformarsi, è volta a liberare l'attività delle SOA dalle logiche della contrattazione negoziale.

³¹⁹ Il percorso argomentativo può così sintetizzarsi. Nell'ipotesi di un servizio pubblico in senso oggettivo l'amministrazione ha potestà di direzione, di ordine e di controllo nei confronti dell'imprenditore destinatario di una concessione o di un'autorizzazione costitutiva di pubblico servizio. L'organizzazione del servizio di qualificazione delle imprese sembra inserirsi perfettamente in questo quadro. La peculiarità consiste nel fatto che la potestà di direzione, ordine e controllo è affidata all'Autorità di vigilanza. L'autorizzazione costitutiva rilasciata alle SOA assume un ruolo fondamentale e produce un doppio effetto giuridico. Con il primo si conferiscono al soggetto privato poteri pubblicistici e si instaura il rapporto con l'Autorità, che è di controllo immanente e duraturo; con il secondo si abilita la SOA ad avere rapporti contrattuali di utenza, rispetto ai quali l'Autorità rimane estranea.

Per un approfondimento di tale tesi si veda G.P. CIRILLO, *op. cit.* Sul punto R. BARBERIO, *op. cit.*, osserva che «d'altra parte la stessa evoluzione del sistema dei servizi pubblici ha determinato la sopravvenienza di rapporti complessi». (Cfr. G. B. MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, tomo I, Milano, Giuffrè, 2000).

³²⁰ F. SICILIANO, *L'insostenibile leggerezza...cit.*, p. 20, non condivide questa tesi, rilevando la potenziale portata disgregante della distinzione tra momenti di esercizio di

Attraverso lo svolgimento di entrambe le attività si realizzerebbe la finalità di organizzare il sistema della qualificazione su basi privatistiche e, secondo alcuni³²¹, si giustificerebbe la presenza di un contratto nel rapporto con le imprese da qualificare.

Una diversa tesi è sostenuta da altra parte della dottrina³²², secondo cui «quello che il legislatore definisce contratto tra la SOA e il privato, [...] in realtà costituisce un'alternativa forma di avvio del procedimento amministrativo, strumentale alla tutela dell'interesse pubblico ad una idonea qualificazione delle imprese a beneficio delle stazioni appaltanti».

una funzione pubblica e momenti di esercizio di un servizio pubblico in capo ad un medesimo soggetto e osservando che «la disamina del contenuto dell'attività della SOA spinta fino ad un punto di frammentazione tale da differenziarne i connotati ontologici (ora in termini di funzione pubblica, ora in termini di servizio pubblico) dipenda da una visione, per così dire, *atomistica* della stessa SOA, la cui attività certificatoria sembra dover essere, invece, inquadrata in un contesto sistematico più ampio».

³²¹ In questa chiave, esplicitamente, G.P. CIRILLO, *op. cit.* Secondo l'Autore il contratto «è la forma del rapporto di servizio che si instaura tra la SOA e l'utente. Il passaggio è sommamente delicato. Prima dell'apparizione sulla scena di questo originale modo di organizzare il settore della qualificazione delle imprese e che ha sconvolto lo schema, il contratto di servizio atteneva alla disciplina del composito rapporto tra l'amministrazione e il soggetto privato assuntore del servizio pubblico. Tale rapporto comprendeva il rapporto d'ufficio, cioè quella parte attinente ai diritti e agli obblighi di natura patrimoniale. Rimaneva, quindi, fuori il rapporto che si svolgeva tra l'assuntore del servizio o del privato esercente una pubblica funzione, e gli utenti: rapporto che si svolgeva interamente su base privatistica, ovverosia secondo il normale rapporto che l'impresa o il professionista instaura con i soggetti che intendono avvalersi dei suoi servizi. Nel caso di specie lo schema sembra essere stato sconvolto, essendo il "rapporto d'ufficio" disciplinato dall'autorizzazione e il "rapporto di servizio" si è stemperato nel contratto che la SOA stipula con le imprese».

³²² F. SICILIANO, *L'insostenibile leggerezza...cit.*, p. 55. Lo stesso Autore registra, tuttavia, che un diverso orientamento è seguito dalla giurisprudenza amministrativa la quale ha ritenuto di dover declinare la propria giurisdizione in riferimento alle controversie tra SOA ed imprese richiedenti, posto che tra le stesse intercorrerebbe un rapporto di natura privatistica di tipo sinallagmatico (cioè di verifica dei requisiti dietro corrispettivo).

Tale teoria troverebbe conferma nelle norme che individuano i poteri dell'Autorità di vigilanza, in primo luogo laddove si prevede la possibilità che essa indichi alla SOA le condizioni da osservarsi nell' "*esecuzione del contratto stipulato*".

Quest'ultimo non sarebbe nient'altro che il momento di esplicazione della funzione pubblica di qualificazione e tutti gli accertamenti, scelte o le valutazioni che intervengono nella suddetta fase di esecuzione del contratto rappresenterebbero il cuore della attività di ponderazione tipica dell'attività amministrativa.

In altre parole, le indicazioni dell'Autorità rappresenterebbero precetti, regole di conformazione dell'attività amministrativa al principio di legalità.

Diversamente, se ci si arrestasse su un piano meramente civilistico, si dovrebbe ammettere che un terzo abbia il diritto di incidere sulla fattispecie negoziale dopo la determinazione dell'assetto di interessi.

Secondo questa tesi, una tale ricostruzione troverebbe conforto anche nella disciplina del contratto di qualificazione, il cui effetto primario ed esclusivo rimarrebbe meramente strumentale in quanto alla stipula, che deve essere comunicata all'Autorità di vigilanza, consegue l'attivazione dell'istruttoria da parte della SOA.

Ulteriore riscontro si troverebbe nelle disposizioni che, consentendo all'Autorità di incidere sul contenuto del contratto di qualificazione, sembrerebbero richiamare il meccanismo dell'eterointegrazione precettiva di cui all'art. 1339 c.c., con la differenza che nel caso di specie è la stessa Autorità ad inserire nel tessuto negoziale le indicazioni a tutela dell'interesse pubblico.

5.1. Il contenuto e le vicende del contratto

Nel *Manuale sull'attività di qualificazione* l'Autorità di vigilanza disciplina il contenuto che il contratto tra impresa e SOA deve prevedere espressamente, tra cui in particolare:

- l'obbligo, da parte delle imprese che intendono qualificarsi, di dimostrare l'esistenza dei requisiti d'ordine generale richiesti per la qualificazione, mediante la documentazione stabilita dall'Autorità ai sensi dell'art. 78, comma 2³²³ (art. 18, comma 2, dell'Allegato II.12);
- l'approvazione per iscritto di clausole relative alle conseguenze di inadempimento da parte delle imprese alle richieste delle SOA;
- l'individuazione delle modalità di comunicazione da parte dell'impresa, nelle ipotesi di collegamento tra direttore tecnico e qualificazione attribuita, dei casi di sostituzione previsti dall'articolo 87, comma 4, del Regolamento (art. 25, comma 4, dell'Allegato II.12), ai fini dell'esercizio da parte delle SOA dei poteri indicati dal comma 5 dello stesso articolo;
- le clausole contenenti modalità di comunicazione da parte delle SOA all'impresa dalla stessa qualificata circa le ipotesi di sospensione, decadenza, fallimento o cessazione dell'attività, al fine dell'esercizio del potere di scelta in ordine al trasferimento dei documenti ai sensi dell'art. 73, comma 8, del Regolamento³²⁴ (art. 13, comma 9, dell'Allegato II.12).

³²³ Secondo la suindicata tesi sostenuta da F. SICILIANO, anche in questo caso riecheggerebbe la disposizione dell'art. 1339 c.c..

³²⁴ Può essere, inoltre, previsto quanto segue:

- nel caso si ammetta la cessione nel contratto, che nello stesso vadano indicate le ipotesi in cui la cessione può avvenire e le relative modalità;

- la dichiarazione, da parte dell'impresa, di aver preso visione e di essere stata edotta circa l'informativa sulla *privacy* ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. 196/2003 e l'autorizzazione da parte della stessa impresa al trattamento dei dati per finalità istituzionali e l'eventuale specifica autorizzazione per il trattamento dei dati a fini statistici e di marketing.

Della stipula del contratto, del rilascio o del diniego di rilascio dell'attestazione la SOA informa l'Autorità nei successivi trenta giorni.

L'attestazione può essere rinnovata anche prima della scadenza, sempre che siano decorsi novanta giorni dalla data del rilascio di quella originaria. Il rinnovo avviene alle stesse condizioni e con le stesse modalità previste per il rilascio dell'attestazione; dalla data della nuova attestazione decorre il termine di efficacia fissato dall'art. 76, comma 5, del Regolamento (art. 16, comma 5, dell'Allegato II.12) e pari a cinque anni.

L'Autorità si è anche pronunciata sull'ammissibilità di una cessione tra imprese del contratto stipulato con una SOA.

-
- che la comunicazione alla SOA, di cui all'articolo 87, comma 6, del Regolamento (art. 25, comma 6, dell'Allegato II.12), contenga anche l'attestazione dell'avvenuta trasmissione all'Osservatorio dei contratti pubblici delle notizie ivi previste;
 - le ipotesi che possono determinare la sospensione del termine per il rilascio dell'attestazione, ai sensi dell'art. 76, comma 3, del Regolamento (art. 16, comma 3, dell'Allegato II.12);
 - che il corrispettivo è quello contrattualmente pattuito al momento della stipulazione anche in caso di mancata attestazione, fatta salva la necessità dell'indicazione di una clausola di adeguamento del corrispettivo previsto al corrispettivo minimo calcolato sulla base delle categorie e classifiche effettivamente riconosciute nell'attestazione rilasciata, non essendo ammessa la possibilità di pattuire meccanismi di riduzione, ancorché non generalizzata, del detto corrispettivo minimo;
 - espressa approvazione per iscritto delle clausole relative agli inadempimenti delle imprese alle richieste delle SOA, che ben possono riferirsi anche alle conseguenze del mancato pagamento.

Posto che l'ordinamento giuridico vigente non prevede alcun espresso divieto di cessione riferito al contratto di attestazione, al fine di verificare tale possibilità, l'Autorità osserva che dal quadro normativo specifico (art. 76 comma 2, 3, 5 ed 8 – art. 16, comma 2, 3, 5 dell'Allegato II.12 e 87, comma 6, del Regolamento – art. 25, comma 6, dell'Allegato II.12) emerge che il contratto tra SOA ed impresa vede nel rilascio dell'attestazione di qualificazione una prestazione che grava sulla SOA, cui è rapportato il corrispettivo posto a carico dell'impresa.

Ciò conduce ad affermare che, nel caso in cui l'attestazione non sia stata ancora rilasciata, il contratto sia cedibile.

In questa evenienza, però, il termine di decorrenza del periodo documentabile ai fini della dimostrazione dei requisiti di qualificazione dell'impresa cessionaria del contratto di attestazione prende avvio non dalla data di stipula dell'originario contratto, ma dalla data di accettazione da parte del contraente ceduto.

Altro aspetto è quello che riguarda le modifiche ed integrazioni ad attestazioni già rilasciate.

Sul punto, l'Autorità ha precisato che il diritto positivo e le relative interpretazioni di indirizzo emanate in passato dalla stessa hanno fatto ritenere che dal contratto di attestazione discendono in capo ad entrambi i contraenti "posizioni contrattuali" complesse, che non si esauriscono nelle prestazioni aventi ad oggetto il rilascio dell'attestazione originaria ed il relativo corrispettivo, ma che prevedono anche – a fronte di determinate

fattispecie (“variazioni minime”³²⁵ oppure “integrazioni”³²⁶ delle categorie e/o delle classifiche di qualificazione, inalterata la durata dell’efficacia dell’attestazione originaria oppure variazioni nella persona del direttore tecnico, qualora l’attestazione originaria sia collegata al soggetto uscente) – l’insorgere di obblighi e di aspettative reciproci, poco importa se ricondotti al contratto originario o ritenuti oggetto di contratti a questo accessori.

Dalle considerazioni sopra riportate discende l’impossibilità di cedere un contratto di attestazione che abbia già dato luogo al rilascio dell’attestazione all’impresa originaria contraente, perché le posizioni soggettive che verrebbero trasferite in conseguenza della cessione del contratto avrebbero ad oggetto un’attestazione che non è in alcun modo trasferibile all’impresa cessionaria.

5.2. Il corrispettivo della prestazione di attestazione

La specialità della disciplina dettata per le SOA risulta di tutta evidenza anche per quanto concerne la determinazione del corrispettivo dovuto dall’impresa per l’attività di attestazione, che non è rimessa alla libera scelta delle parti.

³²⁵ Si tratta di variazioni che, ai sensi dell’art. 76, comma 8, del Regolamento (art. 16, comma 8, dell’Allegato II.12), non producono effetti diretti sulle categorie e classifiche oggetto della relativa qualificazione e non comportano conseguenze sulla durata di efficacia dell’attestazione; dette variazioni sono soggette a procedure accelerate e semplificate nonché a tariffa ridotta secondo i criteri fissati dall’Autorità.

³²⁶ Le attestazioni già rilasciate possono essere integrate con l’inserimento di qualificazioni in nuove categorie, mediante la stipula, con la SOA che ha rilasciato l’attestato, di una integrazione del contratto originario che ne faccia rimanere fermo il termine di scadenza previsto.

L'art. 70, comma 4, del Regolamento (art. 11, comma 4, dell'Allegato II.12), infatti, prevede che *“ogni attestazione di qualificazione o di suo rinnovo nonché tutte le attività integrative di revisione o di variazione, sono soggette al pagamento di un corrispettivo determinato, in rapporto all'importo complessivo ed al numero delle categorie generali o specializzate cui si richiede di essere qualificati, secondo le formule di cui all'allegato C - parte I”*³²⁷.

Gli importi indicati nell'allegato sono considerati corrispettivo minimo³²⁸ che, eventualmente, può essere incrementato in misura non superiore al doppio. Ogni patto contrario è nullo.

³²⁷ Per i consorzi stabili il corrispettivo spettante alla SOA per ciascuna attività è ridotto del 50% e, per le imprese qualificate fino alla II classifica, del 20%. L'allegato C contiene una formula di calcolo del corrispettivo dovuto, la quale comprende anche un coefficiente variabile di rivalutazione, ovvero il coefficiente Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati. L'allegato C è sostituito dalla Tabella B – Parte I dell'Allegato II.12 al d.lgs. n. 36/2023.

³²⁸ In passato il T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 10 giugno 2011, n. 4951, aveva affermato la derogabilità dei minimi tariffari indicati dagli artt. 12 e 14 del d.P.R. n. 34/2000 (e poi dagli artt. 70, 71 e 73 del Regolamento) sui corrispettivi che le SOA possono richiedere per lo svolgimento dell'attività di attestazione. Ad avviso del Tribunale, la derogabilità delle tariffe discendeva dall'applicazione dell'art. 2 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. decreto Bersani), convertito in l. 4 agosto 2006, n. 248, alla stregua del quale *“in conformità al principio comunitario di libera concorrenza ed a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti”*.

La disposizione in parola era, secondo il T.A.R., in grado di applicarsi anche all'attività di attestazione delle SOA che «ben può essere considerata un'attività intellettuale e che, pur connotandosi per la funzione pubblicistica, conserva carattere imprenditoriale, soggiacendo perciò alle regole della concorrenza che l'art. 2 citato mirava a tutelare. Un sistema competitivo, quale è quello in cui operano le SOA, per essere effettivo non può essere privato della fondamentale libertà delle singole imprese in tema di scelta dei prezzi praticati a terzi per i servizi da loro offerti». In ogni caso, concludeva il T.A.R.,

Il corrispettivo deve essere interamente pagato prima del rilascio dell'attestazione, revisione o variazione, entro un termine non superiore a sei mesi.

Con riguardo alle ipotesi di omesso tempestivo pagamento del corrispettivo, l'Autorità ha precisato che, attenendo le stesse al rapporto privatistico contrattuale tra le parti, occorre prevedere nei contratti tra SOA e impresa, nella disciplina riferita agli inadempimenti degli operatori economici alle richieste delle SOA, un'espressa approvazione per iscritto delle clausole relative agli inadempimenti, che ben possono riferirsi anche alle conseguenze del mancato pagamento ed alla possibilità di risolvere il contratto per inadempimento.

«le SOA non hanno alcuna autonomia nell'ambito delle modalità di gestione dell'attività di certificazione, dovendo quest'ultima essere effettuata nella stretta osservanza della normativa regolamentare ed essendo soggetta alla vigilanza dell'Autorità: conseguentemente, non sarebbe sussistito il rischio di una correlazione tra scadimento qualitativo del servizio offerto e derogabilità dei minimi tariffari».

Gli effetti della pronuncia, peraltro appellata dall'allora competente AVCP dinanzi al Consiglio di Stato, sono stati limitati nel tempo, giacché in sede di conversione del d.l. n. 70/2011, l'art. 4, comma 2, lett. c), della legge 12 luglio 2011, n. 106, ha esplicitamente introdotto l'inderogabilità dei suddetti minimi tariffari nel testo dell'allora vigente art. 40, comma 4, lett. e), del d. lgs. n. 163/2006.

La questione era stata, altresì, devoluta dal Supremo Consesso amministrativo alla Corte di Giustizia Europea, chiamata ad esprimersi sull'eventuale contrasto tra il sistema tariffario previsto d.P.R. n. 207/2010 e i principi comunitari volti alla tutela della libera concorrenza. La riposta della Corte è stata chiara: *“Gli articoli 101 TFUE, 102 TFUE e 106 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che impone alle Società Organismi di Attestazione un regime di tariffe minime per i servizi di certificazione forniti alle imprese che intendano partecipare a procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori”*.

Inoltre, la Corte ha rilevato che una certa limitazione della possibilità di negoziare i prezzi dei servizi con i clienti è idonea a rafforzare l'indipendenza delle SOA rispetto agli interessi particolari dei loro stessi clienti. Peraltro, la fissazione di tariffe minime è volta ad assicurare la buona qualità della qualificazione ed è coerente con la realizzazione dell'obiettivo della tutela dei destinatari dei servizi stessi.

6. La natura giuridica dell'attività svolta dalla SOA

L'attività certificatoria propria, nelle ipotesi previste dalla legge, viene considerata come una delle più alte espressioni del potere sovrano, soprattutto quando, come nel caso dell'attestazione SOA, la certezza legale che ne deriva sia ad uso necessario, e cioè vincolante la volontà altrui (nel caso di specie quella della stazione appaltante).

Richiamando le parole di M.S. Giannini: *“in ogni caso le certezze legali non possono essere spiegate se non per l'esistenza di un potere sovrano che ne imponga a tutti i consociati l'accettazione. Esse costituiscono un'indubbia limitazione di libertà, nella specie di privazione di una facoltà di uso utile di una rappresentazione storicamente o criticamente raggiunta da parte del soggetto dell'ordinamento. Per questo solo organi dello Stato o di enti pubblici o eccezionalmente esercenti privati di pubbliche funzioni possono porre in essere certezze pubbliche e sempre in ipotesi tassativamente indicate.”*³²⁹.

La derivazione dell'effetto di certezza legale dal suddetto potere assume i connotati di una funzione pubblica³³⁰, intesa tradizionalmente come momento di trasformazione del potere sovrano in atto³³¹.

³²⁹ M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica, cit.*, p. 773.

³³⁰ A. MALTONI, *op. cit.*, p. 417, in tema di privati investiti di potestà certatrici e/o certificatrici rileva: «ritiene preferibile utilizzare la locuzione “funzione” in luogo di quella “potestà”, con riguardo alle certificazioni M.S. Giannini, in considerazione del fatto che, da un lato, la situazione soggettiva del certificante corrisponde talvolta a un obbligo, talaltra a una mera facoltà e, dall'altro, manca un soggetto in situazioni di soggezione. Si può tuttavia, osservare che nei casi esaminati i privati investiti di funzioni certatrici sono sempre tenuti all'esercizio delle stesse e che il termine potestà sembra esprimere una posizione di “esclusività”, fondata sulla qualità del potere conferito (sia esso certificativo o certativo), che non può considerarsi limitata alle situazioni in cui i relativi atti incidano su posizioni giuridiche soggettive».

³³¹ F. BENVENUTI, *Funzione*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 3, che ancora più significativamente definisce la funzione quale «momento di trasmissione dell'energia

In tale senso, appare tutt'altro che contestabile o problematico evincere dalla attività certificatoria preclusiva delle SOA un indice di esplicazione, nel caso concreto, di una pubblica funzione³³².

Il tema dell'esercizio di una funzione pubblica da parte della SOA, tuttavia, non è stato sempre pacifico ma ha dato vita in passato ad un dibattito interpretativo.

Inizialmente la natura amministrativa o comunque pubblica dell'attività posta in essere dalle SOA è stata negata dal Consiglio di Stato nel parere³³³ reso sullo schema di regolamento³³⁴ dopo la prima approvazione di questo da parte del Consiglio dei Ministri.

Affermava, infatti, il Consiglio di Stato che dalla scelta del legislatore di preporre "soggetti di diritto privato" al sistema di qualificazione delle

giuridica contenuta in potenza nella norma ed attualizzata nell'atto»; ed il procedimento quale luogo nel quale la funzione si esplica. Il dinamismo insito nella suddetta nozione di funzione e la stretta interconnessione della stessa con il potere erano stati già autorevolmente colti, in una prospettiva di inquadramento del potere tra le situazioni giuridiche soggettive attive da S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, pp. 72 e ss.

³³² Recentemente il binomio certezza legale - funzione pubblica è stato oggetto di discussione da parte di A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica, cit.*, il quale ha criticato la suddetta corrispondenza biunivoca con riferimento alla certificazione dello stato civile, concludendo testualmente che la produzione di certezza è una funzione pubblica che può essere svolta in forma di servizio pubblico. Come osservato da F. SICILIANO, *L'insostenibile leggerezza..cit.*, il rischio di una tale impostazione, fondata sulla permeabilità delle due categorie in parola, è che la stessa porti alla conclusione dell'inutilità delle stesse e, conseguentemente, di una loro distinzione. In realtà, solo soffermandosi sulla funzione pubblica espressa, per quel che interessa, dal nuovo sistema di qualificazione nel settore dei lavori pubblici, sembra possibile verificare l'effettiva portata delle innegabili trasformazioni organizzative dei centri di potere, tramite la parcellizzazione e le peculiari modalità di distribuzione dello stesso anche in capo a diversi soggetti. Per questa ragione si ritiene che l'esercizio privato di pubbliche funzioni debba tenersi distinto dall'esercizio privato di pubblici servizi, pur non negando il tratto comune ed empirico dell'intermediazione di un soggetto formalmente privato nell'azione della pubblica amministrazione.

³³³ Consiglio di Stato, parere 23 novembre 1999, n. 203, *cit.*

³³⁴ Di cui al d.P.R. n. 34/2000.

imprese derivava la insostenibilità di una impostazione di carattere pubblicistico e che per attribuire all'attività della SOA la qualifica di funzione pubblica sarebbe stata necessaria un'espressa previsione legislativa, nella specie mancante³³⁵.

La scelta normativa attuata a seguito del parere del Consiglio di Stato era stata la modifica e l'abbandono, nel comma 1 dell'art. 12 del regolamento, dell'espressa previsione “*nello svolgimento dell'attività di attestazione della qualificazione le SOA assumono la natura di esercente una pubblica funzione*”³³⁶.

L'Autorità di vigilanza, invece, con una propria determinazione ha da subito accreditato la tesi della natura pubblicistica delle funzioni attribuite alle SOA³³⁷.

Tale posizione traeva supporto dal rilievo che gli organismi di attestazione sono tenuti a comportarsi con “*diligenza, correttezza e trasparenza*”, nel rispetto dei principi, indicati all'art. 1 della legge quadro sui lavori pubblici³³⁸, cui deve risultare conforme l'attività amministrativa in tale

³³⁵ Già parte della dottrina e, in particolare, L. GIAMPAOLINO, *Le Soa e le loro responsabilità*, in *Contr. Stato e enti pubbl.*, 2001, I, p. 12 e ss., osservava tuttavia che l'espressa previsione nell'*incipit* del comma 1 dell'art. 8 della l. n. 109/1994 (“*al fine di assicurare il conseguimento degli obiettivi di cui all'art. 1, comma 1*”), «potrebbe essere sufficiente anche a fugare i dubbi del Consiglio di Stato sulla mancanza di una previsione legislativa per il conferimento di una funzione amministrativa (verosimilmente ex art. 97 Cost.).

³³⁶ Secondo R. BARBERIO, *op. cit.*, questa previsione era ritenuta indispensabile per rafforzare ulteriormente i contenuti dell'attività di qualificazione e le relative responsabilità, nonché per l'elencazione dei doveri cui in linea di principio doveva attenersi la SOA nello svolgimento dei suoi compiti.

³³⁷ Si veda, in tal senso, la determinazione 27 luglio 2000 n. 41, in *S.O. alla G.U. 8 agosto 2000, n. 184*, p. 39, nella quale l'Autorità di vigilanza afferma che «sussiste la necessità che l'autonomia organizzativa e operativa delle SOA si conformi alle esigenze derivanti dal rilievo pubblicistico delle funzioni e dei compiti ad esse attribuiti».

³³⁸ Osserva S. FOÀ, *Nuovi munera pubblici.cit.*, che «secondo la medesima determinazione dell'Autorità, le SOA devono agire in modo da garantire “l'imparzialità

settore, i quali più precisamente impongono di garantire la qualità, di osservare i criteri di efficacia, di efficienza, nonché di improntare le procedure a tempestività, trasparenza e correttezza³³⁹.

In assenza di un inequivocabile riferimento normativo dal quale si potesse evincere con assoluta certezza l'inerenza delle SOA alla funzione pubblica, la dottrina ha utilizzato la tecnica degli indici rivelatori, per derivare da questi, induttivamente, il regime dell'attività³⁴⁰.

In questa prospettiva un primo elemento di valutazione è offerto dalla già analizzata autorizzazione a svolgere l'attività di attestazione³⁴¹ e, più in generale, dall'intero impianto normativo, il quale suggerisce regole

ed equo trattamento”, devono “assicurare e mantenere l'indipendenza richiesta dalla legge e dal regolamento”, nell'ottica del “doveroso temperamento della perseguita finalità di profitto con la neutralità ed obiettività che deve caratterizzare la condotta”.

Anche l'Autore condivide la tesi che afferma il rilievo pubblicistico rivestito dalla funzione di attestazione, rilevando che «se la finalità ultima delle diverse disposizioni esaminate è in tutta evidenza rappresentata dalla necessità di liberare l'attività di attestazione da ogni possibile influenza di interessi commerciali o finanziari, occorre tuttavia distinguere tra imparzialità e neutralità nell'esercizio delle correlate competenze. L'imparzialità può essere intesa come manifestazione del potere di ponderazione e di temperamento dei diversi interessi coinvolti nell'azione, ed è connessa all'esercizio di poteri discrezionali; la neutralità individua invece un concetto teleologico, capace di informare il fine perseguito del soggetto procedente».

³³⁹ A. MALTONI, *op. cit.*, p. 348 osserva che «anche quella parte della dottrina, che ritenne di aderire alla tesi del Consiglio di Stato testé richiamata, non mancò tuttavia di evidenziare come le attestazioni dovessero considerarsi atti con effetti preclusivi nei confronti delle p.a. committenti nell'affidamento di appalti pubblici, “*espressione di una potestas*”, attribuita solitamente ad “*operatori pubblici nell'esplicazione di un munus pubblico*” (in tal senso viene anche richiamato L. GIAMPAOLINO, *op. cit.*, p. 16).

³⁴⁰ Secondo R. BARBERIO, *op. cit.*, «tale prospettiva epistemologica, sebbene convalidi la tesi di una privatizzazione incompiuta, in quanto il dato che si offre all'interprete è quello della insensibilità del regime giuridico rispetto alla mutazione genetica – in guisa che “la pubblicità che si era voluta far uscire dalla porta rientrerebbe dalla finestra” – tuttavia, si rende necessaria».

³⁴¹ Tradizionalmente, infatti, il fenomeno dell'esercizio privato di funzioni pubbliche è caratterizzato dalla necessità, talvolta imposta dalla legge, che il soggetto cui viene attribuito l'esercizio, presenti particolari requisiti di capacità. Lo rileva, tra gli altri, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, cit.*

d'azione e moduli organizzatori che – sottoposti agli stringenti vincoli conformativi dell'Autorità – poco lasciano all'iniziativa privata.

Si è rilevato, in particolare, che nelle disposizioni che delineano il sistema di attestazione sono ravvisabili in maniera inequivocabile le logiche che assistono i procedimenti amministrativi: la tipicità dei fini, la tassatività delle competenze, la predeterminazione della procedura, i termini per la conclusione del procedimento, la sostituzione *ex lege* in caso di inerzia, i controlli pubblici, il principio di imparzialità.

Emerge soprattutto il carattere della doverosità dell'azione³⁴² posta in essere dalle SOA per il conseguimento di un obiettivo stabilito dalla legge. Alla stregua di queste considerazioni la dottrina³⁴³ ha ritenuto che l'attività degli organismi di attestazione non può che configurarsi come amministrativa.

³⁴² Il dovere di agire nell'interesse generale si evince dalle disposizioni che prevedono: i requisiti per l'abilitazione, l'incompatibilità del personale incaricato dei controlli e suoi requisiti di preparazione, l'indipendenza delle rispettive funzioni e la forma del procedimento. Sul punto: F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, CEDAM, 2000, p. 202.

³⁴³ Si veda sul punto R. BARBERIO, *op. cit.* *Contra* A. ASTANZI, *Le Società cit.* che riconduce le SOA al modello delle società legali, limitando il fenomeno ad una dimensione prettamente privatistica, in quanto non sussisterebbero, ad avviso dell'Autore, nell'attività di certificazione i connotati della funzione pubblica per due ordini di ragioni. Il primo sarebbe la non pertinenza dell'attività svolta alla sfera dei poteri autoritativi. Tale argomento non è condivisibile in ragione del collegamento tra la funzione di produzione della certezza legale ed il potere sovrano. Il secondo argomento dedotto sarebbe costituito dall'assenza di un'investitura *ope legis* delle SOA, in quanto l'art. 8, comma 2, della legge n. 109/1994 si sarebbe limitato a devolvere ad una fonte di rango inferiore (il regolamento Bargone) l'istituzione del nuovo sistema di qualificazione. Anche tale argomento può essere superato dal rilievo per cui la suddetta investitura legale non si evince dal secondo comma del citato disposto normativo, bensì dal comma 3 della medesima disposizione che contempla "organismi di diritto privato di attestazione" e ne individua le competenze ed attribuzioni certificatorie di chiara rilevanza pubblicistica.

È, infatti, rinvenibile, un sistema normativo che individua nella SOA l'unica depositaria dell'attività certificatoria in materia, la quale riveste i connotati della funzione pubblica³⁴⁴.

Tale soluzione ermeneutica ha offerto la possibilità di emendare l'istituto da impurità strutturali (la contestata struttura societaria) restituendo il crisma della funzionalizzazione³⁴⁵ ad un'attività, svolta da un organismo privato³⁴⁶, che pertanto è da considerarsi oggettivamente pubblica.

Seguendo questa impostazione, se l'attività amministrativa è quella volta alla cura dell'interesse pubblico, si può concludere che le SOA, quali soggetti formalmente privati, svolgono compiti amministrativi³⁴⁷ che, nel quadro di una complessa attività, possono interessare un segmento di

³⁴⁴ In proposito, la convinzione di trovarsi di fronte ad una funzione pubblica e non ad un servizio pubblico trova ulteriore forza, oltre che nell'assenza del modulo concessorio nella normativa di riforma proprio nell'infungibilità della attestazione SOA, caratteristica non rinvenibile nella materia dei servizi pubblici, in riferimento ai quali si pone il diverso problema di individuare, tra le tante alternative, la soluzione ottimale per l'espletamento di una determinata attività prestazionale.

Contra, A. ASTANZI, *Le Società cit.*; in parte, G. P. CIRILLO, *La tutela giurisdizionale cit.*, che configura l'attività delle SOA in termini di «gestione soggettivamente privata di un servizio (e una funzione) oggettivamente pubblico, con la particolarità che l'atto di autorizzazione, [...] viene emanato da un'autorità indipendente che normalmente non esplica attività di amministrazione attiva, anche se in questo caso l'atto viene emanato in funzione di controllo». Il servizio sarebbe quello della qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici e si realizzerebbe mediante la funzione di attestazione.

³⁴⁵ Il fine pubblico della certezza nasce dalla necessità dell'ordinamento giuridico di produrre elementi di sicurezza e di affidamento che consentano il regolare e sicuro svolgimento della vita sociale ed economica delle persone. Sul punto, si veda A. FIORITTO, *op. cit.*, p. 392.

³⁴⁶ Per C. EISENMANN, in *Cours de droit administratif, L.G.D.J., Paris*, 1983, p. 691, la disciplina giuridica applicabile a tali soggetti è individuabile sulla base di due fattori interattivi e concorrenti, riassumibili nella doverosità e nell'autonomia. Ciò impone per essi l'applicazione di un regime misto, in parte di diritto pubblico, in parte di diritto privato.

³⁴⁷ Anche F. ANCORA, in *Normazione tecnica, certificazione di qualità e ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 1563, rileva che «la loro azione è espressione di una posizione di autorità qualificabile come pubblica funzione».

azione – da regolarsi in senso funzionale – che convive con altri attinenti a momenti di indole privatistica³⁴⁸.

La tesi ha ricevuto espressa conferma da parte del legislatore³⁴⁹: ai sensi dell'art. 40, comma 3, del d. lgs. n. 163/2006 la natura della funzione è ormai definita *ex-lege*, prevedendosi che *Le SOA nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20*". Tale formulazione è stata riproposta anche nel Codice del 2016³⁵⁰.

³⁴⁸ Seguendo questa impostazione la giurisprudenza ha introdotto quale elemento determinante da considerare ai fini del riparto di giurisdizione nei giudizi sull'operato delle SOA, il criterio dell'esercizio o meno da parte delle SOA della funzione pubblicistica attribuita *ex lege* agli organismi di attestazione: conseguentemente, rimarrebbero affidate al giudice amministrativo le controversie su atti e tematiche che trovano il proprio fondamento nell'esercizio della funzione pubblicistica di certificazione, ad esempio, la valutazione dei requisiti dell'impresa istante, restando invece affidate al giudice ordinario tutte le controversie nelle quali non si discuta dell'esercizio di tale funzione, come le azioni di recupero dei crediti delle SOA nei confronti delle imprese attestate.

³⁴⁹ In particolare con i correttivi al codice di cui al d.lgs. 31 luglio 2007 n. 113 e 11 settembre 2008, n. 152. Nel comma 3 dell'art. 40, sulle attribuzioni delle SOA, è stato specificato che esse svolgono "*funzioni di natura pubblicistica*" nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori dei lavori pubblici. Le immediate, e le uniche espresse, ricadute di tale portato di principio evincibili dal dato normativo sono la sottoposizione della loro attività al sindacato della Corte dei Conti (legge n. 20/1994) e l'integrazione di fattispecie di reato proprio (artt. 476 c.p. e 479 c.p.). Se il riferimento alla responsabilità contabile è ancora presente nel disposto dell'art. 84, comma 1 del Codice (come da ultimo modificato dall'art. 1, comma 20, lettera q), della legge n. 55 del 2019), è stato espunto invece il richiamo alle due ipotesi di reato. Sulla portata dell'introduzione espressa delle fattispecie incriminatrici nella vigenza del d.lgs. n. 163/2006, si veda F. SICILIANO, *Qualificazione per eseguire i lavori cit.*, il quale osserva che «il riferimento alle due fattispecie di reato ha una notevole valenza sistematica di tensione verso l'effettività del sistema di qualificazione, attraverso un impianto sanzionatorio il più possibile completo e deterrente».

³⁵⁰ È utile precisare che la prima stesura del Codice non forniva questa chiara indicazione sulla rilevanza amministrativa delle funzioni svolte dai suddetti Organismi la quale è stata successivamente introdotta ad opera del d.l. 18 aprile 2019 n. 32 (c.d. sblocca

È stato così rilevato³⁵¹ che ad un decennio di distanza dalla definizione del nuovo sistema di qualificazione delle imprese (con la legge n. 415/1998), con questa presa di posizione del legislatore sembra volersi ricomporre una frattura, inizialmente piuttosto marcata, tra l'attività di qualificazione propria del precedente sistema pubblicistico accentrato dell'albo dei costruttori e quella svolta dalle società di attestazione operanti nel mercato.

6.1. La SOA al cospetto della categoria dell'esercizio privato di pubbliche funzioni

Di fronte ad una tale ricostruzione dell'attività svolta dalle SOA non stupisce che chi ha trattato l'argomento³⁵² non ha mancato di ricondurle alla figura dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, consistente, nel caso di specie, nell'esplicazione, da parte di un soggetto formalmente

cantieri), conformandosi al pronunciamento del Consiglio di Stato (Sez. V, 15 gennaio 2019, n. 374) in cui veniva affermata ancora una volta la natura pubblicistica della funzione svolta dalle SOA.

L'art. 100 del d.lgs. n. 36/2023, nel definire la natura delle SOA al comma 4 non riporta due caratteristiche essenziali definite dall'art. 84, comma 1 del precedente Codice: la prima è quella che definisce l'attività di attestazione, la quale deve essere *“esercitata nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori”*; la seconda è che gli Organismi nell'adempire al ruolo assegnato dal legislatore *“svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20”*. Ciò non vale a porre in dubbio le conclusioni raggiunte in merito al carattere pubblicistico della funzione svolta dagli organismi di attestazione.

³⁵¹ A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e “certezze private” cit.*

³⁵² Tra i tanti, S. FOÀ, *Nuovi munera cit.*

privato, di una potestà pubblica certificatoria, tradizionalmente riservata allo Stato, nel settore dei lavori pubblici³⁵³.

Appare interessante, allora, verificare, rifacendosi agli studi classici sul tema, la corrispondenza o meno degli elementi ritenuti maggiormente caratterizzanti nella tradizionale elaborazione al meccanismo di operatività delle SOA.

Come è noto, il tema in generale è stato oggetto di approfondite elaborazioni dottrinali, fin dalle opere dei fondatori della scienza del diritto amministrativo in Italia³⁵⁴. Occorre, tuttavia, subito sottolineare la

³⁵³ In questi termini anche il Consiglio di Stato, sent. n. 991/2004, *cit.*, ha rilevato: “Si deve ritenere che le SOA, ancorché siano organismi privati, svolgono una funzione pubblicistica di certificazione, che sfocia in una attestazione con valore di atto pubblico. Si verifica pertanto una ipotesi di esercizio privato di funzione pubblica. Vi è un interesse pubblico all’attività di certificazione, e tale attività è circondata di garanzie e controlli pubblici. [...] Il legislatore, nell’ottica della semplificazione, ha inteso demandare lo svolgimento di una attività in passato demandata a soggetti pubblici, - la certificazione - , a soggetti privati. Ma la diversa natura giuridica (pubblica o privata) del soggetto che esercita l’attività di certificazione, non incide sulla natura giuridica dell’attività esercitata, che era in passato, e rimane oggi, una funzione pubblica di certificazione, volta a ingenerare pubblica fiducia nel contenuto dell’atto”.

³⁵⁴ Per una ricostruzione “filologica” dei contributi degli autori che, per primi, si occuparono del tema, cfr. F. DE LEONARDIS, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell’esercizio privato di funzioni pubbliche*, in *Dir. Amm.*, n. 3, 1995 p. 347-414, il quale ha avuto cura di rassegnare e riportare analiticamente i singoli passi delle opere sul tema ordinandole cronologicamente, richiamando, in particolare gli scritti di V. E. ORLANDO, SANTI ROMANO, O. RANELLETTI E F. CAMMEO, e a quelle dei loro “successori” G. ZANOBINI, G. MIELE E M.S. GIANNINI. Peraltro, la problematica dell’esercizio privato è stata ulteriormente approfondita dallo stesso Autore in uno studio monografico, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell’interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000, cui si rinvia per uno studio analitico della materia, nel quale dalla suddetta ricostruzione “filologica” si parte per esaminare la problematica dei soggetti privatizzati (enti previdenziali, enti lirici, fondazioni ex bancarie, società per azioni derivanti da privatizzazione di enti pubblici economici) ed altre figure soggettive particolari (il concessionario del servizio elettrico e quello del servizio pubblico radiotelevisivo, la C.R.I.); per poi analizzare alcune ipotesi esemplificative di soggetti privati costituiti per la cura di interessi generali, tra le quali si accenna anche ai soggetti certificatori. La medesima impronta strutturale è

difficoltà, se non l'impossibilità, di addivenire ad una sistemazione teorica unitaria del fenomeno, rappresentato da una casistica assai eterogenea e sempre più complessa, peraltro già foriera di divergenti ricostruzioni da parte degli stessi Autori che hanno fatto uso di tale categoria.

Ciononostante restano fermi due elementi essenziali del concetto in esame: il carattere pubblico della funzione o del servizio³⁵⁵, ed il carattere privato del soggetto da cui tali attività sono esercitate.

Le caratteristiche precipue dell'istituto, quindi, sono essenzialmente: a) la non incidenza della natura pubblica dell'attività esercitata rispetto alla natura (che resta privata) del soggetto (persona fisica o giuridica); b) l'estraneità del soggetto all'apparato organizzativo della pubblica amministrazione; c) la compresenza di due ordini di interessi sottesi all'attività dell'esercente privato (l'interesse diretto proprio del privato, individuato nello scopo di lucro; e l'interesse indiretto – dello Stato o di altri enti pubblici – del perseguimento del fine pubblico attraverso la medesima attività).

rinvenibile, pur con il diverso taglio dell'argomento trattato, in A. MALTONI, *Il conferimento* cit., pp. 9 e ss.

³⁵⁵ Condividendo l'impostazione di F. SICILIANO, *op. cit.*, è preferibile incentrare l'attenzione esclusivamente sui profili dell'istituto relativi alla funzione pubblica. Con la precisazione che l'operazione di scorporo della fattispecie di esercizio privato di pubblica funzione da quello di un pubblico servizio è tutt'altro che agevole e non sempre possibile, sia per i segnalati rischi di osmosi nel concreto tra le due categorie, sia perché, soprattutto nelle prime elaborazioni dogmatiche, lo studio della figura soggettiva in parola prescinde dalla distinzione dell'oggetto dell'esercizio (pubblica funzione o servizio pubblico). E ciò in quanto il ricorso alla nozione di esercizio privato di pubbliche funzioni e servizi deriva *ab origine* dalla constatazione empirica di una variegata casistica di gestione di interessi pubblici da parte di soggetti privati e dalla esigenza consequenziale di dare comunque un fondamento giuridico unitario a tali fattispecie.

Il modello sopra evidenziato si traduce sostanzialmente in due fondamentali fattispecie concrete: quella del concessionario³⁵⁶ e quella del libero professionista investito di pubbliche funzioni.

I passaggi argomentativi, tuttavia, diventano meno nitidi allorché si tratta di considerare la concessione quale titolo per l'esercizio privato di una funzione pubblica, essendo il relativo studio rimasto più strettamente collegato alla gestione del servizio pubblico³⁵⁷.

Pertanto, ancorché si rilevi in dottrina³⁵⁸ una promiscuità di trattazione della figura in parola con quella dell'esercente servizi pubblici, al meccanismo di esercizio di pubbliche funzioni dovrebbe essere estraneo lo strumento della concessione.

Nel caso che interessa, infatti, a differenza di quanto avviene per il concessionario di pubblici servizi, non è rinvenibile un meccanismo di abdicazione di potestà dello Stato e, dunque, di derivazione, per la semplice ragione che le suddette potestà non sono riservate allo stesso (inteso come Amministrazione), ma all'ordinamento giuridico (inteso come sistema normativo).

³⁵⁶ In particolare, il modulo concessorio rappresenta nelle prime elaborazioni la soluzione più frequente di devoluzione dell'esercizio di un'attività amministrativa ad un soggetto privato, tanto da ricorrersi ripetutamente al termine di "concessionario" in alternativa a quella di "esercente privato".

³⁵⁷ Significativamente, G. ZANOBINI, in *Corso di diritto amministrativo*, cit. pp. 391 e ss. dedica, nella disamina dei titoli legittimanti l'esercizio privato, un intero capitolo esclusivamente alla concessione dei servizi pubblici, senza riservare il medesimo spazio alla concessione di funzione o potestà pubblica.

³⁵⁸ Cfr., tra tutti, a titolo esemplificativo di un pensiero classico, G. MIELE, *Distinzione tra ente pubblico e privato*, da *Studi in memoria di R. Ferrara*, Milano, 1943, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, p. 392 parla indistintamente di privati che in base ad una norma di legge o in virtù di concessione esercitano funzioni o servizi pubblici. Nella medesima direzione, M.S. GIANNINI, *Lezioni cit.*, p. 183.

Come osservato, in materia di SOA non è lo Stato ad abdicare a favore del privato la potestà certificatoria ma è la legge che sceglie, invece dello Stato, di servirsi di un soggetto privato.

È possibile, dunque, precisare che non è configurabile un fenomeno unitario di esercizio privato, bensì due fattispecie diverse: l'una (esercizio privato di pubbliche funzioni) contraddistinta dall'essere diretta emanazione del potere sovrano, l'altra (esercizio privato o meglio concessione di pubblici servizi), connotata da una netta cesura tra pubblico e privato.

In tale prospettiva è stato rilevato³⁵⁹ che la stessa formula “esercizio privato di pubbliche funzioni”, riferito all'attività demandata alle SOA, potrebbe apparire riduttiva, se interpretata nel senso di una delega intersoggettiva dell'esercizio di una potestà e non di una diretta attribuzione normativa³⁶⁰. Più confacente alla fattispecie appare, invece, la notissima nozione di *munus publicum*³⁶¹ di M.S. Giannini.

³⁵⁹ F. SICILIANO, *op. cit.*, p. 37.

³⁶⁰ Sul carattere essenzialmente descrittivo delle diverse teoriche si veda A. MALTONI, *op. cit.*, p. 427, secondo cui «le nozioni di esercizio privato di pubbliche funzioni, di sostituzione, di *munus* pubblico, riconsiderate alla luce delle recenti, profonde trasformazioni dell'ordinamento, sono, a nostro avviso, da ricondurre al concetto, forgiato dal diritto positivo, di soggetto equiparato ad amministrazioni pubbliche. L'equiparazione sul piano oggettivo riguarda l'esercizio della potestà pubblica, riservata, di norma, ai pubblici poteri e dal punto di vista soggettivo, deriva dalla qualità di conferitario, qualunque sia il titolo di legittimazione. In tale ordine logico, se non è lo strumentario a incidere sul regime dell'attività, questo non potrà che essere determinato dalla legge, sicché deve logicamente concludersi che è indifferente la qualificazione soggettiva del destinatario, mentre è decisiva la natura del potere conferito».

³⁶¹ Il termine, sul cui significato si tornerà nel corso della trattazione, è stato utilizzato in materia da M.S. GIANNINI fin dalle lezioni del 1950 e ritorna costantemente nella produzione scientifica successiva dell'Autore: da ultimo, *Diritto amministrativo*, Vol. I, III ed., Milano, 1993, pp. 128 ss.

Come osservato da A. BENEDETTI, *op. cit.*, il termine è tratto, per ammissione dello stesso Giannini dal *Codex iuris canonici*: la sola scelta terminologica rappresenta quindi

In modo specifico il *munus* “è l’attribuzione del carattere di figura soggettiva ad una funzione assegnata ad un soggetto in quanto cura interessi alieni”³⁶².

La figura abbraccia le ipotesi in cui non si abbia un affidamento diretto al *munus*, su base negoziale, da parte del soggetto i cui interessi debbono essere curati, ma tale affidamento avvenga sulla base di una norma di legge; l’interesse “alieno” può essere privato o pubblico, pur rimanendo sempre l’attività una funzione.

Per questa ragione si distinguono, in capo al soggetto giuridico incaricato, due differenti serie di situazioni soggettive, le une riguardanti la sua qualità di *munus*: due distinte responsabilità, quindi, che coesistono nello stesso soggetto privato, coerentemente con la ricostruzione secondo la quale l’una concerne il soggetto in quanto cura l’interesse proprio, l’altra concerne il soggetto in quanto cura l’interesse alieno. In tale veste il soggetto agisce secondo un’imputazione di tipo formale, per cui gli atti si imputano al soggetto, i risultati dell’attività alla collettività.

Peraltro la situazione che qualifica la posizione del *munus* è il suo “dovere giuridico fondamentale di comportarsi in modo da ottenere il miglior risultato per l’interesse che gli è affidato in cura (canonizzazione dell’interesse)”³⁶³.

un forte indizio della concezione derivativa del potere pubblicistico esercitabile dal privato, nel quadro di una concezione anch’essa fortemente statocentrica.

³⁶² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit.

³⁶³ Una situazione rispetto alla quale lo stesso M.S. Giannini dubita che sia appropriato il termine “dovere funzionale”. A. BENEDETTI, *op. cit.* rileva che «un aspetto significativo è che Giannini utilizza la formula in commento in modo del tutto residuale e particolare, nel contesto della più generale teorica delle figure soggettive. Ne parla infatti squisitamente in termini di ordinamenti “straordinari”, “provvisori”, comunque “particolari”. In altri termini, nella sistematica gianniniana il *munus* non indica affatto il fenomeno generale dell’esercizio privato di pubbliche funzioni, ma i casi in cui non vi sia nell’apparato amministrativo l’elemento oggettivo costituito dalla presenza e dalla

Secondo una definizione non priva di ambiguità, M.S. Giannini individua tre specie di *munera pubblici* enucleabili dal diritto positivo: i *munera* professionali, in cui l'esercizio stesso dell'attività professionale è un *munus* pubblico (come il notaio); i *munera* accessivi ad attività professionali, nell'ipotesi in cui solo in alcuni momenti della professione il privato è *munus* (avvocati, medici..); infine i *munera* affidati per incarico (professionisti nelle funzioni di liquidatore, curatore fallimentare..).

La nozione ha comunque conosciuto una grande fortuna da parte della giurisprudenza successiva, venendo utilizzata quale sostanziale equivalente dell'esercizio privato di pubbliche funzioni.

Significativamente, l'esercente privato di una pubblica funzione viene inquadrato tra le strutture organizzative, quale soggetto ausiliario³⁶⁴ dei poteri statali.

Il concetto di ausiliarità dà l'idea di un'attività svolta non solo nell'interesse di un altro soggetto (in questo caso, lo Stato) ma che è anche espressione di una logica politico-amministrativa di decentramento del potere, che non ne comporta una *deminutio* in termini di efficacia; anzi, al contrario, snellisce e potenzia l'azione amministrativa.

In questo senso, soffermandoci esclusivamente sulla natura giuridica delle SOA in ragione della funzione pubblica dalle stesse esercitata, si condivide l'opinione di chi le configura quali nuove ipotesi di *munus publicum*³⁶⁵.

predisposizione delle funzioni. [...] Per la configurazione di esercizio privato di pubbliche funzioni Giannini si riferisce a “specie molto meno importanti di *munera*, che sono in sostanza effettiva degli ausiliari dei poteri statali”, in quanto non imputano i risultati della propria attività alla collettività, ma ai singoli uffici statali ausiliati».

³⁶⁴ R. BARBERIO, *op. cit.*, inquadra le SOA tra i “*sucedanei*” dell'amministrazione.

³⁶⁵ S. FOÀ, *Nuovi munera cit.*; P. SALVATORE, *Le attestazioni SOA.cit.*; L. GIAMPAOLINO, *Le SOA e le loro responsabilità, cit.*, p. 16; A. MALTONI, *Il conferimento cit.*, p. 356; F. SICILIANO, *L'insostenibile leggerezza.cit.*; R. BARBERIO, *op. cit.*

Connaturale a tale orientamento è l'assimilazione del ruolo svolto dalle SOA a quello dei notai³⁶⁶, i quali acquistano la prescritta abilitazione, esercitano professionalmente un'attività consistente nella esplicazione di potestà pubbliche ai medesimi attribuite direttamente dalla legge, dietro remunerazione dei clienti.

³⁶⁶ Sul punto cfr. S. CASSESE, *L'esercizio notarile di funzioni statali*, in *Il Foro it.*, II, 1996, V, p. 70, secondo il quale il notaio costituisce un esempio di esercizio privato di funzioni pubbliche, in quanto la sua attività è globalmente rilevante (essendo sottoposta al principio della doverosità e dell'imparzialità), la procedura per l'adozione degli atti è predeterminata, infine sottoposta a controlli pubblici. Parte della dottrina assimila la figura delle SOA anche a quella di società di revisione, anch'esse soggetti di diritto privato esercenti funzioni pubbliche di certificazione dei bilanci e, al pari delle SOA, sottoposte alla vigilanza di un soggetto pubblico.

A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 2007 osserva che «il fatto che in diverse ipotesi di conferimento in via diretta *ex lege* di potestà pubbliche l'esercizio delle stesse sia condizionato al rilascio di autorizzazioni, abilitazioni, ovvero all'adozione di atti di designazione, di nomina o di incarico non contraddice quanto testé rilevato. Come, infatti, aveva notato la giuspubblicistica più risalente, con riferimento a figure come i notai, i comandanti di nave o aereomobile, il diritto o l'obbligo di esercitare le funzioni pubbliche loro conferite in via originaria dalla legge poteva essere in concreto esercitato o adempiuto allorquando fosse adottato un atto di un organo dello Stato ovvero di un privato. A siffatto schema, il legislatore ha continuato a riferirsi anche in tempi recenti, come si evince dalla disciplina sulle società organismi di attestazione (SOA), che condiziona l'esercizio dell'attività di attestazione da parte delle stesse al rilascio dell'apposita autorizzazione dell'Autorità di vigilanza». *Contra* F. SICILIANO, *L'insostenibile leggerezza..cit.* secondo cui: «non sembra così pacifico che la figura della SOA sia accostabile a quella del notaio, in quanto, se è vero che entrambi svolgono una funzione di certificazione, hanno caratteristiche ben diverse. [...] La figura soggettiva del notaio rappresenta, quale esempio classico di titolarità di un *munus*, un semplice modulo organizzatorio monistico autosufficiente ed autonomo, cui sono riconducibili gli effetti e le responsabilità degli atti pubblici redatti. La SOA, invece, opera e agisce in simbiosi con l'Autorità di vigilanza, sulla scorta di un collegamento funzionale creato dalla legge».

Affronta tematiche specifiche sulla figura notarile che ne evidenziano ulteriormente la peculiarità rispetto alle SOA, F. MERUSI, *Il diritto pubblico delle libere professioni. Ordini, albi e diritto di stabilimento nel diritto vigente e «quasi vigente»*, in *Diritto amministrativo*, 2005, n. 3. pp. 449 e ss.

Con la differenza che nel caso di specie, la compenetrazione tra pubblico e privato incide anche sulla veste giuridica della SOA, attraverso la integrazione eteronoma della disciplina codicistica sulle società per azioni, per via della quale, come osservato, la dottrina ha configurato la stessa alla stregua di ente speciale, inquadrabile nella più ampia categoria delle società legali.

Secondo la ricostruzione elaborata la SOA si configura come un operatore privato esterno all'organizzazione amministrativa che, investito *ex lege* di un *munus*, svolge una pubblica funzione di certificazione con effetti di certezza per le stazioni appaltanti, in ragione della quale è soggetto al controllo della pubblica amministrazione, nella veste dell'Autorità di vigilanza.

6.2. Il modello SOA tra esternalizzazione..

La disciplina dell'attività delle SOA, così come descritta, (nei suoi principi, nella procedura, negli effetti, nei puntuali obblighi imposti) ha consentito alla dottrina di inquadrare gli organismi di attestazione nell'ambito di un più ampio flusso di considerazioni su nuovi modelli di organizzazione amministrativa scaturenti dalla premessa della compatibilità tra autonomia privata e funzione pubblica.

In questo senso la forma di contiguità tra pubblico e privato delineata nel sistema di qualificazione è stata ricondotta ad un unitario “fenomeno di automizzazione dell'azione volta alla cura dell'interesse generale”³⁶⁷, teso al miglioramento delle qualità delle prestazioni rese agli utenti, precipuamente nel settore economico ed in quello delle attività sociali.

³⁶⁷ F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata..cit.*, p. 300.

In tale prospettiva, viene in rilievo l'evoluzione del ruolo dello Stato che lascia sempre più campo d'azione all'operatore privato e tende, più che a gestire, a regolare (anche grazie alle Autorità indipendenti) i possibili conflitti d'interesse³⁶⁸.

A tal proposito, si è fatto riferimento anche alla cd. esternalizzazione di funzioni amministrative intesa come modulo organizzatorio alternativo alla creazione o al mantenimento di strutture ed uffici pubblici della p.a..

³⁶⁸ Sul punto R. BARBERIO, *op. cit.*, osserva che «gli effetti del fenomeno dell'arretramento dello Stato nell'erogazione dei servizi pubblici riverberano sulla disciplina delle certezze pubbliche. Sotto la spinta del diritto europeo lo Stato si fa garante della qualità e delle caratteristiche tecniche di soggetti specializzati che esercitano al suo posto le funzioni di regolamentazione. Le funzioni pubbliche sembrano attraversare una fase di espansione, sia dal punto di vista della certezza prodotta che dei soggetti che le producono. Si può ragionevolmente affermare che le trasformazioni dell'organizzazione e del funzionamento dello Stato vanno di pari passo con l'evoluzione delle funzioni di certezza pubblica. L'utilizzo degli strumenti privatistici è congeniale alle logiche dello Stato regolatore. In quest'ottica sembra essersi posto il legislatore allorché ha affidato la disciplina del rapporto SOA-impresa ad un contratto».

Tale modulo alternativo, che esprime la filosofia dell'amministrazione di risultato³⁶⁹, viene ricondotto anche al principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost)³⁷⁰.

Ciò detto, da altra parte della dottrina è stato osservato che il modello SOA definito dal legislatore non si limita ad "esternalizzare" la funzione, cioè a prevedere che una funzione pubblica sia svolta da soggetti privati a ciò incaricati e posti sotto il controllo pubblico.

³⁶⁹ In tema F. DE LEONARDIS, *L'esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. dir.*, I, 2007, p. 583: «le amministrazioni pubbliche sono interessate, da qualche decennio, da ampi processi di trasformazione, ma è soprattutto il rilievo progressivamente dal concetto di risultato ad averne mutato in modo significativo la fisionomia». Come ricorda R. TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»* in *Scritti in onore di E. Casetta*, II, Napoli, 2001, p. 818, l'espressione "amministrazione per risultati" fu coniata da M.S. Giannini. E soprattutto con le riforme degli anni 1997-99 che il conseguimento del risultato è divenuto un obiettivo fondamentale dell'azione amministrativa, o meglio sia un principio istituzionale che una «norma dell'agire giuridico delle pubbliche amministrazioni [...] Le indicate riforme hanno inteso delineare un modello di amministrazione orientata al risultato, incentrato soprattutto sulla sottoposizione dell'attività amministrativa al rispetto dei principi di efficacia e di efficienza. È dunque essenziale che i beni della vita siano soddisfatti, non che ciò avvenga ad opera di una pubblica amministrazione o di un soggetto privato, a fortiori dopo la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà in senso orizzontale».

³⁷⁰ A. MALTONI, *op. cit.*, p. 439, secondo cui, presupporre che l'amministrazione si organizzi e agisca secondo criteri ispirati a semplificazione, velocità, economicità, efficacia, etc..significa vincolare la stessa «che intenda procedere al conferimento di funzioni amministrative ai privati, a compiere una verifica circa la maggiore convenienza dell'esternalizzazione rispetto all'esercizio diretto delle stesse potestà mediante proprie strutture, prendendo, però, come riferimento non tanto l'ordinamento-istituzione, quanto l'ordinamento-comunità. Ma, se si accoglie quest'impostazione, si proietta l'amministrazione (e i soggetti ad essa equiparati) al servizio della comunità, con la riscoperta di quell'antico principio, in base al quale "*civitas propter cives, non cives propter civitatem*", e si finisce per riannodare tale concezione al significato originario e più profondo della sussidiarietà orizzontale». L'enunciato contenuto nell'art. 188, comma 4, riflette una concezione della sussidiarietà orizzontale piuttosto ampia e generica. Ciò non di meno, dalla richiamata disposizione costituzionale sembra potersi trarre una direttiva costituzionale rivolta al legislatore ordinario, cui spetta darvi attuazione e specificazione.

Il legislatore ha, invece, optato per un modello organizzativo nuovo, in parte mutuato dai sistemi di certificazione della qualità³⁷¹.

Si delinea, come visto, un nuovo soggetto “tecnico”, caratterizzato da una peculiare articolazione organizzativa (Autorità di vigilanza – SOA), quasi totalmente alieno da profili ponderativi e volto a garantire un alto tasso di professionalità nella qualificazione.

Sul piano organizzativo, allora, il sistema SOA rappresenterebbe la soluzione al già citato fenomeno di complessificazione tecnico-giuridica nel settore degli appalti³⁷².

Ne è derivata, in questo ambito, con l’espansione della tendenza alla positivizzazione degli indici di idoneità tecnica degli aspiranti partecipanti alle gare pubbliche, una fortissima contrazione dei margini di valutazione in ordine al soddisfacimento dell’interesse pubblico ed un notevolissimo ridimensionamento della stessa discrezionalità tecnica.

Una volta individuato nella regola tecnica lo strumento ottimale di tutela dell’interesse pubblico nel settore dei lavori pubblici, il legislatore ha affidato il delicato compito della qualificazione degli esecutori di lavori pubblici a soggetti specializzati, diversi dall’amministrazione ministeriale e con una propria organizzazione, ancorché con ambiti di discrezionalità limitati.

³⁷¹ A. BENEDETTI, *op. cit.*

³⁷² Come osservato da F. SICILIANO, *op. cit.*, tale fenomeno, particolarmente sensibile alle influenze comunitarie, si è sostanziato nella tassonomica predeterminazione di categorie e sofisticati parametri di natura tecnica e ha rappresentato la soluzione ottimale di garanzia di *par conditio* tra i concorrenti e dell’affidabilità delle imprese al buon esito dei lavori, in uno scenario cui fanno da sfondo interessi pubblici di primaria rilevanza ed ingenti risorse finanziarie. Di qui, la ricerca di un meccanismo operativo che garantisse certezza e tendenziale incontrovertibilità dei relativi accertamenti, da un lato, e celerità e snellimento di tali attività, dall’altro.

Seguendo questa linea interpretativa la suindicata dottrina osserva che non potrebbe parlarsi di una vera e propria esternalizzazione³⁷³, nel senso di devoluzione a soggetti esterni all'apparato organizzativo di determinate competenze e funzioni, dal momento che le SOA realizzano un modulo organizzatorio proprio, autonomo e motivato da esigenze tecniche.

6.3. ...e liberalizzazione dell'attività di attestazione

L'illustrato *iter* interpretativo, il quale ha condotto a definire le SOA come organismi privati ausiliari degli apparati pubblici, ha consentito alla dottrina di meglio inquadrare le peculiarità del nuovo regime, nel tentativo di verificare la collocabilità o meno dell'attestazione SOA tra le certificazioni di mercato.

Alcuni Autori³⁷⁴ hanno osservato che il passaggio al sistema SOA, sorto dal superamento del meccanismo pubblicistico di iscrizione all'albo a favore di società certificatrici private, operanti in regime concorrenziale e scelte dalle imprese costruttrici, presentava un vizio originario, e cioè quello di promuovere una sorta di "liberalizzazione"³⁷⁵ dei controlli³⁷⁶,

³⁷³ Sull'esternalizzazione da parte delle amministrazioni pubbliche di funzioni amministrative si veda A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche cit.*

³⁷⁴ A. BENEDETTI, *op. cit.*, pp. 156 e ss.

³⁷⁵ Sul fenomeno delle privatizzazioni, alle quali sono state spesso accompagnate liberalizzazioni nel settore pubblico si veda S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in AA.VV., *Profili giuridici delle privatizzazioni*, a cura di G. MARASÀ, Torino, 1998, pp. 1 ss.

³⁷⁶ Emblematicamente rappresentata dal passaggio della titolarità del controllo dal Ministero dei lavori pubblici a società operanti nel mercato. In questo senso sembra andare anche la riflessione tesa ad evidenziare il passaggio dello Stato dal ruolo di imprenditore a quello di regolatore, soprattutto nel settore dei servizi pubblici, nel quale le privatizzazioni sono state accompagnate da liberalizzazioni, nonché dall'istituzione di autorità indipendenti.

connessi all'esercizio di una funzione pubblicistica di attestazione che rimaneva, però, identica a se stessa.

In altre parole, tale dottrina contesta la tesi secondo cui si riteneva di poter "liberalizzare" quella che non era un'attività economica, sia pure di interesse generale, ma una funzione di certezza pubblica dai connotati tradizionali, mantenendone inalterati la fisionomia e gli effetti.

In questo senso, si mette in discussione l'aporia della produzione di certezze pubbliche affidate a meccanismi di mercato realizzata dal "modello SOA"³⁷⁷: l'attività di attestazione non è né attività di impresa né attività economica in senso proprio, e quindi, non è suscettibile di essere esercitata in un mercato, secondo un meccanismo concorrenziale.

I caratteri "virtuosi" del mercato e della concorrenza non possono manifestarsi in ambiti in cui non c'è un'effettiva autonomia nella definizione dell'oggetto del contratto e, a maggior ragione, laddove i destinatari ultimi dell'attività non sono liberi di scegliere se avvalersi o meno del contenuto informativo prodottosi con l'attività di certificazione³⁷⁸.

In questa prospettiva la configurazione del rapporto contrattuale con le imprese avrebbe immesso nel sistema una logica fuorviante, specie ove si consideri il carattere di certezza/stabilità che si richiede sia propria dell'attestazione rilasciata e dell'indisponibilità per le parti di un effetto che deve avere caratteristiche stigmatizzate dalla legge.

Non sarebbe possibile, quindi, ricondurre a una fonte negoziale un oggetto che non può appartenergli, vale a dire la qualificazione con effetti di certezza, di un soggetto. Si tratta infatti di un oggetto indisponibile al

³⁷⁷ L'espressione è utilizzata da A. BENEDETTI, *op. cit.*

³⁷⁸ La mancanza di autonomia impedisce che possa attivarsi la sanzione del "mancato scambio", unica leva sulla quale possono basarsi i meccanismi reputazionali del mercato.

contratto che, in quanto tale, può solo regolare (secondo contenuti che sono in realtà interamente definiti dalla legge) la procedura, gli obblighi e i diritti delle parti funzionali al conseguimento di quel risultato (indisponibile alla “volontà” negoziale delle parti).

Il contratto di qualificazione, dunque, sembrerebbe funzionale esclusivamente: alla scelta della SOA da parte dell'impresa; alla prestazione del consenso privato all'effettuazione dei controlli da parte della SOA, nonché alla quantificazione degli stessi; alla definizione del compenso tra le parti.

Una volta ridimensionata la rilevanza della natura privatistica del soggetto esercente e del contratto stipulato con le imprese, escludendo che con l'introduzione di tali elementi si sia realizzata una vera e propria apertura al mercato³⁷⁹, ritorna centrale il ruolo svolto dall'Autorità di vigilanza sull'attività esercitata dalle SOA.

³⁷⁹ Come evidenzia G. ROSSI, *Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza*, in *Dir. pubbl.*, 1997, pp. 289 e ss. il problema della definizione del confine tra “pubblico” e “privato” «coincide solo parzialmente con quello della sfera dell'azione dello Stato e di altri enti territoriali perché molto spesso l'espansione del “privato” implica solo modifiche nel modo di esercizio dei poteri pubblici e non la scomparsa di questi».

CAPITOLO III

Possibili scenari futuri del sistema di qualificazione

1. La qualificazione degli operatori economici: tra discrezionalità ed efficienza

Dalla disamina sui differenti modelli di qualificazione esistenti nei paesi europei sono apparse evidenti le diversità di approccio al tema.

Sul punto è stato osservato che, per l'Italia, e per i paesi a sistema di qualificazione preventiva obbligatoria, l'accesso al mercato è "affare da avvocati", per la Germania e per i paesi in cui ha rilievo significativo il momento tecnico è "affare da ingegneri", e per il sistema anglosassone, basato su profili innovativi di negoziazione, è "affare da *manager*"³⁸⁰.

Risulta con tutta evidenza, altresì, che il modello di tipo civilistico, il quale prevede che sia la stazione appaltante ad occuparsi della qualificazione delle imprese per ogni singola gara, risulti quello più diffuso in Europa e che lo stesso, in quanto tale, orienti la filosofia dell'Unione nel garantire ampi margini di discrezionalità alle pubbliche amministrazioni, con le responsabilità che ne derivano³⁸¹.

³⁸⁰ C. RANGONE, *Relazione*, in *Contratti pubblici*, Roma, 2013.

³⁸¹ La discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici è parte integrante del diritto UE, ribadita nel testo delle direttive, ancorché le stesse delineino una discrezionalità che può definirsi "condizionata". Ciò emerge dalla lettura del Considerando 92 della direttiva 2014/24/UE sui criteri di aggiudicazione, i quali "*non dovrebbero conferire alle amministrazioni aggiudicatrici una libertà incondizionata di scelta e dovrebbero garantire la possibilità di una concorrenza effettiva e leale*", in modo tale che l'aggiudicazione dell'appalto sia effettuata "*applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità*

di trattamento” (Considerando 90). Ne risulta che il diritto dell’Unione negli appalti pubblici ha come finalità l’attuazione della concorrenza nel mercato unico, garantendo trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, allo stesso tempo contemperando la discrezionalità riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici con l’obbligo di utilizzare, nelle scelte fondamentali, criteri oggettivi e non discriminatori. Secondo quanto osserva C. RANGONE, *La selezione delle imprese in Europa tra discrezionalità, responsabilità e politiche di qualificazione della spesa*, Atti convegno IGI, 2010: «collocando i paesi UE su un’ideale scala di minore/maggiore discrezionalità nella scelta delle imprese, possiamo distinguere, in prima approssimazione tre gruppi: 1) paesi a discrezionalità sostanzialmente nulla, come Belgio e Spagna; 2) paesi con discrezionalità marcata, come Francia e 3) paesi a discrezionalità molto marcata come Regno Unito, Olanda, Danimarca, paesi nordici e dell’Est. In posizione particolare la Germania, che non utilizza se non marginalmente le gare ristrette, ma opera una selezione “implicita” nelle gare aperte mediante l’estrema precisione progettuale, che costringe gli offerenti a “selezionarsi” da soli per essere concorrenziali». La ridotta discrezionalità concessa alle stazioni appaltanti nazionali è stata da ultimo contestata all’Italia dalla Commissione europea che ha avviato una procedura di infrazione (la n. 2018/2273), inviando al Governo una lettera di costituzione in mora, avente ad oggetto la non conformità di alcune disposizioni del Codice al quadro comunitario in materia di contratti pubblici. Con riferimento ai motivi di esclusione (art. 80), sono due i punti contestati: a) esclusione per mancato pagamento di imposte o contributi, giudicato non conforme l’articolo 80 comma 4 del Codice, che consente l’esclusione da una gara a un soggetto che ha commesso “*violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse o contributi previdenziali*” ma solo in caso di “*violazioni definitivamente accertate in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione*”. Secondo la Commissione questo è «non conforme» al diritto Ue: si dovrebbe cioè consentire alle stazioni appaltanti di escludere previo accertamento delle violazioni autonomamente condotto e dimostrato; b) illeciti professionali, esclusione anche se c’è stato ricorso. L’esclusione dell’operatore economico colpevole di gravi illeciti professionali (tra cui il caso in cui l’operatore economico abbia evidenziato significative o persistenti carenze nell’esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico), deve essere sempre possibile da parte della stazione appaltante. Il Codice italiano, invece, all’articolo 80 comma 5, ammette l’esclusione solo se la risoluzione anticipata del precedente contratto non è stata contestata in giudizio dall’impresa. In sostanza: basta un ricorso per impedire alla stazione appaltante di escludere un operatore dalla gara. Secondo la Commissione questo non è conforme al diritto dell’Unione perché «preclude alle stazioni appaltanti ogni valutazione circa l’affidabilità di tali offerenti sino a quando il giudizio non abbia confermato la risoluzione anticipata».

Proprio al fine di superare i rilievi oggetto della procedura di infrazione, il legislatore già nel Codice del 2016, con scelta successivamente confermata anche con il d.lgs. n.

Nel nostro ordinamento, come osservato, si è assistito, al contrario, ad una “demonizzazione” della discrezionalità che ha caratterizzato la normativa sugli appalti pubblici fin dagli anni Novanta.

In quel periodo, infatti, si è diffusa la convinzione per cui l'unica via da percorrere per abbattere la corruzione nella contrattualistica pubblica fosse quella di ridurre quanto più possibile i margini di discrezionalità delle stazioni appaltanti. A partire dalla legge n. 109/1994 (“legge Merloni”), dunque, le procedure di qualificazione ed aggiudicazione degli appalti pubblici sono state caratterizzate soprattutto da atti vincolati³⁸².

Fino all'approvazione del Codice del 2016, quindi, nel settore degli appalti è stata condotta una lotta alla corruzione «attraverso l'irrigidimento delle procedure amministrative, la privazione della discrezionalità amministrativa, la creazione di automatismi per l'aggiudicazione dei contratti»³⁸³.

36/2023, ha scelto di considerare la rilevanza delle cause ostative anche in fase di accertamento, ancorché non definitivo.

³⁸² Sul punto si veda B.G. MATTARELLA, *Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione*, in *Atti del LXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, il quale osserva che «in Italia, negli ultimi decenni e soprattutto a partire dalla legge Merloni, la tendenza è stata a circoscrivere il più possibile la discrezionalità e a privilegiare meccanismi automatici di scelta del contraente, nella speranza – rivelatasi spesso vana – che ciò avrebbe eliminato occasioni di corruzione». Anche il successivo d.lgs. n. 163/2006, ossia l'intervento con cui il legislatore ha dato attuazione alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, ha mantenuto tale impostazione, basti pensare alla sua resistenza nei confronti di strumenti flessibili quali il dialogo competitivo. In questi termini G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 3, pp. 330-333. Su questo tema cfr. G. FIDONE, *Dalla rigidità della legge Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità*, in *Il Foro amministrativo*, T.A.R., 2007, 12, pp. 3971-3989.

³⁸³ G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità*..cit. p. 330. Anche A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Atti del LXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione cit.*, pp. 43 e ss. L'Autore osserva che nel settore dei contratti

In tale contesto, il legislatore italiano ha privilegiato criteri di aggiudicazione obiettivi, relegando in secondo piano quelli attinenti alla qualità delle scelte, e quindi alla loro efficacia, efficienza ed economicità. È stato osservato, tuttavia, che la forte contrazione della discrezionalità amministrativa genera, spesso, inefficienza, in quanto l'irrigidimento delle procedure determina l'impossibilità per l'amministrazione di considerare complessivamente offerte ed offerenti, e quindi di porsi sullo stesso piano dei suoi potenziali contraenti.

Il dibattito riguardante il binomio discrezionalità-efficienza, peraltro, si inserisce in quello di più ampio respiro circa la trasformazione della pubblica amministrazione da un'amministrazione "per atti" ad un'amministrazione "per risultati". Secondo il paradigma dell'amministrazione per risultati, appare coerente la costruzione di un sistema di affidamento dei contratti pubblici che riconosca spazi di discrezionalità alle stazioni appaltanti utili a perseguire l'efficienza delle loro scelte.

pubblici «il problema teorico e pratico è quello di conciliare due valori in possibile conflitto, la flessibilità e discrezionalità della scelta delle imprese da invitare a presentare l'offerta con la garanzia della *par condicio* nell'accesso al mercato e in Italia, per tradizione, si è sempre preferito privilegiare il vincolo rispetto alla discrezionalità, sospetta perché capace di generare collusione e corruzione, secondo un orientamento che non è condiviso dalla disciplina europea».

Discrezionalità e concorrenza sono considerati generalmente come concetti antitetici, dato che «il buon funzionamento del mercato richiede un quadro di regole certe, stabili nel tempo, poste *ex ante*, mentre la discrezionalità introduce flessibilità ma anche incertezza relativa alle determinazioni della Pubblica amministrazione». In questi termini M. CLARICH, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in Rivista giuridica del Mezzogiorno, 2016, n. 3, p. 749.

Tale orientamento è stato recepito dalle direttive UE nn. 23, 24 e 25 del 2014³⁸⁴, dalla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11³⁸⁵, e dal d.lgs. 19 aprile

³⁸⁴ Come noto, il diritto dell'Unione negli appalti pubblici ha come finalità l'attuazione della concorrenza nel mercato unico. Occorre, allora, riflettere sul rapporto tra gli interessi delle stazioni appaltanti e la tutela della concorrenza, e sulla misura in cui quest'ultima è preordinata al perseguimento dell'efficienza. Sul punto, cfr. M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, pp. 297 e ss. In estrema sintesi si può rilevare che l'idea della concorrenza, pur essendo sempre stata presente nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, ha assunto differenti significati nel corso del tempo. Nell'impostazione tradizionale aveva una matrice "contabilistica", essendo volta esclusivamente a tutelare l'interesse finanziario della pubblica amministrazione. La "messa in concorrenza", dunque, era funzionale all'identificazione della minore o migliore spesa delle risorse pubbliche. La prospettiva si è capovolta con l'avvento della disciplina comunitaria degli appalti pubblici, in particolar modo con il recepimento delle direttive nn. 17 e 18 del 2004 nel d.lgs. n. 163/2006. È mutato, in particolare, il nesso causale tra efficienza e concorrenza: nel quadro delineato dalla disciplina europea, le procedure competitive sono finalizzate innanzitutto a garantire il libero mercato, mentre l'interesse alla qualità e all'efficienza degli acquisti pubblici viene tutelato solo di riflesso, dal momento che il libero mercato tende ad innescare un meccanismo virtuoso atto a contenere i prezzi e ad innalzare la qualità delle prestazioni offerte. Il dibattito dottrinale sul "rapporto di forza" tra il principio della concorrenza e quello dell'efficienza nella disciplina comunitaria sembra aver trovato una compiuta definizione con l'avvento delle direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014. Dall'analisi dell'art. 18 della Direttiva 2014/24/UE, infatti, traspare come la concorrenza non rappresenti il fine ultimo della normativa dei contratti pubblici, nel senso che la stessa non assurge più a valore fondante della nuova disciplina degli appalti, che pare invece essere ispirata maggiormente al criterio dell'efficienza. In particolare, si dovrà tutelare l'effettiva concorrenza delle procedure nella misura in cui questa garantisce efficienza.

³⁸⁵ Con la legge n. 11 del 2016, il Parlamento ha conferito al Governo la delega per "*l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*". Il legislatore nazionale, sul piano contenutistico, ha inteso realizzare uno scopo preciso con la legge in parola. Come sottolineato dalla dottrina e dai primi osservatori del settore, infatti: «emerge con chiarezza l'obiettivo di trarre occasione dal recepimento delle nuove direttive per riscrivere e riorganizzare l'intera normativa sugli appalti pubblici: il Governo è infatti delegato ad adottare un decreto legislativo finalizzato non solo al recepimento delle direttive in materia di appalti e concessioni ma

2016 n. 50, esplicitamente volti a rendere più efficiente il sistema della contrattualistica pubblica³⁸⁶.

2. La qualificazione nella legge delega 28 gennaio 2016 n. 11 e nel Codice del 2016

Il recepimento delle suindicate direttive ha rappresentato, quindi, un'occasione irripetibile per introdurre elementi di modernizzazione nel sistema amministrativo e per incrementare la competitività del sistema economico.

Un primo profilo di criticità sul quale si è ritenuto opportuno intervenire è stato quello relativo al lato della domanda e ha riguardato le stazioni appaltanti, di cui si lamentava l'eccessiva polverizzazione e la conseguente, fortissima, frammentazione del processo di *procurement*³⁸⁷.

anche al riordino complessivo della materia, attraverso l'abrogazione del vigente Codice dei contratti pubblici e l'annesso Regolamento e l'adozione di un nuovo testo normativo. Obiettivo che appare alquanto ambizioso». In questi termini L. DONATO, *prospettive e recepimento delle direttive: lotta alla corruzione, professionalizzazione e semplificazione*, in *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, a cura di L. DONATO, in *Quaderni di ricerca giuridica*, 2016, in www.bancaditalia.it.

³⁸⁶ Il raggiungimento dell'efficienza, si è visto, non garantisce soltanto un miglior esercizio dell'attività amministrativa, ma rappresenta anche un elemento di contrasto della corruzione. In questo senso, la legge delega n. 11/2016 art. 1, comma 1, lett. t) ha attribuito all'ANAC «*più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*».

³⁸⁷ F. DE CAROLIS, *Relazione*, in *Contratti pubblici*, Roma, 2013, p. 110; C. RANGONE, *Relazione*, in *Contratti pubblici*, cit. p. 65-66. In questo senso, si è ritenuto che la valorizzazione della discrezionalità debba andare di pari passo con il rafforzamento e la specializzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e con l'accentramento delle procedure.

A tale situazione ha fatto riscontro, con riferimento all'offerta, un sistema di qualificazione automatico delle imprese (sistema di qualificazione preventiva obbligatoria) che, secondo l'opinione di una parte della dottrina³⁸⁸ avrebbe favorito, in realtà, controlli formali, l'incremento del contenzioso, con rischio di risolversi in una difficoltà di accesso al mercato.

L'originaria architettura del Codice, come congegnata nella suindicata legge delega, ha mirato, dunque, all'esaltazione della qualità, tanto dal lato della domanda che dell'offerta, enucleandone i due momenti fondamentali nella qualificazione delle stazioni appaltanti e nella revisione del sistema di qualificazione degli operatori economici, con l'introduzione del *rating* d'impresa.

Ciò emerge chiaramente dalla lettura dei principi e criteri direttivi di cui all'articolo 1, legge n. 11/2016, la quale tra i primari obiettivi della nuova disciplina individua:

- alla lettera *bb*), la *“razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti, prevedendo la riorganizzazione delle funzioni delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo, nonché prevedendo l'introduzione di un apposito sistema, gestito dall'ANAC, di qualificazione delle medesime stazioni appaltanti,*

Come evidenziato anche dall'ANAC «oggi in Italia esistono 42.657 stazioni appaltanti e centrali di committenza (di cui operative circa 36.000, con oltre 100.000 centri di spesa), dove ciascuna bandisce gare e gestisce appalti, pur senza averne le competenze economiche, informatiche e dimensioni operative di scala per spuntare prezzi favorevoli e svolgere le gare al meglio per l'interesse pubblico», *Relazione al Parlamento sull'attività svolta dall'ANAC nel 2021 – Qualificazione stazioni appaltanti*, in www.anticorruzione.it.

³⁸⁸ Tra cui A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici..cit.*

teso a valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi”³⁸⁹;

- *alla lettera uu), la “revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità, trasparenza e verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all’impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite, introducendo, inoltre, misure di premialità, regolate da un’apposita disciplina generale fissata dall’ANAC con propria determinazione e connesse a criteri reputazionali basati su parametri oggettivi e misurabili e su accertamenti definitivi*

³⁸⁹ A tal fine il successivo art. 1, lett. dd) contempla anche il “*contenimento dei tempi e piena verificabilità dei flussi finanziari anche attraverso la previsione dell’obbligo per le stazioni appaltanti di pubblicare nel proprio sito internet il resoconto finanziario al termine dell’esecuzione del contratto, nonché attraverso adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti, effettuate sulla base del sistema di qualificazione di cui alla lettera bb), con possibilità, a seconda del grado di qualificazione conseguito, di gestire contratti di maggiore complessità, salvaguardando l’esigenza di garantire la suddivisione in lotti nel rispetto della normativa dell’Unione europea, e fatto salvo l’obbligo, per i comuni non capoluogo di provincia, di ricorrere a forme di aggregazione o centralizzazione delle committenze, a livello di unione dei comuni, ove esistenti, o ricorrendo ad altro soggetto aggregatore secondo la normativa vigente, garantendo la tutela dei diritti delle minoranze linguistiche come prevista dalla Costituzione e dalle disposizioni vigenti”.*

Secondo ANAC, «Anche se non prevista espressamente nelle direttive comunitarie, la qualificazione delle stazioni appaltanti risulta coerente con le *best practice* indicate dall’OCSE e dalla Commissione Europea. Quest’ultima, in particolare, con la Raccomandazione (UE) 2017/1805 del 3 ottobre 2017 relativa alla professionalizzazione degli appalti pubblici, ha messo in luce che, ai fini della realizzazione di un mercato unico più forte, occorre rafforzare e sostenere la professionalità degli operatori nel settore degli appalti pubblici all’interno delle pubbliche amministrazioni. L’obiettivo della Commissione è quello di definire un insieme di competenze che i funzionari addetti agli acquisti dovrebbero possedere e ciò coerentemente con le indicazioni della letteratura prevalente secondo cui, tra le possibili misure per fronteggiare le inefficienze del sistema degli appalti pubblici, si annovera anche la professionalizzazione dei *buyer pubblici*». Cfr. *Relazione annuale sull’attività 2021*, in www.anticorruzione.it.

concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi, nonché assicurando gli opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di rating di legalità³⁹⁰".

Risulta chiara la volontà di optare per un sistema fondato sulla qualificazione non solo degli operatori economici, per farne interlocutori affidabili sul lato dell'offerta, ma anche su quella delle amministrazioni, per farne interlocutori autorevoli sul lato della domanda.

In questo modo si ritiene possibile ancorare la qualificazione delle imprese anche sulla responsabilità di stazioni appaltanti, ridotte nel numero e competenti, e rilanciare la centralità del progetto tecnico.

Concentrando l'attenzione sulle modifiche da apportare al sistema di qualificazione degli operatori economici, il legislatore delegato, in attuazione dei menzionati criteri e principi direttivi, ha previsto all'art. 84 del Codice alcune specifiche iniziative, in particolare:

- al comma 3, che *"entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice, l'ANAC effettua una ricognizione straordinaria circa il possesso dei requisiti di esercizio dell'attività da parte dei soggetti attualmente operanti in materia di attestazione, e le modalità di svolgimento della stessa, provvedendo all'esito mediante diffida, sospensione, ovvero decadenza dall'autorizzazione nei casi di mancanza del possesso dei requisiti o di esercizio ritenuto non virtuoso. L'ANAC relaziona sugli esiti di detta ricognizione straordinaria al Governo e alle Camere, allo scopo di fornire elementi di valutazione circa la rispondenza del sistema attuale di qualificazione unica a requisiti di concorrenza e*

³⁹⁰ Come si vedrà nel proseguo, tale disposizione deve leggersi in combinato disposto con l'art. 1, comma 1, lett. g) della medesima legge delega.

*trasparenza, anche in termini di quantità degli organismi esistenti ovvero di necessità di individuazione di forme di partecipazione pubblica agli stessi e alla relativa attività di attestazione*³⁹¹;

- al comma 12, che *“entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell’ANAC, sentite le competenti Commissioni parlamentari, vengono individuate modalità di qualificazione, anche alternative o sperimentali da parte di stazioni appaltanti ritenute particolarmente qualificate ai sensi dell’articolo 38, per migliorare l’effettività delle verifiche e conseguentemente la qualità e la moralità delle prestazioni degli operatori economici, se del caso attraverso un graduale superamento del sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici”*.

Dalla lettura delle disposizioni che precedono il Codice sembra, in prima battuta, accreditare e fare propria la posizione assunta da quella dottrina³⁹²,

³⁹¹ Nella Relazione di accompagnamento al Codice, p. 298, si legge: *«La disposizione prevede, quale elemento di novità rispetto al passato, l’effettuazione da parte dell’ANAC di una ricognizione straordinaria circa il possesso dei requisiti di esercizio dell’attività da parte dei soggetti attualmente operanti in materia di attestazione, provvedendo all’esito mediante diffida, sospensione, ovvero decadenza dall’autorizzazione nei casi di esercizio ritenuto non virtuoso. Con riferimento a tale ricognizione straordinaria si dispone che l’ANAC relazioni al Governo e alle Camere, allo scopo di fornire elementi di valutazione circa la rispondenza del sistema attuale di qualificazione unica a requisiti di concorrenza e trasparenza, anche in termini di quantità degli organismi esistenti ovvero di necessità di individuazione di forme di partecipazione pubblica agli stessi e alla relativa attività di certificazione.»* Sugli esiti della ricognizione straordinaria effettuata sulle venticinque, all’epoca operanti, SOA da parte dell’ANAC, si veda il documento *Stralcio della ricognizione straordinaria sulle Società Organismi di Attestazione (S.O.A.) ai sensi dell’art. 84, comma 3 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50*, luglio 2016, in www.anticorruzione.it.

³⁹² Tra cui A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici..cit.* Sul punto il Consiglio di Stato, sezione consultiva, nel parere reso il 1° aprile 2016 n. 855 sullo schema di decreto legislativo recante “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione” ha osservato: *«sul sistema di qualificazione degli operatori economici*

la quale prospettava di superare il sistema SOA, rilevando l'opportunità di scegliere un sistema di qualificazione "gara per gara", adottato, come osservato, nella maggior parte dei paesi dell'UE, più idoneo a consentire alle amministrazioni un esame di sostanza dei requisiti delle imprese³⁹³.

Il modello SOA, tuttavia, nonostante le indicate perplessità, è stato confermato all'art. 84, comma 1, del Codice e anche il sistema alternativo di cui al menzionato art. 84, comma 12, non è stato realizzato.

L'ANAC, infatti, nel Comunicato del Presidente del 9 maggio 2018³⁹⁴, ha dapprima rilevato che la previsione di cui all'art. 84, comma 12, del Codice, *"si inserisce in un contesto normativo che, nell'ottica di garantire la massima affidabilità delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, prevede l'istituzione, da un lato, del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti (articolo 38) e, dall'altro, del sistema di rating d'impresa (art. 83, comma 10). Inoltre, la previsione dell'art. 84, comma 12, deve essere coordinata con le disposizioni che demandano all'ANAC la formulazione della proposta al Ministero delle Infrastrutture sul sistema unico di qualificazione degli operatori economici (articolo 83, commi 2 e 8) e delineano il sistema di qualificazione del contraente generale (articoli 196 e 197)".* Si è ritenuto, quindi, che *"l'individuazione di elementi*

dovranno rispettarsi i tempi ipotizzati per una revisione straordinaria e una successiva riflessione sul mantenimento o modifica del modello SOA».

³⁹³ Come rilevato da C. RANGONE, *Relazione*, in *Contratti pubblici*, cit., «un sistema del genere suppone, naturalmente, una specifica competenza, discrezionalità e responsabilità delle stazioni appaltanti, ed una centralità del progetto ed in generale degli atti tecnici che non è presente nel sistema attualmente vigente».

³⁹⁴ Per un approfondimento si veda l'intero testo del Comunicato del Presidente del 9 maggio 2018, pubblicato in www.anticorruzione.it, nel quale si dà atto del confronto avviato sul tema nei tavoli tecnici che hanno visto coinvolte alcune stazioni appaltanti particolarmente qualificate e alcune associazioni di operatori economici, finalizzato «ad individuare le criticità del sistema di qualificazione vigente e le possibili evoluzioni in vista del perseguimento della maggiore affidabilità e specializzazione degli esecutori».

innovativi da introdurre in via alternativa o sperimentale rispetto al sistema di qualificazione di cui all'articolo 83 del codice dei contratti presupponga un adeguato periodo di applicazione del sistema di qualificazione medesimo e del sistema del rating d'impresa".

Per tale ragione l'Autorità ha previsto di formulare la proposta finalizzata all'adozione del decreto ministeriale, avente ad oggetto modalità di qualificazione alternative o sperimentali, decorso un anno dall'adozione del decreto di cui all'art. 83, comma 2, del Codice. Tale decreto, tuttavia, non ha mai visto la luce³⁹⁵.

3. La reputazione nelle gare pubbliche: il difficile caso del *rating* d'impresa

3.1. Le finalità dell'istituto

Come rilevato nei paragrafi che precedono, per quanto riguarda il sistema SOA, una delle principali novità del Codice del 2016 è stata l'introduzione di un nuovo istituto giuridico, finalizzato a consentire una migliore

³⁹⁵Dal 12 maggio al 15 giugno 2017, l'Autorità ha sottoposto ad una prima fase di pubblica consultazione il documento "*Proposta finalizzata all'adozione del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui all'art. 83, comma 2, del d.lgs. 50/2016 avente ad oggetto il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro*", "predisposto nell'ottica di perseguire la semplificazione e razionalizzazione della procedura di attestazione, di individuare requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa che assicurino l'effettiva affidabilità professionale del contraente e di garantire che il rilascio delle attestazioni avvenga nel possesso dei requisiti di ordine generale e speciale previsti dal codice e dal decreto ministeriale". Tale *iter*, tuttavia, come anticipato, non è stato portato a termine. Il documento è pubblicato e disponibile sul sito istituzionale dell'Autorità, www.anticorruzione.it.

qualificazione dei partecipanti alle gare e delle loro offerte: il *rating* d'impresa³⁹⁶.

Nell'intuizione del legislatore la qualità della *performance* contrattuale avrebbe dovuto affiancare i requisiti di carattere generale e tecnico, economico e organizzativo come quarto pilastro fondamentale, ai sensi dell'art. 84, comma 4, del Codice, da inserirsi tra gli elementi cui è tradizionalmente basato il sistema di qualificazione³⁹⁷.

In questa logica il *rating* si erge a meccanismo che contribuisce al passaggio da un sistema "statico" dei requisiti formali delle imprese, fondato sui "freddi" parametri di fatturato, organico e attrezzature, a un sistema "dinamico" di requisiti sostanziali, di tipo reputazionale³⁹⁸.

La novità è stata accolta come una vera e propria "*svolta epocale per la contrattualistica pubblica idonea a porre l'Italia nella condizione*

³⁹⁶ In tal senso, va comunque chiarito che l'originario impianto del sistema di qualificazione tuttora vigente, istituito dalla legge n. 109/1994, confermato sia dal d.lgs. n. 163/2006 che dal Codice del 2016, e transitoriamente regolamentato dal d.P.R. n. 207/2010, resta centrale ed imprescindibile nel definire quali sono i requisiti di idoneità delle imprese che intendono assumere appalti di lavori pubblici. Ciò premesso, il legislatore ha provato a sviluppare ed ampliare il concetto di qualificazione, dapprima con l'istituzione del *rating* di legalità (la cui gestione è attribuita – in via principale - all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), e poi con il *rating* d'impresa.

³⁹⁷ Venendo così giustapposto ai requisiti di moralità di cui all'art. 80, alla capacità tecnico-professionale ed economico-organizzativo di cui all'art. 83 e alla certificazione di qualità.

³⁹⁸ Così Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere 1° aprile 2016, n. 855, in www.giustiziaamministrativa.it. Invero il parere del Consiglio di Stato non si sofferma specificamente sul *rating* d'impresa, ma svolge qualche considerazione di massima in ordine alla materia dei requisiti morali e di capacità tecnica e economica, la quale "*ha sinora avuto una disciplina complessa, che ha statisticamente costituito una importante percentuale del contenzioso sugli appalti pubblici*". Qui s'inserisce il rilievo sul passaggio da un sistema statico di requisiti formali a uno dinamico di requisiti sostanziali di tipo reputazionale, "*ponendo le premesse per una revisione del sistema di qualificazione incentrato sulle SOA*".

potenziale di sviluppare una best practice, cui potrebbero ispirarsi i sistemi di acquisto di altri paesi europei”³⁹⁹.

La *ratio* dell’istituto è quella di disegnare un sistema premiale per consentire alle amministrazioni in sede di gara di individuare operatori economici “garantiti” ed alle imprese “diligenti” di essere premiate in sede di aggiudicazione⁴⁰⁰.

Per *rating* d’impresa si intende un indice di misurazione della reputazione⁴⁰¹ di un operatore economico aspirante aggiudicatario, ottenuto valutando le sue pregresse *performances*.

Si tratta, quindi, di un *rating* fondato su indici reputazionali che permettono una valutazione e una valorizzazione delle precedenti esperienze maturate dalle imprese che aspirano ad entrare in rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni.

³⁹⁹ In questi termini si è espressa l’ANAC nell’*Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento n. 2 del 1 febbraio 2017 - Proposta di modifica degli articoli 83, comma 10, 84, comma 4 e 95, comma 13, del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, in www.anticorruzione.it. L’Autorità, in particolare, ha mostrato di condividere le finalità sottese all’introduzione del *rating*, ritenendo l’istituto un elemento idoneo ad innescare un opportuno processo di trasformazione del mercato dei contratti pubblici, in un’ottica di efficientamento del sistema e di promozione della qualità degli operatori economici, in linea con i principi generali di cui all’art. 30, comma 1, del Codice. Del resto, già l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici aveva da tempo suggerito di introdurre criteri reputazionali nella qualificazione delle imprese, dando la possibilità alle stazioni appaltanti di privilegiare quelle imprese che avessero bene effettuato lavori in passato. Si veda, in questo senso, G. BRIENZA, *Utilizzo dei criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, in www.osservatorioappalti.unitn.it.

⁴⁰⁰ A. ROCCHIETTI MARCH, *Rating di impresa e di legalità, i criteri reputazionali*, in *Trattato sui contratti pubblici*, 2, Giuffrè, 2019, pp. 1084 e ss.

⁴⁰¹ Il concetto di reputazione, riferito ad un operatore economico, può essere di tipo soggettivo ovvero di tipo oggettivo. Il primo tipo di reputazione si colloca nell’area dell’etica e nell’area del diritto (attiene cioè al rispetto di regole, etiche o giuridiche che siano). Il secondo tipo di reputazione si colloca nell’area dell’economia ed attiene dunque all’affidabilità dell’impresa, intesa come capacità di adempiere alle obbligazioni assunte contrattualmente, eseguendo a regola d’arte quanto richiesto dal committente pubblico, si tratti di un lavoro, di un servizio o di una fornitura.

Tale istituto è stato concepito come strumento idoneo ad incidere profondamente sulla dinamica dei mercati degli appalti pubblici⁴⁰², essendo volto a perseguire una duplice finalità.

Innanzitutto accrescere l'efficienza degli acquisti delle stazioni appaltanti, fornendo una garanzia previa circa l'affidabilità dell'operatore economico con il quale stringono il contratto⁴⁰³ e con cui instaurano un rapporto di fiducia⁴⁰⁴; in secondo luogo “depurare” il novero dei potenziali appaltatori dalle imprese inaffidabili, garantendo così l'efficienza del mercato dei contratti nel suo complesso.

Con riguardo agli attori del mercato, il *rating* dovrebbe fornire garanzie anticipate alle stazioni appaltanti in ordine al raggiungimento del risultato finale, prevenendo il rischio di una cattiva esecuzione contrattuale.

⁴⁰² L. GALLI – M. RAMAJOLI, *Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d'impresa*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 1, 2017.

⁴⁰³ Come ben chiarito dalla letteratura economica, il concetto di reputazione basato sulla valutazione delle *performances* passate non va confuso con il possesso dei requisiti tecnici, organizzativi e finanziari i quali «possono sicuramente indicare il grado di affidabilità di un'impresa» nel portare a termine la prestazione promessa, «ma sono irrilevanti ai fini della valutazione della sua lealtà». Né si può identificare la reputazione di un'impresa con la semplice elencazione del numero di contratti già eseguiti, che riflette il grado di esperienza, ma nulla dice rispetto alla qualità delle prestazioni erogate. In questi termini N. DONI, *L'affidamento mediante gara di contratti pubblici: l'importanza della reputazione*, in *Politica economica*, n. 2, agosto 2005.

⁴⁰⁴ Appare utile osservare che nel settore dei contratti pubblici solo con l'introduzione del *rating* d'impresa è stata attribuita rilevanza giuridica alla “reputazione”, ma già da tempo la “fiducia” ha assunto un ruolo fondamentale nelle dinamiche dell'evidenza pubblica; ciò sotto il particolare profilo delle cause di esclusione. A tal riguardo le Sezioni Unite della Cassazione, nella nota sentenza 17 febbraio 2012 n. 2312, hanno fornito importanti precisazioni sui caratteri del “deficit di fiducia” nel rapporto committente-appaltatore, ammettendo “*la scelta di rimettere alla stessa stazione appaltante la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente*”.

Infatti, l'aumento del tasso di efficienza del mercato dei contratti pubblici dipende dall'abbattimento dei costi di transazione connessi non solo all'affidamento del contratto, ma anche all'esecuzione dello stesso.

Dunque l'obiettivo del *rating* è di ridurre o, almeno, rendere meglio controllabile il rischio di esecuzione, il rischio cioè che l'aggiudicatario non risulti in grado di realizzare l'oggetto del contratto nei tempi e con le caratteristiche richieste⁴⁰⁵. Il ricorso a meccanismi reputazionali è stato considerato come una delle soluzioni al problema del rispetto dei vincoli contrattuali e, più in generale, del ridimensionamento delle criticità dovute a *performances* insoddisfacenti nella fase di esecuzione.

L'obiettivo delle stazioni appaltanti è quello di ottenere il conseguimento della finalità perseguita, ovvero la corretta esecuzione del lavoro, servizio o fornitura, nel modo più economico possibile, dove con "economico" si intende che sia contemporaneamente "efficace" ed "efficiente".

È interesse della stazione appaltante preferire l'operatore economico che offre maggiori garanzie di risultato, ed è ragionevole pensare che un contraente con prestazioni pregresse costanti diminuisca il rischio che nell'esecuzione del contratto si manifestino condotte negligenti o subdole che sfocino in un cattivo o parziale risultato.

L'inclusione di meccanismi reputazionali nelle procedure di selezione, allora, avrebbe ricadute positive sull'esecuzione delle prestazioni, in quanto si tradurrebbe in un potente incentivo per l'impresa ad orientare il proprio comportamento al soddisfacimento del committente, in termini di

⁴⁰⁵ Questa particolare tipologia di rischio si affianca al rischio di prezzo, ossia il pericolo che vi siano distorsioni nella determinazione del prezzo, e al rischio di corruzione, ossia il pericolo che il processo di selezione dell'aggiudicatario venga distorto a favore di un concorrente. In questi termini, L. PROSPERETTI – M. MERINI, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: una prospettiva economica*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 27 ss., spec. pp. 29-37.

qualità e completezza della prestazione, nonché di conformità agli impegni contrattuali⁴⁰⁶.

Oltre che per promuovere l'osservanza del contratto, l'utilità dei meccanismi selettivi fondati sulla reputazione può estendersi anche alla tutela di quegli aspetti della qualità di una prestazione che non sono presidiabili da clausole contrattuali⁴⁰⁷.

La letteratura economica sul punto riferisce l'utilità della reputazione principalmente alla tutela della cosiddetta "qualità non contrattabile", atteso che la "qualità contrattabile" dovrebbe essere efficacemente garantita dalle statuizioni del contratto⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ Sul punto cfr. G. GAITO, *La valutazione della performance e i suoi riflessi sulla qualificazione delle imprese. Le problematiche dell'inserimento di meccanismi reputazionali nelle gare pubbliche*, in *Appalti e contratti*, 2011, 7, pp. 8 e ss. L'Autore, in particolare, osserva che «la letteratura economica ci spiega che in un sistema nel quale la qualità della prestazione resa non si riflette sulla possibilità di accedere a nuovi contratti – come invece avviene in ambito privato – l'interesse dell'esecutore a massimizzare il profitto nel singolo appalto non sarà mitigato dalle preoccupazioni connesse alla tutela della propria reputazione presso i potenziali committenti futuri». Emerge in questi casi il fenomeno del *moral hazard*, il quale identifica i «possibili comportamenti opportunistici che una parte può porre in essere successivamente alla conclusione del contratto e che possono arrecare danno alla controparte». Tali problemi si verificano quando «il vincitore di una gara, nell'intento di aumentare i profitti, abbassa di proposito il livello qualitativo delle prestazioni offerte sugli aspetti difficilmente disciplinabili a livello giuridico, che possono compromettere la piena soddisfazione da parte della Pubblica amministrazione». In questi termini G. SPAGNOLO – F. DINI, *Meccanismi reputazionali e mercati elettronici: problematiche economiche e possibili soluzioni per il public procurement*, in *Quaderno CONSIP*, 2, novembre 2004.

⁴⁰⁷ In tale categoria, rientrano quelle variabili di tipo prettamente qualitativo che, sebbene esulino dalle previsioni contrattuali, possono incidere fortemente sulla buona riuscita di un acquisto, come la cura nell'esecuzione, la capacità d'innovazione del fornitore o quelle statuizioni, pur previste nel contratto, il cui rispetto è difficilmente verificabile da parti terze.

⁴⁰⁸ Come osservato da G. GAITO, *op. cit.*, «per gli aspetti non contrattabili, la qualità delle prestazioni rese può essere giudicata solo mediante una valutazione soggettiva da parte del committente. [...] Pertanto, l'implementazione di un sistema reputazionale del tipo sopra accennato nei contratti pubblici dovrebbe tendere ad utilizzare indicatori quanto più possibile oggettivi, misurabili, verificabili, riferiti per lo più alla mera

3.2. I modelli di rating e i suoi precursori nell'ordinamento nazionale

I fautori della teoria economica più recente hanno contemplato diverse modalità per implementare nelle gare pubbliche criteri fondati sulla valutazione delle prestazioni precedenti.

In particolare, le informazioni relative alle *performances* passate possono acquisire rilevanza: a) in fase di ammissione alla procedura, nel senso di limitare la possibilità di partecipare alle imprese più affidabili o comunque di favorirle concedendo loro maggiori *chance* di ammissione o costi di partecipazione agevolati; b) in fase di valutazione delle offerte, attribuendo alle imprese più meritevoli un punteggio premiale, ai fini della stesura della graduatoria⁴⁰⁹.

conformità contrattuale della prestazione». Secondo A. GIACHI (a cura di), *Rating reputazionale fornitori e buona esecuzione del contratto. Il punto di vista delle Pubbliche Amministrazioni*, studio pubblicato nel 2015 dalla Fondazione Promo P.A., «gli studi economici sul tema dimostrano altresì ulteriori benefici derivanti dall'introduzione di meccanismi reputazionali, quali l'aumento della produttività delle amministrazioni, la migliore qualità della fornitura a prezzi costanti».

⁴⁰⁹ A. ZITO, *Il rating d'impresa nel sistema degli appalti pubblici: un contributo per la sua definizione e messa in opera*, in www.giustiziaamministrativa.it, n.12, 2016, rileva che «sono ipotizzabili tre modelli di *rating* reputazionale d'impresa. Vi è un primo modello, che si può definire “escludente/premiante”: escludente perché il mancato raggiungimento dell'indice reputazionale non consente la partecipazione alle gare; premiante perché, al crescere dell'indice, vi sono minori oneri per l'impresa sia in relazione alla partecipazione alla gara, sia, ove risulti aggiudicataria, in relazione all'esecuzione del contratto. Vi è un secondo modello, che si può definire “premiante/penalizzante”, nel senso che non è previsto un indice reputazionale minimo con funzione escludente dalla partecipazione alle gare, ma unicamente meccanismi che penalizzano ovvero premiano le imprese sul terreno degli oneri che debbono sostenere per partecipare alle gare e poi eventualmente per eseguire il contratto, in ragione dell'indice reputazionale conseguito. Vi è infine un terzo modello, che si può definire “premiante puro”, in cui la reputazione dell'impresa comporta un premio in termini di punteggio aggiuntivo all'offerta tecnica in grado di aumentare le *chance* di vittoria del

In termini più generali vengono, altresì, individuati tre diverse ipotesi di funzionamento dei modelli reputazionali⁴¹⁰.

Il primo modello è il cosiddetto “modello Kelman”⁴¹¹: in questo sistema è la singola stazione appaltante che valuta le *performances* reputazionali sulla base dei singoli progetti. Essendo tutto affidato alla discrezionalità del *buyer*.

Il secondo modello è quello della “premieria positiva”: in questo caso la reputazione è collegata al comportamento di gara generale dei fornitori verso tutte le stazioni appaltanti, non nei riguardi di un singolo ente. Sono fissati punteggi positivi sulla base del comportamento generale di gara. In questo modello è necessario un organismo nazionale che definisce i punteggi che le singole stazioni appaltanti, poi, assegnano.

Il terzo modello è quello della “patente a punti”: anche in questo caso, come nel precedente, vi sono meccanismi generali che valutano il comportamento complessivo del fornitore verso tutte le stazioni appaltanti. In questo modello vengono attribuiti punteggi solo in caso di *performances negative*⁴¹².

Prima di analizzare i caratteri del sistema di *rating* reputazionale che si è tentato di introdurre nell'ordinamento nazionale, appare utile indagare i possibili modelli d'ispirazione, unitamente ai diversi strumenti attraverso i quali il concetto di reputazione acquisita dagli operatori economici ha, in

partecipante alla gara. [...] Infine è pure da sottolineare come i modelli anzidetti possono anche combinarsi nel senso che si può ipotizzare un modello ibrido, in cui sono presenti elementi di ognuno di essi».

⁴¹⁰ G. SPAGNOLO, *Reputation, Competition and Entry in Procurement*, *EIEF working paper*, 2012, in www.eief.it.

⁴¹¹ S. KELMAN, *Procurement and Public Management. The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*, Washington D.C., AEI Press, 1990.

⁴¹² A. ROCCHIETTI MARCH, *op. cit.*, p.1085, dove si osserva che il *rating* reputazionale introdotto in Italia nel Codice è riconducibile al secondo dei citati modelli economici.

qualche forma, assunto già rilevanza nell'ambito della contrattualistica pubblica.

L'istituto, infatti, è stato anticipato da alcune disposizioni, volte a mettere in connessione la fase di esecuzione con quella di aggiudicazione, nelle quali assume rilievo la reputazione acquisita dagli operatori economici.

In questo senso, occorre richiamare innanzitutto il Casellario informatico delle imprese⁴¹³, la banca dati gestita dall'ANAC (e in precedenza dall'AVCP) contenente informazioni sulla storia professionale delle imprese operanti nel mercato degli appalti.

Ai sensi dell'art. 213, comma 10, del Codice *«l'Autorità gestisce il Casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, istituito presso l'Osservatorio, contenente tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'articolo 80»*⁴¹⁴.

⁴¹³ Il Casellario è regolato dall'art. 213, comma 10, del Codice e dalla delibera ANAC n. 861 del 2 ottobre 2019 (sostituiti poi dall'art. 222, comma 10 del d.lgs. n. 36/2023 e dalla delibera ANAC n. 272 del 20 giugno 2023). È stato istituito dall'art. 27 del d.P.R. n. 34/2000, poi trasfuso nell'art. 8 del Regolamento. Sia la formulazione della disposizione istitutiva, sia la sua collocazione nell'ambito del regolamento sulla qualificazione delle imprese concorrono nel testimoniare l'inclinazione del legislatore, già presente *in nuce* nelle norme del 2000, alla creazione di un vero e proprio archivio reputazionale tramite il quale tutte le *past performance informations* possano influenzare i successivi appalti.

⁴¹⁴ La nuova formulazione dell'art. 222, comma 10 prevede che *«è istituito presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici il casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Nel casellario sono annotate, secondo le modalità individuate dall'ANAC, con proprio provvedimento, le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'articolo 94. L'ANAC, nel medesimo provvedimento, individua le ulteriori informazioni da iscrivere nel casellario, ivi comprese quelle rilevanti per l'attribuzione della reputazione dell'impresa di cui all'articolo 109, o per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione di cui all'articolo 103, nonché la durata delle iscrizioni e la modalità di archiviazione delle stesse. Nel casellario l'ANAC iscrive direttamente i provvedimenti interdittivi adottati ai sensi dell'articolo 94, comma 5, lettere e) e f)»*.

Ai fini della presente trattazione, rileva in particolare quanto previsto dall'art. 80, comma 5, lett. c⁴¹⁵), del medesimo Codice, secondo cui è escluso dalle procedure di gara l'operatore economico che si sia reso colpevole di «*gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*»; nel casellario sono riportate, inoltre, alcune fattispecie idonee ad integrare tali violazioni, tra cui le «*le notizie, le informazioni e i dati emersi nel corso di esecuzione dei contratti pubblici, relativi a: i) provvedimenti di risoluzione del contratto per grave inadempimento, anche se contestati in giudizio; ii) provvedimenti di condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale*»⁴¹⁶.

In questi casi, per mezzo delle annotazioni sul casellario, la reputazione incide direttamente sull'ammissione alla gara. Occorre però individuare alcuni punti di debolezza di questo sistema reputazionale.

In primo luogo, la reputazione che rileva è soltanto quella negativa, ed è quindi idonea solo a punire le imprese che hanno tenuto un comportamento

⁴¹⁵ Tale ipotesi costituisce una causa di esclusione non automatica dalle gare, contemplata dall'art. 95, comma 1, lett. e) del d.lgs. n. 36/2023.

⁴¹⁶ In questi termini l'art. 8, comma 2, del Regolamento per la gestione del Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 222, comma 10, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, di cui alla suindicata delibera ANAC n. 272 del 20 giugno 2023. L'art. 8 del precedente Regolamento (adottato con delibera ANAC n. 861 del 2 ottobre 2019) prevedeva l'inserimento nel casellario delle notizie, le informazioni e i dati emersi nel corso di esecuzione dei contratti pubblici, relativi a: «i) provvedimenti di risoluzione del contratto per grave inadempimento, anche se contestati in giudizio; ii) provvedimenti di applicazione delle penali o altri provvedimenti di condanna al risarcimento del danno o sanzioni di importo superiore, singolarmente o cumulativamente con riferimento al medesimo contratto, all'1 % del suo importo; iii) altri comportamenti sintomatici di persistenti carenze professionali».

opportunistico, mentre non permette di premiare quelle che hanno operato efficientemente⁴¹⁷.

È stato rilevato, inoltre, che in questo sistema, l'unico elemento valido ad attestare la perdita di fiducia della pubblica amministrazione nei confronti dell'impresa è rappresentato dalle violazioni che abbiano provocato la risoluzione del contratto. Tale rimedio, tuttavia, è disciplinato dall'art. 108 del Codice⁴¹⁸ come *extrema ratio*, potendo essere attuato solamente rispetto ad inadempimenti particolarmente gravi. Un efficace sistema reputazionale, invece, non può considerare esclusivamente le ipotesi relative alle risoluzioni contrattuali, ma deve tenere in conto l'insieme ben più ampio delle circostanze che influiscono sull'affidabilità delle imprese⁴¹⁹.

Un altro strumento potenzialmente utilizzabile per selezionare le imprese su base reputazionale è costituito dal Certificato di esecuzione lavori (C.E.L.), e cioè il documento rilasciato dalla stazione appaltante o dal committente privato, che attesta l'avvenuta esecuzione della prestazione contrattuale da parte dell'impresa appaltatrice, al fine di comprovare il possesso del requisito relativo alla capacità tecnica per la partecipazione a nuove gare d'appalto, ovvero per il conseguimento della qualificazione nei casi in cui operi il sistema di qualificazione SOA⁴²⁰.

Lo strumento del certificato di esecuzione lavori valorizza anche la "qualità" della esecuzione stessa rispetto a quanto convenuto contrattualmente, nel senso che il riconoscimento, certificato dalla stazione appaltante, dell'efficacia e conformità della prestazione svolta è

⁴¹⁷ In tal modo il patrimonio informativo pregresso non è sfruttato in tutte le sue potenzialità.

⁴¹⁸ Art. 122 del d.lgs. n. 36/2023.

⁴¹⁹ G. GAITO, *op. cit.*, pp. 18 e ss.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 47.

condizione per utilizzare il documento come referenza nel competere ai futuri appalti. L'art. 83 del Regolamento⁴²¹ prevede che i lavori da valutare ai fini della qualificazione sono quelli eseguiti “regolarmente e con buon esito”. Se ne deduce che il certificato di esecuzione deve attestare non solo la regolarità della prestazione svolta ma anche la sua “bontà”; l’attestazione del “buon esito” conferisce al C.E.L. la capacità di penalizzare nell’accesso alle gare pubbliche le imprese, determinando nel lungo periodo una selezione qualitativa dell’offerta di mercato⁴²².

Con la determinazione n. 6 dell’8 ottobre 2008 l’AVCP ha chiarito in cosa consiste la nozione di “buon esito”, precisando che essa investe – senza alcun dubbio – l’aspetto prettamente “tecnico” dell’esecuzione a regola d’arte delle lavorazioni previste, ma si estende anche al rapporto di assoluta correttezza che l’appaltatore deve garantire nei confronti della committenza.

Secondo l’Autorità, infatti, il responsabile del procedimento deve esprimere «una valutazione di ampia portata circa il fedele adempimento di ogni patto contrattuale, originario o sopravvenuto; valutazione che investe ambiti differenti, quali la conformità di quanto eseguito a ciò che era stato preventivato ed approvato, il rispetto della regola d’arte

⁴²¹ Già art. 22 del d.P.R. n. 34/2000, riprodotto, oggi nell’art. 21, allegato II.12 al d.lgs. n. 36/2023.

⁴²² A differenza delle annotazioni sul Casellario informatico, il suo effetto nel restringere l’accesso alle gare pubbliche è però indiretto, nel senso che la mancata emissione del C.E.L. per assenza di buon esito comporta che quella singola prestazione non possa essere conteggiata ai fini del raggiungimento della classifica di qualificazione desiderata, ma non ha effetti preclusivi immediati sulle gare future. Solo con l’aggiunta della dichiarazione di buon esito, il Certificato di esecuzione lavori concreta pienamente la comune nozione di “referenza”, intesa come “informazione relativa alle capacità professionali e alle qualità morali di una persona o sulla correttezza e solvibilità di un’azienda, rilasciata da chi ha avuto in passato rapporti con esse”. Definizione tratta da G. DEVOTO – G. OLI, *Dizionario della lingua italiana*, 2001, Le Monnier.

nell'esecuzione dei lavori, la corrispondenza fra gli standard prestazionali stabiliti dal capitolato speciale e quelli rilevabili nelle singole lavorazioni realizzate, la regolare contabilizzazione delle opere ai fini del pagamento del prezzo all'appaltatore».

Per concludere che: «con la suddetta dichiarazione il committente esprime, in sostanza, un giudizio che in qualche misura investe non solo aspetti tecnici ed amministrativi, ma anche il complessivo operato dell'impresa sul piano della esecuzione a regola d'arte dell'opera».

La valutazione circa il buon esito della prestazione coinvolge, quindi, tanto gli aspetti tecnici e il governo della tempistica, quanto la correttezza dell'impresa e lo spirito di collaborazione con l'amministrazione; in altri termini, quelle che sono state definite in precedenza la qualità contrattabile e la qualità non contrattabile attesa dal committente.

Per farlo, l'Autorità ha rilevato come sia indispensabile riconoscere un margine di discrezionalità alla stazione appaltante chiamata a valutare l'esito della prestazione; questo, tuttavia, non deve degenerare in arbitrio, dovendo sempre «trovare sufficiente motivazione nella coerente e consequenziale assunzione dei provvedimenti amministrativi di competenza». Ne consegue che il diniego al rilascio del Certificato di esecuzione deve necessariamente passare attraverso l'espletamento formale di un procedimento amministrativo che garantisca una forma di contraddittorio con l'appaltatore coinvolto.

Queste indicazioni possono risultare particolarmente utili al momento di delineare il sistema del nuovo *rating* di impresa, del quale il Certificato di esecuzione lavori può considerarsi a tutti gli effetti come un precursore. Si è visto, infatti, come per il suo rilascio non assuma valore solo la legittimità delle procedure ma anche la loro efficienza.

Il limite più grande di questo istituto rispetto ad un suo utilizzo per la valutazione delle *performances* degli operatori economici consiste nell'incapacità di cogliere le situazioni intermedie.

In altre parole, il C.E.L. rappresenta uno strumento di tipo binario, in grado soltanto di evidenziare un grave inadempimento, ma che, non prevedendo un sistema di graduazione, impedisce di rilevare circostanze meno importanti ma comunque influenti sulla riuscita della prestazione. Nella prassi, dunque, i casi di diniego del “buon esito” sono estremamente rari, poiché sono ricondotti solo alle situazioni estreme, in particolare quelle in cui la stazione appaltante avverte di poter dimostrare le ragioni di un simile provvedimento nell'ambito di un eventuale giudizio promosso dall'impresa coinvolta. In definitiva, il Certificato di esecuzione lavori, pur riconoscendo importanza alla reputazione delle imprese, non costituisce un grande passo avanti in quel senso, rappresentando soltanto uno “strumento di validazione”, ma non “di valutazione”, delle prestazioni eseguite⁴²³.

Tra gli istituti previgenti al *rating* di impresa occorre segnalare anche la relazione dettagliata sul comportamento dell'impresa, introdotta, esclusivamente per gli appalti di lavori pubblici, dall'art. 27, comma 4, del d.P.R. n. 34/2000 e poi inclusa nell'art. 8, comma 6, del d.P.R. n. 207/2010 (abrogato dal Codice del 2016).

Tale disposizione, nell'istituire l'obbligo per le stazioni appaltanti di trasmettere all'Autorità questo documento, non ne ha definito la funzione né il contenuto.

Ciò nonostante, la collocazione della relativa disciplina nel quadro della normativa sulla qualificazione delle imprese e, in particolare, nell'articolo relativo al Casellario informatico, testimoniava l'intendimento del

⁴²³ G. GAITO, *op. ult. cit.*, pp. 48 e ss.

legislatore di fare della relazione dettagliata uno strumento di *feedback* tra la valutazione della prestazione da parte del committente e la qualificazione dell'impresa per ulteriori affidamenti; e sembrava altresì prefigurare un modello, rimasto incompiuto, in cui la relazione facesse sistema con il Casellario informatico nella costruzione di un vero e proprio *database* reputazionale delle imprese.

In applicazione di queste previsioni, l'Autorità ha provveduto alla definizione della finalità e del contenuto della relazione in questione. Ha stabilito, infatti, che questo strumento garantisce non soltanto «una casistica utilizzabile ai fini della relazione al Parlamento, degli accertamenti a campione sulla qualificazione delle imprese», ma può anche «offrire dati alle stazioni appaltanti relative al comportamento delle imprese»⁴²⁴.

Proprio in riferimento a questa seconda funzione, è stato sottolineato come le sue risultanze possano essere utilizzate anche ai fini di futuri affidamenti, in modo tale da estendere la funzione della relazione dettagliata. Nella prassi, tuttavia, tale istituto è stato impiegato soltanto per fini di studio dalla stessa Autorità di vigilanza. Si è rilevato, infatti, che per sua natura, in effetti, esso costituisce più che altro uno strumento di mera rilevazione statistica dei fenomeni, difficilmente utilizzabile in modo agile e immediato nell'ambito delle gare d'appalto.

La relazione dettagliata, dunque, poteva egregiamente assolvere ad una funzione puramente informativa, ma non costituire un criterio di selezione o di valutazione nell'ambito delle procedure di affidamento. Per consentirne un'applicazione quale criterio di selezione o di valutazione nell'ambito delle procedure di affidamento, avrebbero dovuto rinunciare a

⁴²⁴ AVCP, Determinazione n. 6, 3 aprile 2002.

descrivere in modo dettagliato tutti gli elementi considerati, abbandonando la logica della relazione sul comportamento dell'operatore economico per abbracciare quella di una valutazione dello stesso⁴²⁵.

Prima dell'introduzione del *rating* d'impresa l'esperienza più significativa di adozione di sistemi reputazionali è stata realizzata da Acea S.p.a., multiservizi partecipata dal Comune di Roma attiva nella gestione di reti e servizi idrici e energetici. A partire dal 2008, in collaborazione con l'Università Tor Vergata, l'azienda ha lanciato un progetto di *Vendor Rating*, che permette di far pesare sulla fase di comparazione delle offerte il giudizio sull'operato dell'impresa nei precedenti appalti, premiando così la buona reputazione del concorrente⁴²⁶.

Nonostante alcuni dubbi sollevati sulla ammissibilità dell'utilizzo di un tale indice in fase di aggiudicazione⁴²⁷, il modello promosso da Acea ha dimostrato una grande efficacia, costituendo un meccanismo per responsabilizzare e controllare le imprese in fase esecutiva, premiandole in sede di gara e ponendo così le due fasi in una relazione effettiva e virtuosa⁴²⁸.

⁴²⁵ Cfr. G. GAITO, *op. ult. cit.*, pp. 52 e ss.

⁴²⁶ Il modello di *Vendor Rating* è stato definito per beni, servizi e lavori, attraverso criteri oggettivi (non discrezionali) e il più possibile automatici. Il perimetro dei fornitori è stato individuato considerando i cosiddetti «fornitori in ambito», ossia i fornitori che hanno almeno un'entrata merce nel biennio di osservazione e che sono iscritti ai sistemi di qualificazione. Il VR è calcolato tenendo conto delle *performances* del fornitore in esame registrate negli ultimi 24 mesi («periodo di osservazione» *rolling*). La frequenza di aggiornamento è mensile. Il punteggio si calcola con una media pesata di 4 indicatori di dettaglio: requisiti base, qualità, tempi e sicurezza.

⁴²⁷ P. CONIO – L. LEONE, *Gare pubbliche di servizi: verso un "indice reputazionale" per le imprese?*, in *FMI Facility management Italia*, n. 5/2009, p. 18.

⁴²⁸ D. SPINELLI, *Il modello Acea: oltre la retorica c'è chi cerca la vera concorrenza*, in *Edilizia e Territorio*, n. 6/2009, pp. 13 e ss., rileva, in particolare, che l'impiego di un criterio di aggiudicazione ulteriore rispetto ai due tassativi individuati dal legislatore, «fondato sul prezzo più basso corretto in ragione di un requisito di natura dichiaratamente soggettiva – ovvero l'affidabilità del concorrente misurata in rapporti

Per questo motivo si è intrapreso un processo, conclusosi con la previsione normativa del *rating* d'impresa nel Codice, volto ad estendere l'impiego dei criteri reputazionali a tutto l'ambito della contrattualistica pubblica. Questo passaggio, tuttavia, non è risultato semplice, trovando il principale ostacolo nel "trasferimento dell'informazione".

In effetti, nel modello in esame il sistema reputazionale è utilizzato esclusivamente rispetto all'insieme limitato dei fornitori qualificati Acea. In tal modo, il meccanismo incide solamente sul rapporto tra Acea e i suoi fornitori: visto che il soggetto che effettua la valutazione della prestazione è lo stesso che ne utilizzerà gli esiti in sede di gara, il processo esecuzione/valutazione/aggiudicazione si configura come un ciclo chiuso⁴²⁹.

Il *rating* di impresa, invece, come si vedrà, presuppone che le informazioni relative alla valutazione delle singole prestazioni siano raccolte dalle stazioni appaltanti di volta in volta coinvolte, ma che non siano utilizzate solamente da esse. A differenza del modello Acea, infatti, un sistema reputazionale generalizzato prevede che i dati sull'affidabilità delle imprese vengano fatti circolare tra le pubbliche amministrazioni, dal momento che il mercato di riferimento non è costituito da un unico soggetto appaltante.

Il passaggio dal modello particolare ideato da Acea a quello generale delineato dal *rating* di impresa, dunque, passa necessariamente attraverso la condivisione dei punteggi relativi agli indici reputazionali delle imprese. In questo quadro assume un ruolo fondamentale l'Autorità di vigilanza,

contrattuali diversi e precedenti -, potrebbe essere ritenuto radicalmente illegittimo». Pur ritenendolo ammissibile, poi, emergerebbe la questione del contrasto con il principio del divieto di commistione tra requisiti soggettivi e oggettivi, nonostante la posizione meno rigida assunta più recentemente dalla giurisprudenza.

⁴²⁹ G. GAITO, *op. ult. cit.*, p. 59.

che deve assicurare la diffusione dell'informazione e l'uniformità del metro di valutazione, in modo tale da garantire la trasferibilità dell'esperienza tra le varie stazioni appaltanti. In altre parole, l'indice reputazionale non è definito ed impiegato da un unico ente, ma è l'insieme delle stazioni appaltanti che formula, attraverso la mediazione dell'Autorità, il giudizio sintetico su ciascuna impresa, giudizio che potrà essere adoperato indifferentemente da una qualsiasi stazione appaltante al momento di entrare nuovamente in contatto con l'impresa in occasione di altre gare.

3.3. I precursori del rating d'impresa negli ordinamenti esteri

L'ordinamento statunitense è stata sicura fonte di ispirazione dell'evoluzione a livello europeo in materia di rilevanza della "reputazione professionale" delle imprese partecipanti alle gare pubbliche.

All'inizio degli anni Novanta del secolo scorso, infatti, gli Stati Uniti hanno portato avanti un'ampia riforma del sistema di *procurement* pubblico, che ha determinato per la prima volta l'aggiunta di valutazioni di tipo reputazionale tra i criteri di valutazione delle offerte, insieme alla qualità e al prezzo, per tutti i contratti di importo superiore ai 100.000

dollari⁴³⁰, stabilendo la necessità di codificare i requisiti per considerare la performance passata (*past performance*) del fornitore nelle gare⁴³¹.

La normativa nordamericana ha elaborato alcuni concetti in materia di esperienze passate degli operatori, indicando che per la valutazione delle prestazioni relative a precedenti contratti occorre considerare elementi quali il rispetto di costi e tempistiche prefissate, la capacità di collaborare con il “consumatore”, di soddisfare le sue aspettative nonché di prestare attenzione ai suoi interessi⁴³².

⁴³⁰ Di *past performance* come criterio di selezione delle offerte si è concretamente incominciato a parlare grazie all'intervento dell'*Office of Federal Procurement Policy* (OFPP), tramite la *Policy Letter 92-5* del 30 dicembre 1992. Con essa, il suddetto ufficio ha fissato nuove linee di indirizzo per i *Federal Departements* e le *Agencies*, volte a migliorare le condotte dei contraenti negli appalti pubblici tramite l'enfatizzazione delle loro prestazioni passate, nella fase di aggiudicazione. In tal senso, si suggeriva alle *Executive Agencies* di preparare valutazioni delle *performances* dei contraenti per gli appalti superiori alla soglia dei 100.000 dollari, così come, sempre per i medesimi contratti, di tenere in considerazione le *past performances* ai fini della loro aggiudicazione. I passaggi successivi sono stati quelli della ratifica da parte del Congresso della stessa *Policy Letter 92-5* tramite l'inclusione di quanto da essa previsto nel *Federal Acquisition Streamlining Act* (FASA) del 1994 e l'adozione nel maggio 1995, sempre da parte dell'OFPP, di una guida concernente le *best practices* relative all'utilizzo delle *past performances*. Fase finale del riconoscimento normativo del ruolo delle *past performances* è stata la modifica del *Federal Acquisition Regulation* (FAR), sempre nel 1995, così da dettare una disciplina specifica circa le modalità di raccolta e uso di questo nuovo indice di valutazione delle offerte.

⁴³¹ Sul punto cfr. L. GALLI – M. RAMAJOLI, *op. cit.*, e i riferimenti bibliografici dagli stessi Autori richiamati. Conformemente al senso comune e alle applicazioni che esse trovano nella contrattualistica privata, anche con riguardo ai contratti pubblici, si è ritenuto verosimile che un contraente con esperienze professionali solide possa eseguire in modo soddisfacente i futuri contratti. Ancora, l'utilizzo della *past performance* come criterio di selezione è stato considerato uno strumento idoneo a motivare i contraenti a comportarsi diligentemente, potendo una cattiva esecuzione rivelarsi causa della mancata aggiudicazione di futuri appalti. Da ultimo, ulteriore vantaggio ravvisato è stato quello di consentire alle amministrazioni di fondarsi su dati reali e concreti ai fini della scelta del contraente, basandosi così non solamente su proposte tecnico-economiche spesso complesse e lontane dalle reali capacità degli offerenti.

⁴³² Ai sensi del FAR § 42.1501, infatti, per *past performances* si intendono le «*relevant information, for future source selection purposes, regarding a contractor's actions*

Attualmente la normativa statunitense sugli acquisti prevede che le *Agencies* sono tenute a formulare i suddetti giudizi per tutti i contratti di valore eccedente i 150.000 dollari (c.d. *simplified acquisition threshold*), con cadenza almeno annuale, salvo l'obbligo di redigere una valutazione conclusiva, una volta giunti a piena esecuzione del contratto. I giudizi devono poi essere sottoposti al contraente, cui sono concessi quattordici giorni di tempo per formulare commenti o presentare informazioni aggiuntive. In caso di disaccordo sulla valutazione delle *performances*, è attribuita al privato la possibilità di presentare "ricorso gerarchico" interno all'amministrazione, cui in ogni caso è rimessa la decisione finale circa il giudizio in questione⁴³³.

L'amministrazione, ai fini della determinazione del livello delle *performances*, deve tenere in considerazione almeno sei fattori: «(i) *Technical (quality of product or service)*; (ii) *Cost control (not applicable for firm-fixed-price or fixedprice with economic price adjustment arrangements)*; (iii) *Schedule/timeliness*; (iv) *Management or business relations*; (v) *Small business subcontracting* (vi) *Other (as applicable)*

under previously awarded contracts. It includes, for example, the contractor's record of forecasting and controlling costs; the contractor's adherence to contract schedules, including the administrative aspects of performance; the contractor's history of reasonable and cooperative behavior and commitment to customer satisfaction; and generally, the contractor's business like concern for the interest of the customer». Da questa definizione discende poi la distinzione tra *past performance* e *prior experience*, la quale può costituire a sua volta ulteriore criterio di valutazione delle offerte. Se entrambe concernono le esperienze passate dell'offerente, la *prior experience* si riferisce al semplice fatto che il soggetto partecipante alla gara abbia già eseguito contratti pubblici o, in ogni caso, contratti rilevanti ai fini della sua esperienza in relazione all'oggetto della gara stessa. Dall'altro lato, la *past performance* fa riferimento alla "qualità" di queste prestazioni, più che alla loro mera esistenza. Da ciò traspare, quindi, la natura reputazionale dell'indice in questione.

⁴³³ Ad ogni modo, tanto i commenti quanto gli esiti della *review* andranno a formare un allegato necessario del giudizio, così da acquisire automaticamente rilievo qualora esso diventi oggetto di valutazione in successive procedure d'appalto.

(e.g., late or nonpayment to subcontractors, trafficking violations, tax delinquency, failure to report in accordance with contract terms and conditions, defective cost or pricing data, terminations)»⁴³⁴.

Le *Agencies* devono infine caricare questi giudizi, tramite appositi sistemi informatici, in un'unica banca dati nazionale (*Past Performance Information Retrieval System – PPIRS*), dove saranno conservate per non più di tre anni dalla piena esecuzione del contratto, così da essere direttamente consultabili da tutte le amministrazioni chiamate a considerare la *past performance* dei privati quale criterio di selezione in successive procedure a evidenza pubblica.

Il meccanismo reputazionale previsto dall'ordinamento statunitense dovrebbe costituire uno strumento per risolvere le asimmetrie informative tra domanda ed offerta nel mercato degli appalti pubblici, convertendo le imprese appaltatrici in veri e propri *partner* delle amministrazioni. Analogamente al modello Acea, inoltre, esso incide sulla fase di aggiudicazione⁴³⁵ e non su quella di qualificazione: le imprese che possiedono un indice reputazionale mediocre, quindi, possono comunque partecipare alla procedura, ma difficilmente riusciranno a vincerla. A differenza di quel modello, però, tutela maggiormente gli operatori privati, in quanto la valutazione non può essere pubblicata, ma viene impiegata esclusivamente ai fini delle procedure di gara. In breve, il *rating* d'impresa

⁴³⁴ Cfr. FAR § 42.1503 (b). La OFPP, *Best practices*, cit., fa invece riferimento a soli quattro fattori: *quality, cost control, timeliness, business relations*. Ogni fattore, poi, deve ricevere una valutazione conforme al *five scale rating system* previsto e specificato nel FAR: “*exceptional, very good, satisfactory, marginal, and unsatisfactory*”.

⁴³⁵ Quanto al “peso” della *past performance* in relazione agli altri criteri di aggiudicazione, pur in assenza di un'esplicita presa di posizione al riguardo nel FAR, l'OFPP Guide raccomanda di attribuirle una rilevanza pari a quella assegnata agli altri fattori, differenti dal prezzo, tenuti in considerazione dall'amministrazione appaltante, consigliando, in generale, un peso pari o superiore al 25% della valutazione complessiva.

statunitense dovrebbe rappresentare l'asse portante di una politica che ha tra i propri obiettivi la selezione dell'operatore economico virtuoso e che parimenti punisce, con la mancata aggiudicazione, l'impresa inaffidabile che non è in grado di rispettare quanto aveva promesso in sede di offerta⁴³⁶. Non può non rilevarsi, tuttavia, che già dal *White Paper* sulla *past performance* del 1997 negli Stati Uniti sono emerse incertezze sull'applicazione dell'istituto, dovute al carattere eccessivamente soggettivo dei giudizi forniti dalle singole amministrazioni sulle prestazioni dei privati nell'esecuzione dei contratti pubblici, nonché critiche in ordine al problema della discriminazione dei soggetti di recente ingresso sul mercato, privi di precedenti esperienze⁴³⁷, ma per questo non necessariamente inidonei ad eseguire con maggiore successo il contratto oggetto della procedura⁴³⁸.

⁴³⁶ In questi termini A. BOZZETTO, *La selezione degli offerenti*, in *I nuovi appalti pubblici: commento al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), Milano, Giuffrè, 2017, pp. 358 e ss.

⁴³⁷ Ancorché ai fini di prevenire una possibile discriminazione nei confronti dei soggetti di recente ingresso nel mercato, è lo stesso FAR a prevedere che, in caso di offerente privo del tutto di *past performances* o di *past performances* rilevanti ai fini del contratto oggetto della procedura, egli non potrà essere valutato né favorevolmente né sfavorevolmente in relazione alla *past performance*.

⁴³⁸ Tra gli altri problemi, si è lamentata: l'ampia discrezionalità delle amministrazioni nell'individuare quali tra i contratti precedentemente eseguiti dagli offerenti ritenere rilevanti ai fini dell'aggiudicazione; la tendenza delle *Agencies* a limitare le possibilità di chiarimento degli offerenti in relazione a precedenti giudizi negativi sulla *past performance*; il rischio che giudizi negativi in materia di *performance* possano costituire un'ipotesi di esclusione di fatto dai contratti pubblici, sfornita delle tutele garantite in relazione ai motivi di esclusione normativamente previsti. Non può infine trascurarsi la più volte riscontrata distanza tra le previsioni normative, che esaltano il ruolo della *past performance*, e la realtà dei fatti, per cui i *contracting officers* fanno spesso limitato ricorso a tale criterio di selezione, a fronte della scarsa qualità e affidabilità delle informazioni in materia di *performance*, anche tra quelle direttamente reperibili nei *database* pubblici.

È interessante notare come per certi aspetti sia paradossale che l'introduzione in Italia del sistema del *rating* reputazionale sia avvenuto proprio in un momento in cui gli Stati Uniti si stavano muovendo verso la riconsiderazione degli effetti del sistema e una parziale revisione/limitazione dell'uso di indicatori di prestazioni, ritenuti responsabili di aver burocratizzato eccessivamente il sistema degli appalti pubblici, introducendo meccanismi e procedure che spesso sono applicate dalle stazioni appaltanti americane in modo formale, senza una effettiva valutazione della qualità dell'esecuzione⁴³⁹.

3.4. Il rating nel diritto dell'Unione europea

A differenza dell'ordinamento statunitense, quello europeo ha sempre riconosciuto poca importanza al tema della reputazione della *performance* passata delle imprese che entrano in contatto con la pubblica amministrazione. Tradizionalmente, infatti, l'approccio europeo al *public procurement* ha sempre privilegiato il punto di vista dei soggetti economici privati a discapito di quello delle stazioni appaltanti. Detto altrimenti, ha costantemente subordinato il tema dell'efficienza degli acquisti della pubblica amministrazione a quello della trasparenza e dell'eguale trattamento degli operatori economici.

Fino all'approvazione delle direttive del 2014, pertanto, l'approccio europeo al tema della reputazione è stato caratterizzato dalla mancanza di normative specifiche a ciò dedicate, a fronte invece di un'applicazione

⁴³⁹ A. ROCCHIETTI MARCH, *op. cit.*, p. 1089.

diffusa dei criteri reputazionali in connessione con l'applicazione dei normali poteri discrezionali⁴⁴⁰.

Negli ultimi anni, invece, si è registrata un'apertura esplicita verso la valutazione delle esperienze passate.

Il primo passo in questa direzione è stato compiuto con la pubblicazione del Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici del 2011, che segnala espressamente l'ipotesi di considerare i risultati passati delle imprese.

Tale documento, da un lato, sottolinea come le direttive allora vigenti non prevedessero strumenti adatti a tener conto delle esperienze maturate nel passato dagli offerenti, dall'altro, evidenzia i possibili rischi di pratiche discriminatorie insite nella valorizzazione di criteri reputazionali, principalmente in relazione ai soggetti di recente ingresso nel mercato, privi di esperienza o dotati di esperienza inferiore a quella di operatori attivi già in precedenza. Si conclude, quindi, sul punto affermando che, qualora si introducano meccanismi di valutazione delle *performances* passate, sarebbe necessario «mettere in atto adeguate garanzie per assicurare parità di trattamento tra gli offerenti, trasparenza e una procedura equa»⁴⁴¹.

Sullo sfondo vi è la questione del rischio di commistione tra elementi soggettivi attenenti alla fase di qualificazione dell'impresa ed elementi oggettivi riguardanti invece la fase di valutazione qualitativa delle offerte ai fini dell'aggiudicazione.

L'individuazione dei soggetti da ammettere alla procedura e la valutazione delle offerte costituiscono, infatti, due momenti separati; il primo è diretto

⁴⁴⁰ C. RANGONE, *Il recepimento delle direttive appalti...cit.*, p. 23.

⁴⁴¹ Libro verde della Commissione europea, *La modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici*, 2011, p. 19, in www.ec.europa.eu.

all'individuazione dei soggetti idonei ad eseguire la prestazione, il secondo è invece diretto all'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁴⁴².

Attualmente l'art. 58, co. 4, della direttiva 2014/24/UE⁴⁴³, sui criteri di selezione relativi alle capacità tecniche e professionali delle imprese, stabilisce che le stazioni appaltanti possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano l'esperienza necessaria per

⁴⁴² Al riguardo, la Corte di giustizia, prima dell'entrata in vigore della direttiva 2014/24/UE, aveva ritenuto che, se è vero che, *“in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i criteri che possono essere applicati dalle amministrazioni aggiudicatrici non sono tassativamente elencati”* e quindi spetta alle amministrazioni aggiudicatrici la scelta dei criteri ch'esse intendono adottare per l'aggiudicazione dell'appalto, tuttavia *“tale scelta può riguardare soltanto criteri volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa”*; di conseguenza *“sono esclusi come criteri di aggiudicazione criteri che non siano diretti ad identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma che siano essenzialmente collegati alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad eseguire l'appalto di cui trattasi”*. (Corte di Giustizia UE, 24 gennaio 2008, causa 532/06, *Emm. G. Lianakis AE*, punti 29 e 30; 19 giugno 2003, causa 315/01, *GAT*, punti 63-64; 17 settembre 2002, causa 513/99, *Concordia Bus Finland*, punti 54 e 59; 18 ottobre 2001, causa 19/00, *SIAC Construction*, punti 35 e 36; 20 settembre 1988, causa 31/87, *Bentjees*, punto 19). Deve comunque osservarsi che la giurisprudenza italiana, ancora prima dell'entrata in vigore della nuova direttiva, *“pur dando continuità e riconfermando il fondamento del principio del divieto di commistione tra requisiti soggettivi dell'offerente e requisiti oggettivi dell'offerta”*, aveva assunto una posizione maggiormente flessibile in materia, aprendo agli elementi soggettivi nella valutazione delle offerte (Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2016, n. 3970; ma cfr. altresì ID., sez. V, 20 agosto 2013, n. 4191).

⁴⁴³ Già al Considerando 94 la direttiva specifica che *«qualora la qualità del personale addetto influisca sul livello dell'esecuzione dell'appalto, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche avere la facoltà di usare come criterio di aggiudicazione l'organizzazione, la qualifica e l'esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto in questione, in quanto ciò può incidere sulla qualità dell'esecuzione dell'appalto e, di conseguenza, sul valore economico dell'offerta»*. Per evitare, inoltre, che le imprese vincano la gara per merito della qualità di un personale che poi però effettivamente non impiegano in quel determinato appalto, la direttiva aggiunge che *«tale personale possa essere sostituito solo con il consenso dell'amministrazione aggiudicatrice che si accerta che il personale sostitutivo sia di livello qualitativo equivalente»*.

eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità. In particolare, le amministrazioni possono esigere che *«gli operatori economici dispongano di un livello sufficiente di esperienza comprovato da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza»*. Per quanto riguarda invece i criteri di aggiudicazione, il diritto dell'Unione europea prevede la possibile rilevanza della *«esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto»*, ma solo *«qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto»* (art. 67, co. 2, della direttiva 2014/24/UE)⁴⁴⁴.

Tali disposizioni sono state trasposte nei diversi ordinamenti europei, la maggior parte dei quali si è maggiormente attenuta al testo delle direttive, limitando la portata creativa delle norme di recepimento anche in relazione

⁴⁴⁴ La disposizione è stata recepita nel nostro ordinamento all'art. 95, comma 6, lett e) del Codice, che contempla fra i criteri di selezione proprio *«l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto»*. In base a questa previsione, l'ANAC è arrivata a sostenere che *«viene definitivamente superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica»*. (Cfr. ANAC, *Documento di consultazione sulle Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti, Offerta economicamente più vantaggiosa*, 28 aprile 2016, p. 6). Sul tema si è espresso anche il Consiglio di Stato con il parere n. 1767, reso il 2 agosto 2016 sulle linee guida ANAC: pur condividendo la riflessione sul superamento della rigida separazione tra i requisiti di partecipazione e i criteri di valutazione, ha sottolineato la criticità dell'ipotesi in cui i criteri soggettivi valutati in sede di aggiudicazione siano già considerati quali titoli di partecipazione. In quel caso, infatti, il problema non verterebbe solo sulla commistione ma anche sulla duplicazione di detti criteri. Pertanto, per evitare il rischio di apprezzare lo stesso elemento sia come titolo di accesso alla gara che come parametro di aggiudicazione, il Consiglio di Stato ha stabilito che *«la valutazione dell'offerta (relativamente a quegli aspetti) può legittimamente appuntarsi solo sulla parte eccedente la soglia richiesta per la partecipazione alla gara»*. Le Linee Guida n. 2 emanate dall'ANAC il 21 settembre 2016, nel recepire questo indirizzo, hanno aggiunto che ciò non deve tradursi in un *escamotage* per introdurre criteri dimensionali.

alla rilevanza da attribuire alla *past performance* nelle procedure a evidenza pubblica.

La Francia, con l'*Ordonnance n. 2015-899 du 23 juillet 2015*, ha riformato l'intera materia dei contratti pubblici, sinteticamente recependo quanto previsto dalla direttiva 2014/24/UE, e con il *Décret n. 2016-360 du 25 mars 2016* ha dato attuazione alla suindicata ordinanza.

Con l'art. 44 del decreto, in particolare, si è confermata la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di pretendere che i candidati abbiano un livello di esperienza sufficiente, in piena corrispondenza con quanto sancito dal già menzionato art. 58, direttiva 2014/24/UE.

I candidati che vogliono provare le proprie precedenti esperienze sono quindi chiamati ad allegare all'offerta una lista dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni, accompagnata dalle attestazioni di buona esecuzione per i lavori più importanti⁴⁴⁵.

Con riguardo alla valutazione delle offerte, invece, né l'ordinanza né il decreto fanno esplicito riferimento alle *past performances* delle imprese private ma, riproducendo quanto disposto dallo stesso art. 67, direttiva 2014/24/UE, si limitano a richiamare l'esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto, qualora la sua qualità possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione del contratto stesso.

Ai sensi dell'art. 48, comma I, *Ordonnance n. 2015-899*, infine, in piena corrispondenza alle previsioni dell'art. 57, direttiva 2014/24/UE, le carenze gravi o persistenti nell'esecuzione di un contratto pubblico o di una

⁴⁴⁵ D'altro canto, l'esigenza che il rilievo attribuito alle precedenti esperienze non pregiudichi i principi di non discriminazione e di piena tutela della libera concorrenza si concretizza nell'esplicita previsione per cui l'assenza di riferimenti a contratti pubblici precedentemente eseguiti non possa di per sé giustificare l'eliminazione del candidato.

concessione, verificatesi nei tre anni precedenti, possono rilevare quale causa di esclusione facoltativa dell'offerente⁴⁴⁶.

Il comma II della medesima disposizione, tuttavia, ribadisce altrettanto espressamente che il concorrente non possa essere escluso senza che gli sia data la possibilità di dimostrare le sue attuali e piene professionalità e affidabilità⁴⁴⁷.

Analoghe considerazioni possono essere mosse anche riguardo al modello britannico.

The Public Contracts Regulations 2015, n. 102, infatti, si sono limitate a riprodurre pedissequamente i contenuti della direttiva 2014/24/EU.

Pertanto, l'art. 58 delle *Regulations* prevede che, in relazione alla qualificazione tecnico-professionale di candidati, le amministrazioni possano richiedere l'indicazione dei contratti precedentemente eseguiti, a riprova del sufficiente livello di esperienza del privato.

Allo stesso modo, nei criteri di aggiudicazione si fa riferimento all'esperienza del personale, mentre carenze gravi o persistenti nell'esecuzione di un contratto pubblico o di una concessione costituiscono una causa di esclusione facoltativa.

Di maggiore interesse è la *Procurement Policy Note 25 March 2015, n. 4* del *Cabinet office* e del *Crown Commercial Service*, con cui vengono disciplinati i criteri di valutazione delle esperienze professionali ai fini della qualificazione degli offerenti (*Part A*) e gli obblighi di rilascio di certificati e di raccolta di informazioni delle singole amministrazioni,

⁴⁴⁶ I giudici amministrativi e le amministrazioni francesi hanno più volte specificato e limitato tale previsione. L'esclusione, infatti, non può fondarsi solamente sulle carenze nell'esecuzione di contratti antecedenti, dovendo l'amministrazione appaltante dimostrare che le mancanze siano tali da mettere in dubbio la reale capacità del candidato di eseguire in maniera soddisfacente il contratto oggetto della procedura.

⁴⁴⁷ L. GALLI – M. RAMAJOLI, *op. cit.*, pp. 74 e ss.

rispettivamente in relazione all'esecuzione dei contratti pubblici o allo svolgimento di procedure concorsuali volte alla loro aggiudicazione (*Part B*)⁴⁴⁸.

Da ultimo la *Policy Note* stabilisce che le amministrazioni siano tenute a trasmettere al *Crown Commercial Service* tutti i *certificates* e le altre informazioni raccolte in sede di gara ai fini della valutazione delle *past performances* dei concorrenti, così da permettere la creazione di un apposito *database* centrale, volto a facilitare la ricerca dei dati per gli appalti futuri.

3.5 Il rating nell'ordinamento nazionale

Dalla breve esposizione che precede è possibile evidenziare come il modello d'ispirazione del *rating* d'impresa sia sicuramente statunitense. Tuttavia il Codice del 2016 si emancipa dal modello d'origine per disegnarne uno autonomo, il quale intende porsi come vero e proprio "sistema" per utilizzare il linguaggio codicistico⁴⁴⁹. Il codice nazionale, infatti, obbedisce ad una logica ispiratrice in parte diversa da quella

⁴⁴⁸ La *Part A* concerne la *past performance* quale criterio di selezione degli offerenti e si prevede che le amministrazioni devono ritenere "soddisfacenti" le esperienze di un'impresa privata che attesti la corretta esecuzione dei propri principali contratti pubblici negli ultimi tre anni. La *Part B*, invece, riguarda la valutazione delle prestazioni degli appaltatori in sede di esecuzione dei contratti pubblici e si prevede che le amministrazioni sono chiamate a rilasciare appositi *certificates* sulla qualità delle prestazioni, per i quali è individuato uno specifico obbligo di motivazione qualora l'esecuzione sia ritenuta non soddisfacente.

⁴⁴⁹ Nel modello statunitense sono le singole amministrazioni a rilasciare e condividere con le altre i certificati relativi alle *performances* degli aggiudicatari dei vari contratti, di modo che possano essere valutati nell'ambito di nuove procedure concorsuali. Il Codice nazionale, invece, prevede un indice unico riassuntivo della "qualità" delle esperienze professionali passate, che è regolato e gestito dall'Autorità di settore.

nordamericana, essendo la nuova disciplina pervasa dalla logica della lotta alla corruzione⁴⁵⁰.

Per quanto riguarda poi le differenze tra disciplina francese e britannica, da un lato, e disciplina italiana, dall'altro, Francia e Gran Bretagna si sono limitate a trasporre nel proprio ordinamento un testo sostanzialmente identico a quello della direttiva.

Quindi in questi due Stati membri le *past performances* rilevano solo in relazione alla valutazione dei candidati, per la loro qualificazione o esclusione, senza che possano assumere un valore premiale o penalizzante nell'ambito della considerazione delle offerte.

In secondo luogo, in tali paesi manca un vero e proprio sistema di *rating*, ossia un indice unico della reputazione professionale delle imprese. L'aver introdotto nel modello italiano, anziché singole valutazioni rilasciate da ogni amministrazione, un indice unico, è coerente con il sistema complessivo in materia di contratti di lavori pubblici, dal momento che in Italia vige, per lavori di importo superiore a 150.000 euro, la qualificazione preventiva a carattere obbligatorio, che si contrappone al sistema di qualificazione gara per gara, in uso in Francia e Gran Bretagna.

Il modello di *rating* reputazionale introdotto in Italia si fonda su due distinti articoli della legge delega, concepiti, però, per segmenti di disciplina molto diversi tra loro e rispondenti a logiche differenti.

Da un lato, come anticipato, la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, all'art. 1, comma 1, lett. *uu*), assegna al legislatore delegato il compito di

⁴⁵⁰ Nell'ordinamento statunitense, poi, la reputazione incide non solo nella fase di valutazione delle offerte, ma anche nella precedente fase di accertamento dei requisiti delle imprese. Sotto questo profilo, come si vedrà, il correttivo al codice ha avvicinato il ruolo della *past performance* nel nostro ordinamento a quello dalla stessa giocato nell'ordinamento statunitense,

procedere alla “revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici in base a criteri di omogeneità, trasparenza e verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all’impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite, introducendo, inoltre, misure di premialità, regolate da un’apposita disciplina generale fissata dall’ANAC con propria determinazione e connesse a criteri reputazionali basati su parametri oggettivi e misurabili e su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell’esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi, nonché assicurando gli opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di rating di legalità”.

Dall’altro, la stessa legge delega, all’art. 1, comma 1, lett. q), prefigura un *“un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell’ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia e individuando le norme del codice la cui violazione determina la comminazione di sanzioni amministrative da parte dell’ANAC”.*

La legge delega, quindi, in un articolo fa esclusivamente menzione a *“misure di premialità”* connesse a criteri reputazionali nel contesto di un processo modificativo del sistema di qualificazione delle imprese, nell’altro articolo, invece, parla di un vero e proprio *“sistema”* di penalità e di premialità, in un’ottica di lotta alla corruzione e di garanzia della trasparenza nel settore.

Il Codice, nella prima versione, ha assemblato tutto e disegnato un unico istituto all’art. 83, comma 10, prevedendo la creazione del *“sistema del*

rating di impresa e delle relative penalità e premialità”, “connesso a requisiti reputazionali”, definiti mediante linee guida ANAC, applicabile “ai soli fini della qualificazione delle imprese”, “per il quale l’Autorità rilascia apposita certificazione”.

Il legislatore ha inserito poi un elemento avulso dalla logica di un *rating* reputazionale, stabilendo che *“rientra nell’ambito dell’attività di gestione del suddetto sistema la determinazione da parte di ANAC di misure sanzionatorie amministrative nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici”*.⁴⁵¹

Al *rating* sono stati affidati, quindi, scopi eccedenti quelli tipici dei meccanismi reputazionali, in quanto era concepito non solo per assicurare

⁴⁵¹ L’art. 83, comma 10, del Codice, nel testo in vigore dal 19 aprile 2016 al 19 maggio 2017 (prima delle modifiche apportate dal d.lgs n. 56/2017) recitava: *“è istituito presso l’ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative penalità e premialità, da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, per il quale l’Autorità rilascia apposita certificazione. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell’impresa. L’ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice. Rientra nell’ambito dell’attività di gestione del suddetto sistema la determinazione da parte di ANAC di misure sanzionatorie amministrative nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi. I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, del rating di legalità rilevato dall’ANAC in collaborazione con l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell’articolo 213, comma 7, nonché dei precedenti comportamentali dell’impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell’esecuzione dei contratti, all’incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto. Tengono conto altresì della regolarità contributiva, ivi compresi i versamenti alle Casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti”*.

l'affidabilità dell'operatore economico e la qualità della prestazione finale, ma anche per contrastare la corruzione nel settore degli appalti. Non solamente, dunque a garanzia della qualità, ma anche della legalità, in un contesto in cui erano crescenti le richieste di garanzie in questo senso ai destinatari di risorse pubbliche (dal *rating* di legalità ai protocolli di legalità).

La duplice funzione originariamente assegnata al *rating* spiegava anche perché allo stesso venissero collegate sia premialità, sia penalità: si premiavano le imprese offerenti le maggiori garanzie di affidabilità e si punivano coloro che non lottavano contro la corruzione, non avendo denunciato o avendo tardivamente denunciato richieste estorsive e corruttive.

L'ANAC, dopo aver posto in pubblica consultazione una prima versione delle linee guida alla stessa demandate dal legislatore, ha adottato l'Atto di segnalazione del 1° febbraio 2017, n. 2, nel quale ha espresso le proprie considerazioni sull'istituto in oggetto e sulla relativa normativa di riferimento.

In particolare, pur riconoscendo e condividendo il rilievo degli obiettivi connessi all'introduzione dello stesso, l'Autorità ha indicato alcuni interventi di chiarimento e correzione della disciplina ritenuti auspicabili ai fini dell'implementazione del *rating*.

Buona parte delle proposte di revisione normativa avanzate dall'ANAC⁴⁵² sono state recepite dal d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56, correttivo al Codice, il cui art. 52 ha modificato profondamente l'architettura del *rating* d'impresa.

⁴⁵² In sintesi, tra i principali elementi oggetto della segnalazione si ravvisano:

- 1) la previsione, nella prima stesura dell'art. 83, comma 10, a differenza di quanto stabilito nella legge delega, che il *rating* fosse basato su un sistema di "penalità e premialità"; in questo senso si legge "in disparte ogni considerazione in ordine alla coerenza tra il decreto delegato e la legge delega, ciò che rileva

nell'economia della segnalazione è evidenziare come il sistema di past performance che sia basato esclusivamente su misure di premialità dovrebbe essere per tale ragione su base volontaria. Viceversa, un sistema che contempla penalità deve necessariamente essere obbligatorio, in quanto nessuno chiederebbe una valutazione che possa penalizzarlo”.

- 2) Il collegamento dell'istituto del *rating* di impresa all'accesso alla gara, soltanto per la qualificazione dei lavori, come sembrava emergere dal dato letterale dell'art. 83, comma 10, in combinato disposto con l'art. 84, comma 4, costituiva, ad avviso dell'Autorità, una limitazione irragionevole del suo impiego in considerazione delle dimensioni dei mercati dei servizi e delle forniture e delle numerose criticità riscontrate in relazione all'esecuzione dei relativi affidamenti: *“il rating, così come costruito dalla normativa vigente, vale a dire concepito come un sistema di premialità e penalità da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, rischierebbe di risolversi in un notevole aggravio burocratico per le imprese, le stazioni appaltanti e, in ultima analisi, l'Autorità”.*
- 3) La necessità di coordinare correttamente il *rating* d'impresa con il diverso istituto del *rating* di legalità, nel rispetto di quanto prescritto dalla legge delega. Quest'ultima, infatti, all'art. 1, co. 1 lett *uu*), impone al legislatore delegato di tenere in considerazione il *rating* di legalità nella revisione del sistema di qualificazione e non anche, come di converso stabilito dall'art. 83, comma 10, di rendere il *rating* di legalità un indicatore del *rating* d'impresa. Ciò soprattutto tenuto conto del fatto che l'opzione prescelta dal legislatore delegato pone un problema di sovrapposizione tra elementi (richiamati nel *rating* di legalità) che sono già presi in considerazione da specifiche norme (v. art. 80 del Codice) ai fini dell'accesso alla gara.
- 4) L'opportunità di intervenire in via correttiva sulla strutturazione del *rating*, per quanto concerne, in particolare, gli indicatori costitutivi dello stesso, avendo come obiettivo quello di individuarne pochi, facilmente misurabili, oggettivi ed effettivamente espressivi della *past performance* dell'impresa esecutrice. In alcuni casi, infatti, gli elementi individuati nella prima stesura dell'art. 83, comma 10, non risultavano chiari indici della pregressa esperienza degli operatori economici e comportavano il rischio di un aggravio di oneri amministrativi e burocratici al sistema nel suo complesso. Secondo l'Autorità, ad esempio, andavano espunti tutti quegli elementi spuri, quali il riferimento alla capacità strutturale delle imprese (già oggetto di valutazione in sede di qualificazione, che, peraltro, prestava il fianco a trattamenti discriminatori per determinate imprese, avuto riguardo ai diversi modelli adottati e alle differenti strutture possedute). Sotto altro diverso profilo non era chiaro il riferimento al potere sanzionatorio dell'ANAC nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari

In primo luogo il *rating* è divenuto solo premiale, in quanto il correttivo ha provveduto a sopprimere il riferimento originale alle penalità.⁴⁵³

È stato affiancato, quindi, al *rating* d'impresa un non altrimenti determinato “*sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici*”.

L'istituzione di questo sistema è stata demandata alle stesse linee guida ANAC intese a disciplinare il *rating* d'impresa, le quali avrebbero dovuto prevedere anche “*uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia*”.

Il correttivo ha, altresì, trasformato il *rating* d'impresa da obbligatorio a facoltativo. Esso, infatti, è divenuto a base volontaria, venendo rilasciato “*su richiesta*”⁴⁵⁴.

Le due modifiche d'impostazione sono tra loro collegate, nel senso che l'aver reso il *rating* solo premiale comporta anche la sua facoltatività.

A conferma della premialità, il correttivo è intervenuto a modificare anche l'art. 93, comma 7, ove è previsto che l'importo della garanzia per la partecipazione alle procedure di gara sia ridotto del 30% per gli operatori economici in possesso del *rating* d'impresa; inoltre l'art. 95, relativo ai criteri di aggiudicazione dell'appalto, dispone che anche il *rating*

di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi.

⁴⁵³ Siffatta soppressione è motivata espressamente, come emerge dal Dossier di accompagnamento al correttivo, con l'intento di conformarsi alla legge delega, che aveva previsto il *rating* d'impresa come misura non penalizzante ma di premialità, connessa a criteri reputazionali.

⁴⁵⁴ Sotto questo profilo il testo originario del Codice era elusivo, con conseguente problema di certezza del diritto, anche se l'art. 84, comma 4, lett. d) faceva propendere nel senso dell'obbligatorietà del *rating* con lo stabilire che le SOA “*attestano[...] il possesso di certificazione del rating d'impresa*”.

d'impresa costituisce criterio premiale per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Come auspicato dall'ANAC, quindi, è stato ampliato l'ambito applicativo dell'istituto, il quale consente di premiare le imprese maggiormente affidabili per il committente pubblico non solo nella fase dell'ingresso, ma anche in termini di entità della cauzione richiesta al momento della partecipazione alla gara e in sede di valutazione dell'offerta.

Diversamente, la proposta di estenderne l'applicabilità anche ai settori dei servizi e delle forniture non ha trovato accoglimento.

L'attribuzione di rilevanza alle sole *past performances* propriamente intese spiega anche la scomparsa del riferimento al *rating* di legalità, che è inteso a valutare la moralità degli operatori economici⁴⁵⁵.

Come osservato, l'efficacia del *rating* d'impresa si fonda su una corretta individuazione dei requisiti reputazionali da valorizzare. La legge delega ha previsto che gli indicatori costitutivi del *rating* debbano essere oggettivi, facilmente misurabili ed effettivamente espressivi della *past performance* dell'impresa. Il Codice si è spinto a dettare una disciplina maggiormente di dettaglio e, anche sul punto, come auspicato dall'ANAC, si è registrata un'evoluzione, dal momento che il correttivo è intervenuto in senso profondamente modificativo rispetto al testo originario⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ Il *rating* di legalità, introdotto dall'art. 5-ter, d. l. n. 1/2012, è *rating* etico e non prestazionale e il compito di elaborarlo e attribuirlo alle imprese su istanza di parte è affidato all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato. Esso è di tipo premiale per le imprese che adeguano la propria organizzazione allo scopo di prevenire gli illeciti ed eventualmente si autoimpongono standard di condotta più virtuosi da quelli normativamente fissati e assume rilevanza essenzialmente in sede di concessione di finanziamenti pubblici da parte delle amministrazioni e in sede di accesso al credito bancario.

⁴⁵⁶ È stato espunto, ad esempio, il riferimento alla capacità strutturale e tra le pregresse condotte valutabili è stato soppresso l'originario riferimento alla valutazione della regolarità contributiva, in quanto già autonoma causa di esclusione. Altro indice

Nel documento posto in pubblica consultazione dall'11 maggio al 29 giugno 2018, l'ANAC ha predisposto una prima versione del testo delle Linee guida, seguito da una nota esplicativa.

In tale nota si offrono, in particolare, ai destinatari della consultazione diverse opzioni relative alle scelte da operare.

Con riguardo ai requisiti reputazionali, l'Autorità, dopo aver premesso che i requisiti individuati dal Codice non hanno natura tassativa, li suddivide in due gruppi: requisiti relativi alla fase di esecuzione, che riguardano i comportamenti tenuti dell'esecuzione del contratto⁴⁵⁷ e requisiti preclusivi,

reputazione su cui è intervenuto il correttivo riguarda non una condotta virtuosa, bensì una mancanza di condotta non virtuosa, ossia l'elemento della litigiosità giudiziaria dell'impresa. La versione definitiva del Codice non faceva più riferimento, come la precedente, all'assenza di contenzioso, bensì alla "incidenza" del contenzioso stesso. Tale termine, tuttavia, non è stato ancora ritenuto sufficientemente adeguato ed è stato sostituito: oltre alla "incidenza" dovranno essere valutati gli "esiti" del contenzioso.

⁴⁵⁷ Sui primi l'ANAC richiede alla stazione appaltante di compilare una scheda con indicatori relativi a:

- a) mancato utilizzo del soccorso istruttorio. Si tratta, in questo caso di una verifica effettuata sull'affidatario, pertanto, ciò che si deve accertare è se l'affidatario ha presentato tutta la documentazione necessaria richiesta nei documenti di gara, ovvero vi sia stato ricorso al soccorso istruttorio;
- b) gestione della documentazione contrattuale, nel senso che l'operatore economico produca i prescritti documenti dalla stipula del contratto di ultimazione dei lavori o dei servizi o al momento della consegna delle forniture, ad esempio atti necessari alla stipula del contratto, al subappalto, alla contabilizzazione e liquidazione delle prestazioni, alle certificazioni sulle prestazioni svolte, ecc.;
- c) rispetto delle misure in materia di sicurezza sul lavoro, sebbene si tratti di elemento già sottoposto alla valutazione nell'ambito del diverso *rating* di legalità rilasciato dall'AGCM;
- d) rispetto dei tempi di esecuzione. Questa voce si presenta complessa, poiché, come osserva l'ANAC, in alcuni casi i ritardi nell'esecuzione sono dovuti a decisioni della stazione appaltante o a cause di forza maggiore. Devono quindi essere considerati i fattori che incidono sui tempi, quali ad esempio lo slittamento del termine di avvio delle attività contrattuali per esigenze della stazione appaltante o per cause di forza maggiore o la modifica dei contratti richiesta dalla stazione appaltante;

non direttamente collegati all'esecuzione, che prevedono il mancato rilascio del *rating* o l'impossibilità di raggiungere determinati punteggi⁴⁵⁸. I meccanismi reputazionali così individuati hanno posto il delicato problema del trattamento da riservare alle piccole e medie imprese (P.M.I.) e alle imprese c.d. nuove entranti. Nel nostro paese, infatti, le P.M.I. continuano ad avere barriere d'accesso molto elevate al mercato pubblico. Innanzitutto, l'Autorità ha dovuto individuare che cosa si intenda per nuovi entranti e se tutti i nuovi entranti debbano essere trattati in modo analogo. Sicuramente si tratta delle imprese di nuova costituzione e delle imprese estere che si affacciano per la prima volta al mercato italiano. Tra di loro rientrano, però, anche i soggetti che cambiano compagine sociale per eludere vincoli alla partecipazione derivanti da comportamenti del passato. Salva quest'ultima ipotesi, che impone la ricerca di soluzioni volte a scoraggiare comportamenti opportunistici, è stato osservato che il

e) rispetto dei costi di esecuzione, elemento che non può prescindere anche in questo caso da considerazioni in ordine alle esigenze espresse e ai comportamenti contrattuali della stazione appaltante;

f) assenza di contenziosi da parte dell'amministrazione sulla qualità dell'esecuzione, che si traduce in assenza di contestazioni o di penali per inadempimenti anche parziali o per qualità del prodotto difformi da quelle previste in sede di offerta;

g) corretta gestione del personale dipendente e dei subappaltatori, consistente rispettivamente nel regolare pagamento delle retribuzioni e nella liquidazione dei compensi ai subcontraenti.

⁴⁵⁸ I requisiti preclusivi attengono ad elementi che connotano l'impresa a prescindere dall'esecuzione del contratto e che si riferiscono a comportamenti occasionali. Per essi l'ANAC propone la natura inibitoria per il rilascio del *rating* di impresa o la relativa riduzione del punteggio "*indipendentemente dal comportamento nella fase di esecuzione*".

L'art. 83, comma 10, del Codice già individua alcuni requisiti preclusivi, quali, come rilevato, l'incidenza del contenzioso e le disposizioni sulla denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive. Su questo secondo punto occorre considerare che la denuncia di tentativi di estorsione o corruzione è un elemento meritorio che dovrebbe essere premiato, ma tale premio non può andare a discapito degli operatori economici che non hanno subito tali tentativi.

trattamento dei *new comers* non può essere risolto attribuendo di *default* il giudizio massimo di affidabilità, in quanto si tratta di imprese che non hanno una storia contrattuale da valutare e la reputazione è un elemento che si acquisisce nel tempo, comportandosi correttamente sul mercato.

Si deve evitare che tali imprese, non avendo ancora potuto accumulare premialità, siano svantaggiate indebitamente. Si è proposto quindi, che le imprese nuove entranti siano valutate in ragione del loro livello di innovatività, oppure mediante l'introduzione di meccanismi *ad hoc*.

Altro problema era quello della non discriminazione di imprese estere. Su questo punto l'ANAC nella bozza di Linee guida in materia, ha previsto che l'impresa autocertifichi la propria attività, salva verifica da effettuare in "*collaborazione con le rappresentanze diplomatiche di appartenenza*" dei requisiti necessari e autocertificati dalle imprese.

L'Autorità ha predisposto anche una nuova bozza da sottoporre alla terza fase di consultazione pubblica e al successivo parere del Consiglio di Stato, imprescindibile nel procedimento di emanazione di linee guida di natura vincolante, come quelle in questione⁴⁵⁹.

A tal fine, il 28 gennaio 2020 si è tenuta presso la sede dell'ANAC una giornata di studio con venti *stakeholders*, in rappresentanza di amministrazioni pubbliche, istituzioni e associazioni di categoria⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ Cfr. l'intervento degli allora componenti del Consiglio dell'ANAC in occasione del Convegno sul *rating* d'impresa, di legalità e di sostenibilità come strumenti di prevenzione e opportunità per le p.m.i., 9 dicembre 2019.

⁴⁶⁰ Si veda la relativa notizia in <https://www.anticorruzione.it/-/giornata-di-studio-anac-con-20-stakeholder-per-giungere-alla-messa-a-punto-dell-istituto-premiale>. L'incontro è stato finalizzato a raccogliere spunti, suggerimenti e criticità in vista della redazione delle linee guida che l'Autorità porrà prossimamente in consultazione. Alla giornata di studio hanno partecipato, oltre al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Agcm, Ageas, Agid, Aifa, Ance, Anci, Anip, Assionime, Confartigianato, Confapi Aniem, Confcooperative, Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, Confindustria, Confservizi, Consip, Finco, Legacoop, Oice e Upi. A questi è stato sottoposto un

Questa è stata l'ultima iniziativa ufficiale assunta dall'Autorità nel tentativo di giungere alla definizione di un sistema reputazionale di *rating* di impresa.

Nell'ambito della Relazione annuale dell'ANAC alla Camera del 18 giugno 2021⁴⁶¹ si legge infatti che *“per quanto concerne il rating di impresa, il 28 gennaio 2020 si è svolta una riunione con la presenza di 20 stakeholder in rappresentanza degli operatori economici, delle stazioni appaltanti e delle istituzioni che hanno esaminato un nuovo documento contenente un elenco di indicatori per il rating, relativi a verifiche che le stazioni appaltanti devono svolgere in fase di esecuzione, così come previsto dalla normativa vigente. Al di là degli oneri sottesi all'implementazione di un tale sistema⁴⁶², si è registrata una forte contrarietà delle associazioni rappresentanti gli operatori economici, in considerazione dei ritenuti elevati elementi di discrezionalità riconosciuti*

Documento di Studio sulle future linee guida in materia di “Istituzione del *rating* di impresa e delle relative premialità”, con richiesta di far pervenire osservazioni/contributi.

⁴⁶¹ Cfr. Relazione annuale sull'attività svolta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nel 2020, pubblicata in www.anticorruzione.it, p. 206.

⁴⁶² Come osservato, la mancanza di chiare indicazioni teleologiche da parte del legislatore ha reso gravosa l'implementazione del *rating* d'impresa, lasciando aperte molte questioni.

Il Codice, in particolare, ha attribuito all'ANAC una delega in bianco in ordine alle modalità di rilascio della certificazione del *rating* e dei soggetti competenti a rilasciarla. Non era chiaro così se fossero a tal fine da impiegare le SOA che già qualificano gli esecutori di lavori pubblici oppure se il potere dovesse essere riconosciuto ad altri diversi soggetti. Parimenti è stata demandata all'ANAC la determinazione delle ipotesi in cui avrebbe dovuto essere richiesto il *rating* d'impresa da parte delle stazioni appaltanti e i criteri con i quali queste ultime avrebbero attribuito rilevanza al certificato e ai valori riportati. Trattasi quest'ultimo di segmento della disciplina molto delicato, come emerge dallo sguardo comparatistico, il quale ha anche evidenziato come i giudizi positivi in materia di *past performance* debbano necessariamente portare con sé la possibilità da parte delle imprese di fornire chiarimenti ed eventualmente di adire le vie paragiurisdizionali e giurisdizionali a tutela della loro reputazione.

alle stazioni appaltanti, in un contesto in cui non si è ancora proceduto alla qualificazione delle stazioni appaltanti e alla formazione adeguata dei RUP. Per tali ragioni, l'Autorità ha ritenuto opportuno sospendere le attività per la predisposizione delle relative Linee guida e di condurre ulteriori approfondimenti, con un orizzonte più ampio che coinvolga anche il sistema di qualificazione”.

4. Cenni sulla qualificazione delle stazioni appaltanti

L'inclusione della reputazione nelle procedure di scelta dei contraenti presuppone necessariamente il riconoscimento di un maggiore margine di discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti.

Come osservato, tale circostanza ha costituito una delle principali preoccupazioni degli operatori di settore, in mancanza di una compiuta implementazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, teso ad una riduzione e professionalizzazione delle pubbliche amministrazioni abilitate ad esperire le procedure di gara⁴⁶³.

Appare utile, allora, al fine di poter formulare alcune osservazioni sulla possibile evoluzione dell'istituto del *rating* d'impresa e dell'intero sistema di qualificazione degli operatori economici, una breve disamina sul tema della qualificazione delle stazioni appaltanti, anch'essa introdotta, come osservato dal legislatore del 2016.

⁴⁶³ «Nel convincimento in virtù del quale la riduzione del numero delle stazioni appaltanti e la maggiore qualificazione delle stesse appaiono rappresentare il reale e auspicato obiettivo di un concreto efficientamento del sistema degli appalti pubblici». Sul punto M. BRUSONI – N. CUSUMANO, *Qualificazione delle stazioni appaltanti: il ruolo chiave delle competenze*, in www.forumpa.it (sez. “Temi”, “PA digitale”), 7 settembre 2016.

Questa ha rappresentato una delle riforme probabilmente più ambiziose nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici, prevedendo la graduazione del potere di acquisto delle stazioni appaltanti sulla base del possesso di requisiti di capacità "di base" (ad esempio, disponibilità di una piattaforma di *e-procurement*, numero di gare svolte nell'ultimo quinquennio, misure organizzative, iniziative formative) e "premianti" (ad esempio, misure anticorruzione, tasso di soccombenza nel contenzioso).

Come osservato da attenta dottrina⁴⁶⁴, il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti costituisce non solo indubbiamente una delle più rilevanti novità della riforma degli appalti pubblici; ma innovativa appare, più in generale, dopo i tanti anni di celebrazione dell'esternalizzazione come rimedio all'inefficienza endemica della pubblica amministrazione, l'attenzione rivolta dal legislatore all'apparato pubblico preposto a una funzione centrale come quella di gestione dei contratti con l'intento di riqualificarlo secondo standard di professionalità ed efficacia, affinché sia posto in grado di svolgere in modo idoneo la funzione stessa.

Il legislatore del 2016 si è premurato di elencare in maniera sufficientemente puntuale una serie di parametri dei quali necessariamente tenere conto nella definizione delle modalità attuative del sistema di qualificazione⁴⁶⁵.

Nello specifico la regolamentazione della qualificazione delle stazioni appaltanti è contenuta nel combinato disposto degli articoli 37 e 38 del Codice, con rinvio strutturale e operativo a fonti secondarie.

⁴⁶⁴ M.P. GUERRA, *Dalla spending review a un "sistema" del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti tra centralizzazione e policentrismo*, in *Astrid Rassegna*, www.astrid-online.it, 2016, n. 20.

⁴⁶⁵ Sulle disposizioni in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti è intervenuto anche il correttivo al Codice di cui al d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56.

In particolare, avrebbe dovuto essere adottato un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri⁴⁶⁶ per la definizione dei requisiti tecnico-organizzativi necessari per l'iscrizione delle stazioni appaltanti qualificate istituito presso l'ANAC.

Le suindicate convergenze decisionali non sono sfociate, tuttavia, in un d.P.C.M. idoneo a consentire l'attuazione dell'art. 38 del Codice, con conseguente inoperatività del sistema di qualificazione e protrarsi dei tempi di raggiungimento degli obiettivi a questo presupposti⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ Ai sensi dell'art. 38, comma 2, il decreto era da adottarsi, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per la semplificazione della pubblica amministrazione, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del Codice, di intesa con la Conferenza unificata e sentita l'ANAC.

Si è argomentato da più parti che il previsto codificato concorso di una pluralità di soggetti nell'emanazione del decreto in parola sembrasse trovare giustificazione nella rilevanza giuridica ed operativa della fonte e nella conseguente avvertita necessità di veder comunque garantita, nella sua elaborazione, un'adeguata ponderazione.

⁴⁶⁷ Secondo l'ANAC «la riduzione del numero delle stazioni appaltanti permetterà a quelle che ottengono la relativa qualificazione di operare, non solo per se stesse, ma anche per altre amministrazioni non qualificate, ovvero dotate di altra specializzazione; le stazioni appaltanti potranno, quindi, utilizzare la propria professionalità nella gestione delle gare per aumentare la qualità dei servizi offerti ed attrarre altre amministrazioni, giungendo a migliorare l'efficienza e la produttività del Paese. L'aggregazione della domanda consentirà, dunque, alla pubblica amministrazione di acquisire beni e servizi, ovvero di realizzare opere a prezzi più competitivi e con una qualità superiore. Il sistema di qualificazione rappresenta, così, un mezzo utile a realizzare economie di scala, sia per l'aumento di concorrenzialità, con offerta di servizi migliori sul mercato, sia per la maggiore professionalità nella gestione della commessa pubblica, che ne possono conseguire. La riduzione degli enti preposti all'acquisizione e gestione dei contratti pubblici, dovrebbe avere un impatto positivo anche sulla spesa pubblica, in quanto si potranno liberare risorse all'interno delle amministrazioni non qualificate che potranno essere utilizzate per altri compiti; le stesse, inoltre, verranno sollevate da alcuni oneri organizzativi, pur potendo aggiudicarsi servizi migliori. È consentito, infatti, ai soggetti che non riescono a qualificarsi sulla base della propria struttura operativa, di associarsi o consorziarsi con altre stazioni appaltanti, così da ottenere una qualificazione attraverso la sommatoria dei requisiti». Cfr. *Relazione annuale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione sull'attività svolta nel 2022*, in www.anticorruzione.it.

Nel febbraio 2018 era stato reso noto che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti aveva predisposto e trasmesso, per l'acquisizione del parere, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri uno "schema" del d.P.C.M., composto da 11 articoli e corredato da una relazione "illustrativa" ed una "tecnica"⁴⁶⁸.

Tale "bozza" di decreto, mai tradottasi in formale provvedimento, prevedeva ambiti di attività, quattro livelli di qualificazione rispettivamente per lavori e servizi di architettura e ingegneria e per forniture e servizi, in uno con i requisiti di qualificazione di base e premianti.

In attesa della normativa di attuazione, ha continuato a trovare applicazione la disciplina transitoria di cui all'art. 216, comma 10, del Codice, il quale dispone che *"fino alla data di entrata in vigore del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'articolo 38, i requisiti di qualificazione sono soddisfatti mediante l'iscrizione all'anagrafe di cui all'articolo 33-ter del decreto legge 18 ottobre 2022, n. 179, convertito con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221"*.

Quest'ultima disposizione aveva istituito l'anagrafe unica delle stazioni appaltanti (AUSA), prevedendo l'obbligo per le stesse, di richiedere l'iscrizione ad essa e di provvedere all'aggiornamento dei dati a pena di nullità degli atti⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ V. GUERRIERI, *Quali vie per razionalizzare il sistema del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti e gli effetti sulla centralizzazione degli acquisti*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 8 (11 aprile 2018).

⁴⁶⁹ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *quater*, 24 maggio 2018 n. 5781.

In data 17 dicembre 2021, è stato siglato un protocollo di intesa tra la Presidenza del Consiglio dei Ministri e l' ANAC, volto a porre rimedio alla mancata attuazione del sistema di qualificazione⁴⁷⁰.

All'interno del suddetto protocollo, sono state individuate delle precise scadenze: in particolare, era prevista una prima stesura delle Linee guida da parte di ANAC entro il 31 marzo 2022, una relazione intermedia entro giugno 2022 e una relazione finale entro il 30 settembre dello stesso anno. Nella prima versione delle Linee guida ANAC⁴⁷¹ è stato preannunciato un cambio di impostazione rispetto alla bozza di decreto previsto dall'articolo 38 del Codice.

Le novità più rilevanti hanno riguardato la pesatura dei diversi requisiti alla base della qualificazione e la conseguente possibilità di ottenere un punteggio unico, costituito dalla somma dei punteggi dei diversi requisiti base. Si superava, così, l'idea di un punteggio minimo, e quindi di una soglia, per ciascun requisito, che avrebbe comportato una eccessiva restrizione del mercato delle stazioni appaltanti qualificabili, consentendo che ciascuna stazione appaltante potesse compensare le eventuali carenze di un determinato requisito attraverso il rafforzamento degli altri.

Le successive Linee guida hanno, invece, definito le modalità per l'attribuzione dei punteggi relativi a ciascun requisito. La metodologia per la determinazione dei punteggi è stata, infatti, messa a punto grazie alle

⁴⁷⁰ Poiché il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) ha rivolto l'attenzione al problema della qualificazione delle stazioni appaltanti nella *Milestone* M1C1 – 71, si è reso necessario intervenire prontamente per identificare le stazioni appaltanti in possesso dei requisiti stabiliti dal Codice.

⁴⁷¹ Approvata con Delibera ANAC n. 141 del 30 marzo 2022, approvazione delle Linee guida recanti «*attuazione – anche a fasi progressive - del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza da porre alla base del nuovo sistema di qualificazione che sarà reso operativo al momento della entrata in vigore della riforma della disciplina dei contratti pubblici.*»

informazioni ricavate dai dati raccolti dalle stazioni appaltanti e dalla consultazione pubblica con gli *stakeholder*.

Tale scelta ha risposto all'esigenza di fondare il sistema di qualificazione su dati oggettivi, evitando di creare un sistema astratto rispetto alle caratteristiche del contesto concreto in cui operano le stazioni appaltanti⁴⁷². Il meccanismo di qualificazione si fonda su requisiti sia di tipo "storico" (ad esempio, il numero di gare svolte nell'ultimo quinquennio) sia di tipo prospettico (ad esempio, la presenza di personale specializzato nella struttura preposta agli appalti, ovvero il livello di formazione del personale medesimo). In tale sistema, ad un punteggio basso relativo al numero di gare svolte in passato, la stazione appaltante può sopperire con un sforzo maggiore nella assegnazione di personale dedicato alla struttura e nella formazione dello stesso. Il modello, pertanto, si presenta non "statico", ma "dinamico", nell'ottica di consentire a ciascuna amministrazione, che non risulti qualificata sulla base dei *benchmark* di riferimento, di migliorare la propria posizione al fine di poter essere qualificata, in una fase successiva, alle funzioni di *public procurement* sulla base delle strutture, professionalità e competenze nel frattempo acquisite⁴⁷³.

A seguito della pubblicazione delle Linee guida di marzo 2022, ANAC ha effettuato una consultazione degli *stakeholder* al fine di acquisire, tramite una manifestazione di interesse rivolta a tutte le stazioni appaltanti interessate al processo di qualificazione, una serie di informazioni non ancora disponibili nella banca dati dell'Autorità⁴⁷⁴.

⁴⁷² In questi termini, ANAC, *Relazione annuale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione sull'attività svolta nel 2022 cit.*

⁴⁷³ *Ibidem.*

⁴⁷⁴ Se, infatti, i dati sulle gare svolte sono ben consolidati nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP), quelli sul personale dedicato e sulla formazione sono stati oggetto di una specifica richiesta, avviata attraverso l'AUSA, in data 15 aprile 2022 e conclusasi il 29 maggio dello stesso anno.

Dopo aver proceduto alla predisposizione della metodologia sperimentale di valutazione dei requisiti ed effettuate le analisi di stima delle stazioni appaltanti “potenzialmente” qualificabili, ai fini delle valutazioni di impatto dell’attuazione della norma, l’ANAC ha redatto una nuova versione delle Linee guida⁴⁷⁵.

Oltre alla fissazione di soglie di qualificazione che individuano un punteggio minimo da conseguire per ciascun livello di qualificazione – 50 per il livello alto, 40 per il livello medio e 30 per il livello base – le principali novità delle successive Linee guida, rispetto alla versione di marzo, comprendono: l’estensione del novero dei soggetti qualificati di diritto, o con riserva; qualificazione distinta per le centrali di committenza; unico livello di qualificazione per l’esecuzione, almeno nella fase sperimentale; previsione di una fase sperimentale, di durata biennale, per l’implementazione del sistema di qualificazione, al termine del quale effettuare una revisione o una conferma del sistema.

Le Linee guida, sono state recepite, con alcune modifiche, nell’Allegato II.4 del nuovo Codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ Definitivamente approvata con delibera ANAC n. 441 del 28 settembre 2022, approvazione delle Linee guida recanti *«attuazione – anche a fasi progressive - del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza da porre alla base del nuovo sistema di qualificazione che sarà reso operativo al momento della entrata in vigore della riforma della disciplina dei contratti pubblici.»*

⁴⁷⁶ Anche la legge delega del Governo per il riassetto della disciplina in materia di contratti pubblici, aveva previsto, infatti, uno specifico criterio di delega in relazione alla qualificazione delle stazioni appaltanti, volto alla *“ridefinizione e rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, afferenti ai settori ordinari e ai settori speciali, al fine di conseguire la loro riduzione numerica, nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse, anche mediante l'introduzione di incentivi all'utilizzo delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti ausiliarie per l'espletamento delle gare pubbliche; definizione delle modalità di monitoraggio dell'accorpamento e della riorganizzazione delle stazioni appaltanti; potenziamento*

La Parte III del Libro II del nuovo Codice, infatti, è dedicata ai “Soggetti” del sistema dei contratti pubblici, tra cui rispettivamente le “stazioni appaltanti”⁴⁷⁷ e gli “operatori economici”.

della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione, con particolare riferimento alle stazioni uniche appaltanti e alle centrali di committenza che operano a servizio degli enti locali” (art. 1 comma 2 lettera c) della legge 21 giugno 2022 n. 78). L'allegato in esame fa integrale rinvio alla predetta deliberazione (art. 1), e successivamente introduce la disciplina transitoria di prima applicazione del sistema di qualificazione rispettivamente per i contratti di lavori (art. 2) e per i contratti di servizi e forniture (art. 3). Infine, viene dettata la disciplina transitoria dell'iscrizione con riserva per i casi in cui questa è prevista (art. 4). È stabilito che, in sede di prima applicazione del Codice, l'allegato è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentita l'ANAC, previa intesa in sede di Conferenza unificata, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al Codice.

⁴⁷⁷ La qualificazione di RUP e stazioni appaltanti costituisce uno strumento del Codice, finalizzato al rafforzamento del principio del risultato, il quale rappresenta un vero *fil rouge* del nuovo testo, venendo codificato per primo tra i principi all'art. 1. Il risultato del procedimento di evidenza pubblica viene individuato non solo nell'affidamento del contratto ma anche nella sua esecuzione, tempestiva ed in grado di coniugare il miglior rapporto qualità prezzo, declinabile dunque sia in termini di efficienza che di efficacia. Come osserva P. MALANETTO, *Principi generali*, in *Manuale dei Contratti Pubblici*, Nel Diritto Editore, 2023, p. 14, «nel dibattito sulla modernizzazione della pubblica amministrazione, il nuovo Codice sposa le impostazioni dottrinali della cosiddetta amministrazione di risultato; si tratta, in parte, di una reazione al “legalismo formalistico”, che enfatizza le garanzie offerte dal procedimento, talvolta a discapito della soddisfazione degli interessi in gioco e delle esigenze di una amministrazione di prestazione. [...] Come chiarito nella relazione “un Codice non può inseguire la disciplina specifica di ogni aspetto della realtà perchè si troverà sempre in ritardo ma deve fornire gli strumenti e le regole generali e astratte per regolarla”. Per consentire flessibilità, senza trascendere nell'arbitrio, si investe dunque sulla “regola del caso concreto”, affidata all'amministrazione, e si individua il risultato quale “criterio di esercizio del potere discrezionale”, che resta sindacabile tramite il vizio di eccesso di potere. Già nella visione di Nigro, la flessibilità è il vero cardine dell'efficienza, e consente di proporzionare il mezzo al fine nell'esercizio della discrezionalità».

Come viene evidenziato nella Relazione al Codice, il testo proposto in attuazione della delega tiene conto del suindicato tavolo di lavoro istituito dalla PCM e coordinato dall'ANAC.

Il sistema complessivo delineato – in coerenza con il criterio direttivo *c)* della legge delega – ha natura “aperta” (e non “a numero chiuso”): tutti i soggetti che siano muniti dei requisiti necessari ottengono la qualificazione.

La configurazione dei poteri delle stazioni appaltanti non qualificate è disegnata con l'obiettivo di garantire uno “zoccolo duro” di competenze adeguato a fronteggiare una gran parte dei compiti rimessi a queste amministrazioni, anche in previsione della perdita della qualificazione per commesse di più elevato valore. In tal modo si persegue anche l'obiettivo di evitare il sovraccarico di compiti per le centrali di committenza, assicurando la complessiva sostenibilità del sistema fin dal suo avvio⁴⁷⁸. E ciò, anche consentendo alle stazioni appaltanti qualificate di effettuare appalti congiunti e di svolgere attività di committenza ausiliaria, nell'ambito della quale è compresa la gestione di procedure di appalto in nome e per conto delle stazioni appaltanti non qualificate. È prevista una

⁴⁷⁸ Rispetto alla disciplina previgente, il nuovo Codice, tenuto conto delle difficoltà incontrate nell'effettiva implementazione degli artt. 37 e 38, del d.lgs. n. 50/2016, ha cercato di coniugare l'obiettivo perseguito di riduzione e qualificazione delle stazioni appaltanti con la necessità di garantire l'immediata sostenibilità del sistema di affidamento delle commesse pubbliche. Il sistema delineato dal Codice previgente presentava una riduzione più drastica del margine di libertà contrattuale delle stazioni appaltanti, prevedendo anche forme di aggregazione obbligatoria. Il nuovo Codice ha, invece, cercato di garantire una operatività immediata, ed adeguata a soddisfare il proprio fabbisogno ordinario, anche alle stazioni appaltanti non qualificate, consentendo, altresì, alle stesse di scegliere nel rispetto del principio di autoorganizzazione e di leale collaborazione il soggetto cui affidarsi per l'espletamento delle gare per le quali difetta della necessaria qualificazione, limitandosi a prevedere un meccanismo per sopperire al mancato incontro tra domanda e offerta attraverso la previsione di un silenzio-assenso e dell'intervento sostitutivo dell'ANAC.

specificata disciplina della qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza. La qualificazione per progettazione e affidamento è disegnata facendo riferimento a tre livelli di qualificazione.

La modifica del sistema più rilevante è contemplata all'art. 62, il quale individua le soglie degli affidamenti diretti per servizi e forniture e per i lavori. Quest'ultima è stata innalzata da 150.000 a 500.000 euro.

La novità potrebbe avere un forte impatto sull'efficacia dell'intera riforma, influenzando significativamente sul numero di gare per le quali non è richiesta alcuna qualificazione⁴⁷⁹.

Al fine di consentire il progressivo adeguamento da parte delle stazioni appaltanti al sistema di qualificazione, secondo l'ANAC si sarebbe potuto prevedere un periodo transitorio di un anno dall'entrata in vigore del Codice, durante il quale la soglia per la qualificazione per l'affidamento dei contratti di lavori pubblici fosse di 500.000 euro.

Secondo le prime stime effettuate con la soglia di 500.000 euro risulterebbero escluse dal sistema di qualificazione, in termini di numerosità, quasi il 90% delle gare, a fronte del 70% degli appalti, per cui non si era tenuti alla qualificazione con la precedente soglia fissata a 150.000 euro.

⁴⁷⁹ All'indomani dell'adozione del Codice, la novità è stata commentata con preoccupazione da parte del Presidente dell'ANAC Giuseppe Busia, secondo il quale l'innalzamento a 500.000 euro della soglia per la qualificazione delle stazioni appaltanti *“comporta un aumento delle gare approntate da soggetti non qualificati del 65%; sul totale degli affidamenti circa il 90% rimarrebbero affidati da soggetti non necessariamente in grado di comprare. Questo costa al sistema Paese, in termini di rapidità, di efficienza delle gare, di spesa pubblica. Noi chiediamo di riportare la soglia a 150.000 euro per la qualificazione. Siccome la richiesta di innalzamento è stata fatta da enti che non si sentono pronti, possiamo graduare l'applicazione, ponendo l'obiettivo dei 150.000 euro, adottando inizialmente la soglia dei 500.000. Questo è fondamentale per far funzionare la riforma e far sì che le risorse siano spese bene”*.

Tuttavia, se si tiene conto del valore delle gare medesime, si evidenzia che quelle al di sopra della soglia di 500.000 euro, per le quali è necessaria la qualificazione alla luce di quanto disposto dal d.lgs. n. 36/2023, costituiscono quasi il 75% del mercato degli appalti di lavori pubblici⁴⁸⁰.

Si rimane in attesa di verificare la portata e gli effetti dell'entrata in vigore e dell'operatività del sistema di qualificazione in commento, onde veder perseguiti gli obiettivi che il legislatore nazionale, fin dal 2016, ha inteso realizzare con la sua codificazione, trasformando, in buona sostanza, le stazioni appaltanti in qualificati "operatori del mercato", in grado di assurgere ad efficaci e propulsivi fattori di produzione dell'economia⁴⁸¹.

Come rammentato anche dal Consiglio di Stato, sin dal parere 783 del 2017, infatti, *"una riforma è tale solo quando raggiunge un'effettiva attuazione, che sia percepita da cittadini e imprese e rilevata dai dati statistici"*⁴⁸².

Sull'implementazione del nuovo sistema di aggregazione e qualificazione delle stazioni appaltanti si gioca una partita fondamentale per il raggiungimento degli obiettivi di efficientamento degli appalti pubblici che si scontrerà inevitabilmente con il particolare momento storico che vede all'orizzonte le scadenze ravvicinate del PNRR il cui rispetto necessita di

⁴⁸⁰ Cfr. ANAC, *Relazione annuale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione sull'attività svolta nel 2022*, cit. p. 185.

⁴⁸¹ L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, in www.rivistadellaregolazioneideimercati.it, 2016, n. 2, pp. 72 e ss.

⁴⁸² Per razionalizzare l'avvio del sistema ed evitare disservizi, l'ANAC ha lanciato già dal 1° giugno 2023 un servizio *online* sul proprio portale per la presentazione della domanda di qualificazione, ferma restando la decorrenza degli effetti dell'iscrizione dal 1° luglio 2023. Inoltre, in via di prima applicazione, l'elenco dei soggetti qualificati sarà aggiornato trimestralmente per consentire l'adeguamento costante della platea dei soggetti abilitati a svolgere gare d'appalto in proprio e per conto di altre stazioni appaltanti, ferma restando la validità biennale dell'eventuale iscrizione intervenuta.

una piena ed immediata funzionalità del sistema di affidamento delle commesse pubbliche e di puntuale esecuzione delle stesse.

I primi commentatori temono che l'entrata in vigore immediata delle nuove regole possa determinare la paralisi del mercato in quanto le stazioni appaltanti non sarebbero pronte. D'altro canto, la riduzione del numero delle stazioni appaltanti unitamente alla loro qualificazione costituisce anch'essa uno degli obiettivi prefissati dal PNRR, cosicché un eventuale rinvio della sua effettiva entrata in vigore sarebbe valutato come un'inottemperanza al Piano, con le conseguenze che ne deriverebbero sotto il profilo della tempestiva erogazione dei finanziamenti richiesti⁴⁸³.

5. Il sistema di qualificazione degli operatori economici nel nuovo Codice del 2023

La nuova disciplina di rango primario del sistema di qualificazione è contenuta all'art. 100 del Codice, il quale mantiene la distinzione ormai consolidata tra i requisiti di idoneità professionale, i requisiti di capacità economico-finanziaria e i requisiti di capacità tecnico-professionali⁴⁸⁴.

Nel medesimo articolo vengono definiti i requisiti speciali di partecipazione sia alle procedure per l'aggiudicazione di appalti di servizi e forniture che per gli appalti di lavoro, in particolare d'importo superiore a 150.000 euro.

⁴⁸³ R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale dei contratti pubblici*, Nel Diritto Editore, 2023, p. 134.

⁴⁸⁴ Con la precisazione che i requisiti di partecipazione richiesti dalla stazione appaltante devono essere proporzionati e attinenti all'oggetto dell'appalto (art. 100, comma 2).

Una delle novità più rilevanti sul tema è costituita dalla scelta di estendere il sistema di qualificazione anche agli operatori economici per gli appalti di forniture e servizi, così da allineare la disciplina della qualificazione per gli appalti di servizi e forniture a quella degli appalti di lavori, dando vita ad un sistema tendenzialmente unitario in funzione di semplificazione, sia per quanto riguarda la partecipazione alla gara da parte degli operatori economici, sia per quanto riguarda il controllo da parte delle stazioni appaltanti⁴⁸⁵.

Il legislatore pare aver recepito, quindi, le osservazioni formulate dagli operatori del settore, che avevano invitato la Commissione Codice Appalti, istituita presso il Consiglio di Stato, a valutare l'estensione dei benefici derivanti dalla qualificazione SOA anche al settore dei servizi, per una serie di motivazioni⁴⁸⁶.

Secondo i sostenitori di questa posizione, *in primis*, l'estensione del sistema unico di qualificazione degli esecutori al settore dei servizi pubblici comporterebbe, analogamente a quanto oggi previsto per i lavori, l'esame e la verifica da parte delle SOA del possesso dei requisiti di ordine

⁴⁸⁵ In questi termini la Relazione illustrativa al Codice, p. 150.

⁴⁸⁶ Cfr. Contributo della associazione di categoria GeneralSoa su proposte di modifica al Codice degli appalti. Anche in dottrina già C. DE PORTU, *La qualificazione delle imprese per un mercato efficiente cit...*, p. 189, osservava che «in particolare in ambito servizi, può tornare utile che un Organismo terzo si prenda cura di attestare la sussistenza di taluni requisiti (come la previa prestazione di servizi analoghi e per determinati importi). Si potrebbe cioè immaginare, in particolare per talune tipologie di servizi, di individuare i requisiti (o taluni requisiti) che vengono richiesti in modo standard (e/o anche: far sì che si procedesse verso una standardizzazione di taluni requisiti).

Invece di onerare così le Stazioni appaltanti, per ogni affidamento, a verificare la sussistenza di un certo requisito, si consentirebbe: da una parte, all'operatore economico di allegare una attestazione che dia conto, appunto, che tale verifica è stata già esattamente svolta da un soggetto terzo; dall'altra parte, alla SA di fare a meno di svolgere gli adempimenti istruttori del caso, sostituiti da quelli svolti *ex professo* da altro soggetto. Evidentemente, il sistema delle SOA già in essere potrebbe essere chiamato a proporsi a tal fine».

generale e speciale delle imprese che partecipano alle relative procedure di gara, o affidatarie dirette, con il duplice vantaggio di sollevare i concorrenti anche in tale settore dall'onere di dovere provare, gara per gara, i propri requisiti (producendo decine di dichiarazioni sostitutive) e di ridurre notevolmente i tempi ed i costi delle stazioni appaltanti per la verifica dei requisiti degli operatori economici.

In secondo luogo, anche alla luce degli appalti di servizi che la pubblica amministrazione dovrà affidare nell'ambito di progetti finanziati con i fondi previsti dal PNRR, è essenziale che il sistema garantisca la celerità negli affidamenti, in considerazione dei tempi ristretti previsti per l'utilizzo dei suddetti fondi.

Al contempo è necessario evitare che imprese non qualificate e, in alcuni casi, potenzialmente soggette ad infiltrazioni criminali, possano risultare aggiudicatarie dei suddetti appalti.

Alla luce di queste problematiche, risulta indispensabile che tali fenomeni siano contrastati anche nel caso di affidamento di servizi finanziati con fondi del PNRR; è evidente, pertanto, che l'estensione della attestazione Soa agli appalti di servizi rappresenterebbe un ulteriore presidio di legalità contro eventuali fenomeni fraudolenti.

L'estensione del sistema di qualificazione – che sarà attuata dal regolamento governativo – anche agli appalti di servizi e forniture costituisce un efficace misura di semplificazione e di velocizzazione delle procedure di gara, consentendo l'esternalizzazione rispetto alla gara delle attività di specifica individuazione dei requisiti, di comprova e di verifica del possesso degli stessi.

Per il resto anche sotto il vigore del nuovo Codice rimangono confermati la disciplina e gli approdi giurisprudenziali consolidatisi con riferimento alla disciplina dell'attestazione SOA recata dal d.P.R. n. 207/2010⁴⁸⁷.

Con riferimento agli organismi deputati alla funzione di attestazione, l'art. 100, comma 4, per gli appalti di lavori, prevede che l'attestazione di qualificazione è rilasciata da *“organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC”*.

La relazione illustrativa al Codice precisa che *“Nell'ambito dei lavori, si prevede inoltre che a rilasciare l'attestazione di qualificazione siano nuovi organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC, che andranno a sostituire le società organismo di attestazione (SOA)”*.

Altresì *“per consentire l'immediata operatività del nuovo Codice il terzo periodo del comma 4 prevede che il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, articolato in rapporto alle categorie di opere ed all'importo delle stesse, è disciplinato dall'allegato II.12 che, per quanto qui di interesse, riproduce sostanzialmente le disposizioni di cui agli articoli da 60 a 91 del d.P.R. n. 207 del 2010, riallineate e rese coerenti con le nuove disposizioni del Codice. Di tale allegato è poi prevista l'abrogazione e la sostituzione con un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma, 1 della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l'ANAC”*.

⁴⁸⁷ Le principali questioni affrontate dalla giurisprudenza sul tema, come visto nel precedente Capitolo, hanno riguardato i limiti temporali di efficacia di tale attestazione (Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen. 18 luglio 2012, n. 27; Consiglio di Stato, sez. V, 18 novembre 2020, m. 7178)

Sembrerebbe prospettarsi, quindi, un tentativo di superamento del sistema SOA, da effettuarsi per mano del suindicato regolamento, che andrebbe a sostituire l'allegato II.12 nel dettare la disciplina secondaria del Codice⁴⁸⁸. Conferma di tale impostazione si trova all'art. 100, comma 7, secondo cui *“Fino alla emanazione del regolamento di cui al sesto periodo del comma 4, il periodo di attività documentabile è quello relativo ai quindici anni antecedenti la data di sottoscrizione del contratto con la società organismo di attestazione (SOA)”*.

Tale tentativo di superamento è stato appreso con stupore dai rappresentanti delle Associazioni SOA⁴⁸⁹, “in quanto questa sostituzione sarebbe operata in favore di altri soggetti privati di analoga natura. Da un

⁴⁸⁸ Appare utile ricordare che con riferimento alla legge n. 109/1994, il d.P.R. di attuazione è entrato in vigore sei anni dopo la normativa primaria che lo aveva previsto. Con il d.lgs. n. 163/2006 si sono attesi cinque anni per l'adozione del d.P.R. n. 207/2010, mentre le linee guida in materia di qualificazione prospettate dal d.lgs. n. 50/2016 non sono mai state adottate, rimanendo in vigore il suindicato Regolamento del 2010 (così come il regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione previsto dall'art. 216, comma 27-*octies*, inserito dal d.l. n. 32 del 2019).

Con il nuovo Codice si è preferito, transitoriamente, riprodurre nell'Allegato II.12 le disposizioni del d.P.R. n. 207/2010, con i necessari aggiustamenti e allineamenti al nuovo testo.

La Commissione, infatti, ha preferito redigere un testo “autoesecutivo”, autosufficiente e immediatamente operativo senza necessità di successive disposizioni attuative, che assorbisse nei suoi allegati contenuto e funzioni degli atti applicativi di secondo livello e delle stesse istruzioni operative e, ove possibile, rinviasse direttamente agli allegati delle direttive, in modo da conseguire il duplice risultato di ridurre il numero dei testi normativi e, allo stesso tempo, di garantire l'adeguamento immediato e automatico alle modifiche degli allegati europei. A ciò si aggiunge la previsione di un meccanismo di delegificazione degli allegati destinato ad assicurare a regime una maggiore flessibilità negli adeguamenti e degli aggiornamenti che si dovessero rendere necessari.

⁴⁸⁹ Cfr. intervento del rappresentante di Unione SOA italiane in Commissione Ambiente e Lavori pubblici (VIII) - Audizioni informali, anche in videoconferenza, nell'ambito dello schema di decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici (Atto n. 19), del 30 gennaio 2023.

lato, le SOA sono fortemente promosse⁴⁹⁰; dall'altro, lo stesso legislatore le vuole sostituire”.

⁴⁹⁰ Ci si riferisce, in particolare, alla recente decisione di estendere l'attestazione SOA anche ai lavori privati nell'ambito del c.d. superbonus. L'articolo 10-*bis* del decreto-legge 21 marzo 2022, n. 211, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 maggio 2022, n. 51, infatti, ha previsto che, ai fini del riconoscimento degli incentivi fiscali di cui agli articoli 119 e 121 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, l'esecuzione dei lavori di importo superiore a 516.000 euro deve essere affidata a imprese che siano in possesso della certificazione SOA, ai sensi dell'articolo 84 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Nel dettaglio, l'articolo 10-*bis* stabilisce che, a decorrere dal 1° gennaio 2023 e fino al 30 giugno 2023, ai fini del riconoscimento degli incentivi fiscali, di cui agli articoli 119 e 121 del Decreto Rilancio, l'esecuzione dei lavori di importo superiore a 516.000 euro deve essere affidata a: a) imprese in possesso, al momento della sottoscrizione del contratto di appalto ovvero, in caso di imprese subappaltatrici, del contratto di subappalto, della occorrente certificazione SOA, ai sensi dell'articolo 84 del Codice dei contratti pubblici; b) imprese che, al momento della sottoscrizione del contratto di appalto ovvero, in caso di imprese subappaltatrici, del contratto di subappalto, documentano al committente ovvero all'impresa subappaltante l'avvenuta sottoscrizione di un contratto finalizzato al rilascio della predetta certificazione. Il comma 1 disciplina, quindi, una fase transitoria di applicazione della norma, prevedendo che dal 1° gennaio 2023 e fino al 30 giugno 2023, ai fini del riconoscimento dei predetti incentivi fiscali, l'esecuzione dei lavori di rilevante importo deve essere affidata a imprese, anche subappaltatrici, che, al momento della sottoscrizione del contratto di appalto o di subappalto, siano in possesso della certificazione SOA o abbiano almeno sottoscritto, alla medesima data, un contratto finalizzato al rilascio di tale certificazione (da ora “condizioni SOA”). Il comma 2 prevede che, a decorrere dal 1° luglio 2023, ai fini del riconoscimento dei predetti incentivi fiscali, l'esecuzione dei lavori di importo superiore a 516.000 euro è affidata esclusivamente alle imprese in possesso, al momento della sottoscrizione del contratto di appalto ovvero, in caso di imprese subappaltatrici, del contratto di subappalto, della certificazione SOA ai sensi dell'articolo 84 del Codice dei contratti pubblici. Pertanto, terminata la fase transitoria, a decorrere dal 1° luglio 2023, per poter beneficiare delle richiamate agevolazioni fiscali, l'esecuzione dei lavori di importo superiore a 516.000 euro deve essere affidata esclusivamente alle imprese in possesso, al momento della sottoscrizione del contratto di appalto o di subappalto, della certificazione SOA. Il successivo comma 3 precisa inoltre che, in relazione ai lavori affidati alle imprese di cui alla lettera b) del comma 1, la detrazione relativa alle spese sostenute a decorrere dal 1° luglio 2023 è subordinata all'avvenuto rilascio dell'attestazione di qualificazione di cui all'articolo 84 del Codice dei contratti pubblici. In relazione ai lavori affidati alle imprese che hanno sottoscritto un contratto finalizzato al rilascio della certificazione SOA, la detrazione relativa alle spese sostenute a decorrere

5.1 Il possibile impatto della digitalizzazione delle procedure sulla qualificazione

La revisione, con conseguente superamento del sistema SOA, rimane allo stato tutt'altro che certa e non è dato sapere se con il nuovo Codice l'iniziativa del legislatore, come esplicitata nella Relazione illustrativa, troverà compimento, diversamente da quanto accaduto fin ora.

Si può già rilevare, comunque, che il superamento dell'attuale sistema di qualificazione obbligatoria preventiva, o quantomeno un ridimensionamento del ruolo e della centralità dei soggetti qualificatori, potrebbe essere connesso all'effettiva implementazione di alcuni strumenti previsti dalla normativa.

Tra questi, come già osservato, la professionalizzazione delle stazioni appaltanti, con conseguente riconoscimento di un più ampio spazio valutativo per i soggetti pubblici, ma anche la piena operatività delle piattaforme e servizi digitali che dovrebbero costituire l'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale.

Il nuovo Codice compie un deciso passo avanti nel senso della digitalizzazione delle procedure di evidenza pubblica, prevedendo

dal 1° luglio 2023 è, dunque, subordinata all'avvenuto rilascio della suddetta attestazione.

L'intento del legislatore è di promuovere la qualificazione delle imprese che effettuano lavori di importo rilevante e per i quali è possibile fruire di agevolazioni fiscali, per contrastare il fenomeno delle frodi e raggiungere gli obiettivi di riqualificazione del patrimonio edilizio.

l'integrale digitalizzazione delle procedure inerenti agli appalti pubblici e del sistema di pubblicità e trasparenza⁴⁹¹.

Esemplificativo del rinnovato approccio del Codice è già l'intestazione della parte II del Titolo II della parte prima del libro I, ovverosia "Della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti", che enfatizza l'esigenza della digitalizzazione e, nel contempo, la riferisce all'intera filiera procedimentale afferente alle procedure di evidenza pubblica⁴⁹².

I pilastri dell'Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale sono:

- la Banca dati nazionale dei contratti pubblici;
- il fascicolo virtuale dell'operatore economico, reso operativo dall'ANAC;

⁴⁹¹ Come osservato da P. CLARIZIA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: lo stato dell'arte*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2022, 2, p. 273, «la digitalizzazione dei contratti pubblici negli ultimi anni è stata costantemente assunta tra le priorità del settore, sia a livello nazionale che europeo, in quanto strumento in grado di accelerare e rendere maggiormente efficienti le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, nonché garantire una maggiore trasparenza e tracciabilità dei processi».

⁴⁹² Il nuovo Codice, in particolare, persegue gli obiettivi della completa digitalizzazione delle procedure e dell'interoperabilità delle piattaforme, secondo il principio del cosiddetto *once only*, ossia dell'unicità dell'invio di dati, documenti e informazioni alle stazioni appaltanti, anche nell'ottica di un rinnovato rapporto tra amministrazioni pubbliche e operatori. Ciò in piena coerenza con quanto previsto negli obiettivi del Piano Nazionale di Resilienza e Ripresa. Il PNRR ha, infatti, individuato l'obiettivo di realizzare un Sistema Nazionale di *e-procurement*, fissando la *milestone*, entro la quale attuarlo, nel 31 dicembre 2023.

L'art. 1, legge delega 21 giugno 2022, n. 78 nel dettare i criteri per l'adozione del decreto legislativo che ha introdotto il nuovo Codice si è occupata in due punti della digitalizzazione del sistema di affidamento dei contratti pubblici, e, in piena coerenza con gli indicati obiettivi del PNRR, ha previsto tra i principi e criteri direttivi: - la "riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti,...anche attraverso la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico (lett. m); - "l'individuazione delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere ad automatismi nella valutazione delle offerte" (lett. t).

- le piattaforme di approvvigionamento digitale; l'utilizzo di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici.

Per quanto di interesse in questa sede, si concentrerà l'attenzione sui primi due pilastri.

Nell'architettura del nuovo Codice la Banca dati nazionale dei contratti pubblici⁴⁹³ diviene l'infrastruttura tecnologica posta a base dell'ecosistema nazionale di *e-procurement*.

Rispetto alla previgente disciplina, l'art. 23 del nuovo Codice conserva la previsione della titolarità della B.D.N.C.P. in capo all'ANAC, che ne gestisce e sviluppa i servizi.

L'ANAC individua con propri provvedimenti le sezioni in cui si articola la B.D.N.C.P. come i nuovi servizi ad essa collegati.

La Banca dati nazionale dei contratti pubblici è attualmente suddivisa nelle seguenti quattro sezioni sulle quali insistono specifiche tipologie di servizi: a) l'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti, ivi compreso l'elenco dei soggetti aggregatori; b) il Casellario informatico; c) l'Anagrafe degli operatori economici; d) la Piattaforma degli appalti; e) il fascicolo virtuale dell'operatore economico⁴⁹⁴.

⁴⁹³ La Banca dati nazionale dei contratti pubblici è prevista dall'art. 62-*bis* del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e, ai sensi del comma 8 dell'art. 213 del vecchio Codice (d.lgs. n. 50/2016) viene gestita dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, con la finalità di "favorire la riduzione degli oneri amministrativi derivanti dagli obblighi informativi ed assicurare l'efficacia, la trasparenza e il controllo in tempo reale dell'azione amministrativa per l'allocazione della spesa pubblica in lavori, servizi e forniture, anche al fine del rispetto della legalità e del corretto agire della pubblica amministrazione e prevenire fenomeni di corruzione" (art. 62-*bis*).

⁴⁹⁴ Ai sensi dell'art. 23, comma 2, del Codice, l'ANAC può individuare con propri decreti le sezioni della BDNCP (potendo quindi istituire ulteriori sezioni o rimodularle) così come individuare i servizi ad essa collegati (avendo la possibilità di prevedere nuovi servizi collegati alla medesima banca dati o riformularli). L'intento ravvisabile della norma è quello di rendere la Banca dati nazionale dei contratti pubblici una sorta di portale unico degli appalti, di carattere omnicomprensivo che possa essere uno strumento

Quest'ultimo, contemplato dall'art. 64 del Codice, è in sostanza un “*repository*” che contiene i documenti utili per la comprova dei requisiti di partecipazione alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici da parte dell'operatore economico, che permette rispettivamente alle stazioni appaltanti e agli enti aggiudicatori di acquisire, attraverso un'interfaccia web, i documenti che comprovano il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per l'affidamento dei contratti pubblici agli operatori economici.

In termini di continuità con il previgente art. 81, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, il nuovo Codice ha previsto che presso la BDNCP operi il fascicolo virtuale dell'operatore economico che consente la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione dalle procedure di gara di cui all'art. 94 del medesimo Codice, l'attestazione del possesso dei requisiti di qualificazione ai sensi dell'art. 103 per i soggetti esecutori di lavori pubblici, nonché i dati e documenti relativi ai criteri di selezione di cui all'art. 100 che l'operatore economico inserisce.

Il fascicolo virtuale dell'operatore economico viene utilizzato per la partecipazione alle procedure di gara disciplinate dal Codice e, in particolare, le stazioni appaltanti possono consultarlo per la verifica del possesso dei requisiti generali e speciali occorrenti per partecipare alla gara, da parte degli operatori economici partecipanti.

Al fine della corretta funzionalità del fascicolo virtuale, in relazione alle sue funzioni, l'ANAC ha provveduto ad individuare, prima dell'entrata in

idoneo ed adeguato al raggiungimento effettivo del dichiarato obiettivo dell'integrale digitalizzazione del ciclo di vita degli appalti. A questi fini sono disciplinati l'aspetto dell'acquisizione dei dati e dell'interconnessione delle varie banche dati, sia di carattere nazionale che locale.

vigore del Codice, con delibera 27 luglio 2022, n. 464⁴⁹⁵, le tipologie di dati da inserire nel fascicolo virtuale, concernenti la partecipazione alle procedure di gara e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria la verifica attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici⁴⁹⁶.

Il fascicolo virtuale dell'operatore economico è entrato in vigore il 25 ottobre 2022 ed ha sostituito il AVC PASS⁴⁹⁷, con la finalità di ridurre i tempi e costi connessi alle procedure di gara, dato che le stazioni appaltanti possono utilizzare gli accertamenti già effettuati da un'altra stazione appaltante per ammettere l'operatore economico.

⁴⁹⁵ La suindicata delibera rimane vigente, salvo incompatibilità con l'intervenuta normativa, sino all'adozione di un nuovo provvedimento ANAC attuativo della previsione del comma 4 dell'art. 24 del Codice.

⁴⁹⁶ Ai sensi dell'art. 6 della delibera 27 luglio 2022, n. 464:

“1. La documentazione e/o i dati a comprova del possesso dei requisiti di carattere tecnico-organizzativo ed economico-finanziario, che, in prima applicazione, sono acquisiti presso la BDNCP e resi disponibili attraverso il Sistema includono:

- a) documenti e/o dati forniti dagli Enti Certificanti;
- b) documenti resi disponibili direttamente dalla stessa Autorità;
- c) documenti forniti dagli OE.

2. La documentazione e/o i dati a comprova dei requisiti di carattere tecnico-organizzativo ed economico-finanziario, di cui al comma 1, lettera a), in prima applicazione, includono:

- fatturato globale e ammortamenti degli operatori economici costituiti in forma d'impresa individuale ovvero società di persone, ove disponibili, forniti da parte dell'Agenzia delle Entrate;
- dati relativi alla consistenza e al costo del personale dipendente, forniti da parte dell'Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale (INPS).

3. La documentazione a comprova dei requisiti di carattere tecnico-organizzativo ed economico-finanziario di cui al comma 1, lettera b), in prima applicazione, include:

- le Attestazioni SOA;
- i Certificati Esecuzione Lavori (C.E.L.).
- le ricevute di pagamento del contributo obbligatorio all'Autorità da parte dei soggetti partecipanti”.

⁴⁹⁷ L'AVC PASS (Authority Virtual Company Passport) era il servizio informatico realizzato dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) per la verifica on line del possesso dei requisiti di partecipazione delle imprese alle gare d'appalto.

A partire dal 9 novembre 2022, decorso il termine di quindici giorni dalla pubblicazione in Gazzetta ufficiale della suindicata delibera ANAC n. 464 del 2022, l'utilizzo del fascicolo virtuale è divenuto obbligatorio per le verifiche individuate nello stesso atto dell'Autorità.

Agli operatori che intendono partecipare alle gare non viene più imposto l'onere di produrre per ognuna di esse la medesima documentazione, qualora già nella disponibilità dell'amministrazione.

L'obbligo di utilizzo del nuovo sistema è stato introdotto in maniera graduale. Con il Comunicato del Presidente del 16 novembre 2022 l'ANAC ha chiarito che in un primo momento le stazioni appaltanti che utilizzavano piattaforme telematiche, le SOA e le stazioni appaltanti che gestivano elenchi di operatori economici potevano continuare a svolgere tali verifiche, in via transitoria, con le modalità tradizionali previste dall'articolo 40 comma 1 del decreto del presidente della Repubblica n. 445 del 2000.

Quella entrata in vigore il 9 novembre, infatti, era una prima versione del F.V.O.E.. Il sistema, inoltre, consentiva l'utilizzo del F.V.O.E. soltanto previa acquisizione del CIG. Pertanto, in relazione agli istituti per i quali non era richiesta l'acquisizione del CIG quali, ad esempio, gli elenchi di operatori economici, la verifica sul possesso dei requisiti era svolta con le modalità precedentemente vigenti.

Con la delibera n. 262 del 20 giugno 2023⁴⁹⁸ sono stati disciplinati il funzionamento del F.V.O.E., le modalità di integrazione con gli Enti certificanti e di utilizzo da parte di soggetti abilitati, i requisiti e le cause di esclusione verificabili attraverso lo stesso e infine i dati e le informazioni disponibili e trattate a tali fini.

⁴⁹⁸ Adottata a seguito dell'intesa con l'AgID del 1 giugno 2023 e con il Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, accordata in data 12 giugno 2023.

Ai sensi dell'art. 3⁴⁹⁹ della suindicata delibera il F.V.O.E. consente alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti:

a) il controllo dell'assenza dei motivi di esclusione e del possesso dei requisiti di selezione di cui agli articoli 94, 95, 98, 100 e 103 del Codice in capo agli operatori economici partecipanti alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, agli ausiliari e ai subappaltatori;

b) il controllo, in fase di esecuzione del contratto, della permanenza dei requisiti di cui alla lettera a).

⁴⁹⁹ Lo stesso articolo precisa che per l'utilizzo del F.V.O.E.:

“a) la stazione appaltante e l'ente concedente, tramite il Responsabile Unico del Progetto abilitato o il Responsabile del Procedimento da questo delegato, acquisisce il CIG per ciascuna procedura di affidamento, indicando i soggetti abilitati alla verifica dei requisiti;

b) il soggetto abilitato alla verifica dei requisiti chiede l'accesso al F.V.O.E. dell'OE; il sistema consente l'accesso al fascicolo previa autorizzazione dell'OE;

c) attraverso il D.G.U.E. l'OE inserisce i riferimenti ai dati e ai documenti utili per la comprova dei requisiti. L'OE inserisce i dati e i documenti non presenti nel F.V.O.E. che non sono già in possesso della stazione appaltante e quelli che non possono essere acquisiti tramite interoperabilità con la P.D.N.D.;

d) Il sistema consente alla stazione appaltante l'accesso ai dati e ai documenti indicati nel D.G.U.E. e reperibili dal F.V.O.E.;

e) Tutte le comunicazioni svolte nell'ambito del F.V.O.E. tra ANAC e gli Enti certificanti avvengono attraverso la P.D.N.D. Per gli enti certificanti che non rientrano tra quelli indicati all'articolo 2, comma 2, del C.A.D. e non aderiscono alla P.D.N.D., le suddette comunicazioni avvengono nel rispetto delle linee guida AgID per l'interoperabilità tra le pubbliche amministrazioni;

f) Ai sensi dell'articolo 20, comma 1-bis, del C.A.D. sui documenti informatici inseriti dagli OE è apposta la firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, il documento è formato, previa identificazione informatica del suo autore, con modalità tali da garantirne la sicurezza, l'integrità e l'immodificabilità e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore;

g) Gli OE non residenti e privi di stabile organizzazione in Italia si dotano di un indirizzo di posta elettronica certificata o di un servizio di recapito certificato qualificato ai sensi del Regolamento eIDAS;

h) Per gli OE non residenti e privi di stabile organizzazione in Italia l'acquisizione dei dati di cui al precedente punto 2, lettera a) è effettuata ai sensi dell'articolo 40, comma 1 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445 del 28/12/2000 e la relativa verifica è svolta con le modalità previste dall'articolo 71, comma 2, del medesimo decreto”.

Il F.V.O.E. consente, altresì:

a) alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti, attraverso i servizi di interoperabilità con gli Enti Certificanti, l'acquisizione delle informazioni certificate comprovanti il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per l'affidamento dei contratti pubblici;

b) agli operatori economici, tramite apposite funzionalità, l'inserimento nel F.V.O.E. dei dati e delle certificazioni comprovanti il possesso dei requisiti speciali la cui produzione è a loro carico;

c) il riuso dei documenti presenti nel F.V.O.E. per la partecipazione a più procedure di affidamento, nei termini di validità temporale degli stessi; la validità temporale delle certificazioni riguardanti i requisiti di carattere generale è stabilita convenzionalmente in 120 giorni, ove non diversamente previsto;

d) il riuso da parte delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti dell'esito delle verifiche effettuate sulle singole certificazioni già utilizzate nell'ambito di diverse procedure di affidamento in cui il concorrente sia risultato aggiudicatario o subappaltatore autorizzato, nel limite di validità temporale di cui alla lettera c);

e) il riuso, da parte delle SOA, dell'esito delle verifiche di cui alla precedente lettera d) e di quelle effettuate nell'ambito di precedenti procedimenti di attestazione con riferimento ai C.E.L. privati, ai documenti a corredo degli stessi e ai titoli di studio e di abilitazione.

Le funzionalità del F.V.O.E. sono soggette a evoluzioni successive, in dipendenza della progressiva implementazione dei dati resi disponibili sulla P.D.N.D. da parte degli Enti certificanti. Con successivi provvedimenti dell'ANAC adottati di intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e con l'AgID saranno descritte e disciplinate

le nuove funzionalità nonché ulteriori profili⁵⁰⁰, tra cui le modalità di accesso al fascicolo per le SOA.

Sarà, dunque, necessario un confronto tra i rappresentanti delle SOA autorizzate e l'Autorità finalizzato a definire le modalità di esercizio dell'attività di attestazione mediante l'utilizzo del fascicolo virtuale.

Rimane certo che il processo di digitalizzazione introdotto dal nuovo Codice si sovrappone al progetto operativo che alcune società di attestazione avevano avviato, teso a valorizzare le tecnologie basate su registri distribuiti, secondo la definizione prevista dall'art. 8-ter della legge 11 febbraio 2019, n. 12, di conversione con modifiche del decreto legge 14 dicembre 2018, n. 135⁵⁰¹.

Il progetto, presentato nel luglio 2020, aveva come obiettivo, anticipando la creazione del fascicolo virtuale, la semplificazione di tutto l'*iter* di qualificazione, che sarebbe passata da analogica a digitale attraverso la *blockchain*, con garanzia di maggiore controllo e trasparenza del procedimento e sicurezza nel rapporto tra imprese – SOA – ANAC.

La volontà delle SOA, quindi, era di rivestire un ruolo di traino proattivo nel processo di digitalizzazione, con previsione di estendere l'accesso alla piattaforma ad altri *stakeholders* partecipanti a vario titolo nelle gare pubbliche (ANAC, Enti, P.A.).

⁵⁰⁰ L'art. 4 della suindicata delibera demanda ad un provvedimento successivo anche le modalità per la trasmissione al FVOE, mediante servizi di interoperabilità delle Piattaforme di approvvigionamento digitale con la PDND dei dati e delle informazioni in possesso delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti che configurano cause di esclusione ai sensi degli articoli, 94, 95 e 98 del codice; le modalità con cui il FVOE interopera con il DGUE, ai sensi dell'articolo 22, comma 1, lettera d), del Codice.

⁵⁰¹ P. PISELLI – S. DE MARINIS, *Soa e blockchain, al via un progetto per la qualificazione delle imprese 4.0*, in *Enti Locali & Edilizia – Il Sole24Ore*, 14 luglio 2020.

Sulla scorta della disciplina vigente, invece, come osservato, in maniera più conforme, a parere di chi scrive, al rapporto tra soggetto vigilante e vigilato, la gestione del fascicolo virtuale, così come dell'intero processo di digitalizzazione, è demandata all'Autorità, che dovrà fissare le modalità e limiti di accesso per gli organismi di attestazione.

5.2 La reputazione dell'impresa come componente del F.V.O.E.

Nelle diverse sedi di confronto, come osservato, i principali ostacoli all'avvio dell'operatività del *rating* d'impresa, sono stati ricondotti alle numerose incertezze e alle non chiare indicazioni teleologiche provenienti dal quadro normativo di riferimento.

In tale contesto si inserisce il nuovo Codice, il quale all'art. 109, recante la rubrica *Reputazione dell'impresa*, riprendendo e innovando la disposizione originariamente contenuta all'art. 83, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, istituisce, presso l'ANAC, un sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni, quale elemento del fascicolo virtuale dell'operatore economico (F.V.O.E.).

Le principali innovazioni rispetto alla disciplina previgente riguardano la semplificazione e la digitalizzazione del sistema e il suo collegamento con il suindicato fascicolo virtuale dell'operatore economico.

L'art. 109 precisa che il sistema è fondato su requisiti reputazionali, valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa in fase esecutiva, il rispetto della legalità, l'impegno della stessa sul piano sociale.

Secondo quanto previsto dal comma 2, lo strumento è finalizzato ad incentivare gli operatori al rispetto dei principi del risultato e di buona fede e affidamento. Le informazioni destinate a confluire nel F.V.O.E., gli elementi che saranno oggetto del monitoraggio, le modalità di raccolta dei dati e il meccanismo di applicazione saranno determinati dall'ANAC entro diciotto mesi dall'entrata in vigore del nuovo Codice, anche tenendo conto delle risultanze ottenute nel periodo iniziale di sperimentazione.

Nel provvedere a ciò l'ANAC dovrà effettuare un bilanciamento tra i suindicati elementi con il mantenimento dell'apertura al mercato, specie con riferimento alla partecipazione di nuovi operatori.

Tale inciso risulta di notevole rilievo, intendendosi scongiurare il pericolo, segnalato in passato, che l'indice reputazionale possa sconfinare in uno strumento che, se non correttamente utilizzato, produca l'effetto di creare distorsioni nell'accesso e nell'aggiudicazione delle gare, diminuendo, anziché aumentare, il tasso di efficienza del mercato dei contratti pubblici con l'imposizione di ulteriori oneri burocratici.

Risulta di tutta evidenza, altresì, come il legislatore delegato nel nuovo testo, nel tentativo di superare le suindicate criticità, che hanno reso gravosa l'implementazione dell'istituto del *rating*, è intervenuto con maggiore chiarezza sulla definizione dei criteri valutativi, razionalizzando l'impianto originario ed eliminando alcuni tra gli elementi che avevano destato maggiori perplessità interpretative.

Si constata che il *rating* di legalità non viene più citato espressamente tra i possibili criteri premiali, e del resto non viene citato dall'art. 109⁵⁰².

⁵⁰² R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale dei Contratti Pubblici*, Nel diritto Editore, 2023, p. 511 osservano che «tuttavia sembra che il sistema divisato da tale norma non sia funzionale soltanto a consentire alle stazioni appaltanti di accertare la verità di quanto dichiarato dagli operatori economici nella domanda di partecipazione e negli allegati, al fine di far valere anche eventuali cause di esclusione: l'inciso contenuto nel comma 2,

Tuttavia dalla previsione contenuta nell'art. 222, comma 7, del nuovo Codice, emerge che il rating di legalità “concorre anche alla determinazione della reputazione dell'impresa”. Tale disposizione evidenzia che vi sia un'ontologica differenza tra i due istituti, senza però spiegare quale sia il rapporto esistente tra gli stessi e quale uso si potrà fare dell'uno e dell'altro.

Conclusioni

All'esito della trattazione appare opportuno tentare di formulare alcune considerazioni conclusive.

La qualificazione configura un “processo”, logicamente preliminare alla fase di gara, finalizzato a garantire che l'operatore economico, che si accinge ad intrattenere rapporti negoziali con la pubblica amministrazione, latamente intesa, abbia i sufficienti requisiti morali, tecnici ed economici per poter partecipare ad una procedura selettiva.

La legge n. 109/1994, istitutiva del sistema SOA, ha risposto all'esigenza di superare l'arretratezza e l'inadeguatezza della normativa che disciplinava l'albo nazionale costruttori, intervenendo in un contesto di estrema preoccupazione per il dilagare della corruzione, specialmente nella contrattualistica pubblica, all'indomani del fenomeno giudiziario-politico noto sotto il nome di Tangentopoli.

secondo cui l'ANAC, nelle indicazioni operative che darà dovrà effettuare un “bilanciamento” tra gli elementi informativi che confluiscono nel fascicolo virtuale dell'operatore economico e “il mantenimento dell'apertura del mercato”, suggerisce che anche il nuovo sistema possa avere una finalizzazione analoga a quella del precedente sistema. Del resto, anche la collocazione della norma in questione nel Titolo dedicato alla selezione delle offerte conforta tale conclusione».

La scelta di affidare l'attività di qualificazione a soggetti privati, autorizzati e sottoposti alla vigilanza della competente Autorità di settore, ha rispecchiato la convinzione diffusa in tale momento per cui l'unica via da percorrere per abbattere condotte corruttive fosse quella di ridurre quanto più possibile i margini di discrezionalità delle stazioni appaltanti.

La tesi si è posta, pertanto, l'obiettivo di verificare se, il sistema SOA, a circa venti anni dalla sua introduzione, possa ritenersi una scommessa vinta o, al contrario, necessiti di un ripensamento, anche alla luce dell'emersione e dell'affermazione delle spinte derivanti dall'ordinamento europeo.

Risulta con tutta evidenza che in Europa il modello più diffuso è quello di tipo civilistico, nel quale sono le singole stazioni appaltanti ad occuparsi della qualificazione delle imprese per ogni gara. Tale modello orienta, quindi, la filosofia dell'Unione nel garantire ampi margini di discrezionalità alle pubbliche amministrazioni, con le responsabilità che ne derivano.

Come si è cercato di osservare, il legislatore nazionale, a partire, in particolare, dal recepimento delle direttive UE nn. 23, 24 e 25 del 2014, per mezzo della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 e del d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50, ha mostrato l'intenzione di revisionare l'intera materia.

Risulta chiara, infatti, la volontà di puntare su un sistema fondato sulla qualificazione non solo degli operatori economici, per farne interlocutori affidabili sul lato dell'offerta, ma anche su quella delle amministrazioni, per farne interlocutrici autorevoli sul lato della domanda.

E questi due aspetti sono tra di loro strettamente connessi nel segno dell'efficienza, come due facce della stessa medaglia.

Il tentativo fallito di introdurre il nuovo istituto del *rating* d'impresa, finalizzato a consentire una migliore qualificazione dei partecipanti alle gare e delle loro offerte, è, in buona parte, infatti, da ricondurre alla

mancata implementazione della qualificazione delle stazioni appaltanti, tesa alla riduzione e professionalizzazione delle pubbliche amministrazioni abilitate ad esperire le procedure di gara.

Quest'ultimo istituto sta gradualmente prendendo forma e, nonostante l'innalzamento da 150.000 a 500.000 euro della soglia per la qualificazione delle stazioni appaltanti previsto dal d.lgs. n. 36/2023 in materia di lavori, costituisce un punto di partenza, utile per verificarne l'eventuale impatto sulle future linee evolutive del sistema SOA.

Il modello di qualificazione SOA rimane allo stato vigente e, ancorché il legislatore abbia prospettato più volte un suo superamento, non è stata assunta alcuna concreta iniziativa in tal senso.

Una spinta verso il superamento dell'attuale sistema di qualificazione obbligatoria preventiva, o quantomeno per un ridimensionamento del ruolo e della centralità dei soggetti qualificatori, potrebbe venire dai processi di digitalizzazione delle procedure inerenti agli appalti pubblici.

L'effettiva implementazione e operatività del fascicolo virtuale dell'operatore economico, non potrà prescindere, tuttavia, almeno in una prima fase, da un confronto e una stretta collaborazione tra i rappresentanti delle SOA autorizzate e l'Autorità nel definire le nuove modalità di esercizio dell'attività di attestazione.

BIBLIOGRAFIA

G. AMATO, *La nuova costituzione economica*, in G. DELLA CANANEA – G.

NAPOLITANO (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998, pp. 11 e ss;

S. AMSTERDAMSKI, *Certezza/dubbio* in *Enciclopedia*, Einaudi, Torino, 1977, p. 968

ANAC, *Comunicato del Presidente del 9 maggio 2018*, in www.anticorruzione.it;

ANAC, delibera n. 141 del 30 marzo 2022, approvazione delle *Linee guida recanti «attuazione – anche a fasi progressive - del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza da porre alla base del nuovo sistema di qualificazione che sarà reso operativo al momento della entrata in vigore della riforma della disciplina dei contratti pubblici.»*;

ANAC, *Proposta finalizzata all'adozione del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui all'art. 83, comma 2, del d.lgs. 50/2016 avente ad oggetto il sistema unico di qualificazione degli esecutori di*

lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, in www.anticorruzione.it;

ANAC, Protocollo d'intesa per l'attuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza e ulteriori profili di collaborazione, 2021, in www.anticorruzione.it;

ANAC, Manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro, in www.anticorruzione.it;

ANAC, Relazione annuale 2020, giugno 2021 in www.anticorruzione.it;

ANAC, Relazione al Parlamento sull'attività svolta dall'ANAC nel 2021 – Qualificazione stazioni appaltanti, in www.anticorruzione.it;

ANAC, Relazione al Parlamento sull'attività svolta dall'ANAC nel 2022, in www.anticorruzione.it;

ANAC, Segnalazione al Governo e al Parlamento, Potere dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici in materia di annullamento o riduzione delle attestazioni di qualificazione rilasciate dagli organismi di attestazione – SOA, 14 gennaio 2004, in www.anticorruzione.it;

ANAC, Stralcio della ricognizione straordinaria sulle Società Organismi di Attestazione (S.O.A.), 2016, in www.anticorruzione.it;

AVCP, Determinazione n. 6, 3 aprile 2002;

C. ANGELICI, *Le azioni*, in *Il Codice civile – Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992, p. 195;

A. ASTANZI, *Le società organismi di attestazione (SOA)*, in *Rivista Trimestrale degli appalti* n. 4/2000, pp. 718 e ss – Maggioli Editore S.p.a. – Rimini;

R. BARBERIO, *La natura giuridica degli atti delle SOA*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 9/2005, pp. 996 e ss;

A. BARGONE, *Le innovazioni normative in tema di qualificazione in Manuale del diritto dei lavori pubblici*, 2001;

A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e “certezze private”*, 2010, Giuffré, Milano, p. XIII;

A. BENEDETTI, *Certezza pubblica*, in *Diritto on line*, 2014 in <https://www.treccani.it>;

C. BENETAZZO, *ANAC e sistema europeo dei contratti pubblici*, Giappichelli Editore, 2020;

F. BENVENUTI, *Funzione*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989;

P. BONACCI, *“Il riordino normativo nel settore degli appalti di opere pubbliche”*, 1995

A. BOTTO – S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Giappichelli Editore, 2020, pp. 309 e ss;

A. BOZZETTO, *La selezione degli offerenti*, in *I nuovi appalti pubblici: commento al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, M. CORRADINO – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), Milano, Giuffrè, 2017, pp. 358 e ss

G. BRIENZA, *Utilizzo dei criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese*, in www.osservatorioappalti.unitn.it;

M. BRUSONI – N. CUSUMANO, *Qualificazione delle stazioni appaltanti: il ruolo chiave delle competenze*, in www.forumpa.it (sez. “Temi”, “PA digitale”), 7 settembre 2016;

I. BUCCISANO, *Accertamento*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1989;

S. CACACE, *SOA: una riforma incompiuta*, www.giustizia-amministrativa.it, 2007;

V. CAIANIELLO, (voce) *Concessioni (Diritto amministrativo)*, in *Nss. Dig. It.*, vol. II app., Torino, 1981, p. 234 ss;

A. CANCRINI, *L'albo nazionale dei costruttori*, in *Rivista Trimestrale degli appalti*, n. 2-3-4/1993, pp. 257 e ss;

A. CANCRINI, *La privatizzazione del sistema della qualificazione e le Soa*, in *Rivista Trimestrale degli appalti* n. 3/2000, pp. 459 e ss;

A. CANCRINI – P. PISELLI, *Commento al d.p.c.m. 10 gennaio 1991, n. 55 sui bandi di gara*, in *Riv. trim. app.*, 1991, p. 735;

R. CANTONE, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la vita di relazione internazionale: l'esperienza innovativa di ANAC dal 2014 al 2020*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021;

P. CALAMADREI, Prefazione al volume di W. Bigiavi, *Ateismo e affidamento della prole*, Cedam, Padova, 1951, p. XVI;

F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, ed. litogr., Padova, 1911-1914, pp. 1232 e ss;

S. CARAMELLA, *Certeza* in *Enciclopedia filosofica*, I, pp. 989-991;

R. CARANTA, *Ancora un'Autorità indipendente*, in *Commentario alla legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di F. CARINGELLA, Milano, 1999;

A. CARULLO, *L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici, I*, a cura di A. Carullo – A. Clarizia, Padova, 2000, p. 199

E. CASETTA, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1999;

S. CASSESE, *I controlli della p.a.*, Bologna, 1993;

S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari-Roma, 1995;

S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunit.*, 1996, p. 590;

S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2000, p. 389;

M. CERA, *Le società di intermediazione mobiliare*, nel *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO – G. B. PORTALE, Torino, 1993, pp. 65 e ss;

G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti (1903)*, in *Saggi di dir. proc. civ.*, I, Roma, 1930, p. 85;

E. CHITI, *La normalizzazione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, parte speciale*, cit. pp. 4003 e ss;

A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 222;

A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 136 e ss;

M. CIANI, *Prime impressioni su un'ulteriore disorganica legge di aggiornamento all'albo nazionale costruttori e sulla circolare interpretativa del Ministero dei lavori pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 1987, p. 224;

Circ. Min. LL.PP. 8 gennaio 1949, n. 511; Circ. min. LL.PP. 24 maggio 1949, n. 7474, in A. VARANESE, *Circolari e istruzioni ministeriali sulle opere pubbliche*, Milano, 1957, pp. 351 e ss.;

G. P. CIRILLO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici emanati nell'esercizio dei poteri di vigilanza sul sistema di qualificazione delle imprese*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, n. 4/2000, p. 743 – Maggioli Editore S.p.a. – Rimini;

M. CIANI, *Commento all'articolo 15 del d.m. 9 marzo 1989, n. 172*, in *Riv. trim. app.*, n. 2/1990, p. 610;

C. CIVOLI, *Fede pubblica*, in *Enc. giur. It.*; VI, 1 Soc. Ed. Libreria, Milano, 1900, p. 1015;

M. CLARICH, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2016, n. 3, p. 749;

A. CLARIZIA, *L'attestazione Soa tra pubblico e privato*, in www.giustamm.it, n. 5/2004;

P. CLARIZIA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: lo stato dell'arte*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2022, 2, p. 273;

M. COLAPINTO, *Attestazione Soa ed appalti pubblici: profili di giurisdizione*, in www.italiappalti.it, del 4 luglio 2016;

COMMISSIONE EUROPEA, *Report sulla competitività del settore delle costruzioni “The competitiveness of the Construction Industry”*, 1997 in www.aei.pitt.edu;

COMMISSIONE EUROPEA, *La modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici*, 2011, p. 19, in www.ec.europa.eu;

A. CRISAFULLI, *Il nuovo sistema di qualificazione dopo la «Merloni-ter»*, in *Urbanistica e Appalti* n. 4/1999, pp. 354 e ss;

P. CONIO – L. LEONE, *Gare pubbliche di servizi: verso un “indice reputazionale” per le imprese?*, in *FMI Facility management Italia*, n. 5/2009, p. 18;

C. CONTESSA, *Giunge alla Consulta la questione dell'obbligo per le SOA di svolgere attività in via esclusiva*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, p. 221;

M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1979;

M. CORSINI – D. BARBATO in AA.VV., *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla «Merloni ter»*, a cura di L. GIAMPAOLINO, M. A. SANDULLI, G. STANCANELLI, Milano, 1999, pp.110 e ss;

R. COSTI – L. ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Gottino, vol. III, Padova, 2004;

A. CUNEO, *Appalti di opere pubbliche*, II ed., Milano, 1924, pp. 102 e ss.;

M. D'ALBERTI, (voce) *Concessioni amministrative*, in *Enc. Giur.*, vol. VII, Roma, 1988;

M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, pp. 297 e ss;

F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Torino, Utet, 1934;

R. DALOISO, *La nuova disciplina sulla qualificazione degli appaltatori*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 8/2004, pp. 898 e ss;

R. DAMONTE, “«Al via» il nuovo sistema di qualificazione” in *Urbanistica e Appalti*, n. 5/2000, pp. 478 e ss.

R. DAMONTE, *Il potere dell'Autorità di vigilanza di annullare in via diretta le attestazioni SOA*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 6/2004, pp. 683 e ss;

R. DAMONTE, *La qualificazione*, in *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, a cura di F. CARINGELLA e G. DE MARZO, Milano, 2003;

R. DAMONTE, M. BERSI, *La qualificazione*, Nel Diritto Editore, Roma, 2013;

G. DEVOTO – G. OLI, Voce “referenza”, in *Dizionario della lingua italiana*, 2001, Le Monnier

F. DE CAROLIS, *Relazione*, in *Contratti pubblici*, Roma, 2013, p. 110;

G.M. DE FRANCESCO, *L'ammissione nella classificazione degli atti amministrativi*, Milano, 1926;

F. DE LEONARDIS, *L'esercizio privato di pubbliche funzioni e pubblici servizi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006, pp. 2296 e ss;

F. DE LEONARDIS, *L'esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. dir.*, I, 2007, p. 570 e ss;

F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Milano, 2000, p. 198;

S. DE MARINIS, *Il regolamento sul bando "tipo"*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1991, II, p. 157;

C. DE PORTU, *La qualificazione delle imprese per un mercato efficiente: liberi suggerimenti..o mere suggestioni in attesa del regolamento del codice dei contratti pubblici*, in *Riv. Trim. App.*, I, 2020, p. 173 e ss.

V. DI CATALDO, *Gli statuti speciali delle società azionarie*, in *Giur. comm.*, 1991, I, p. 468;

N. DONI, *L'affidamento mediante gara di contratti pubblici: l'importanza della reputazione*, in *Politica economica*, n. 2, agosto 2005;

L. DONATO, *prospettive e recepimento delle direttive: lotta alla corruzione, professionalizzazione e semplificazione*, in *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, a cura di L. DONATO, in *Quaderni di ricerca giuridica*, 2016, in www.bancaditalia.it;

G. ELMOSI, M. ROTONDI, *L'appalto di opere pubbliche*, III ed., Milano, 1999, pp. 59 e ss;

A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Vol. I, Milano, 1958;

G. FIDONE, *Dalla rigidità della legge Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità*, in *Il Foro amministrativo*, T.A.R., 2007, 12, pp. 3971-3989;

G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 3, pp. 330-333;

A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Cedam, Padova, 2003.

S. FOÀ, *L'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici può annullare le attestazioni SOA: esercizio privato di funzione pubblica e controllo*, in *Foro Amministrativo*, 2004;

S. FOÀ, *Nuovi munera pubblici e principio di imparzialità. Il caso delle società organismi di attestazione in materia di lavori pubblici*, in www.giustamm.it;

U. FORTI, *Diritto amministrativo parte generale*, vol. II, Napoli, Jovene, 1934;

F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza* (a cura di), Milano, 2006;

U. FRAGOLA, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Napoli, 1949;

A. M. FRANCESCHINI, *L'albo dei costruttori e le gare per le opere pubbliche*, Milano, 1989, pp. 229 e ss;

S. FREUD, *Il disagio della civiltà*, 1929, in *Opere*, X, Torino, Bollati Boringhieri, 1989, p. 602.

E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, cit. p. 3996;

T. GAETA – C. CALDERONI, *Le società organismo di attestazione (S.O.A.): nuove società di diritto speciale*, in *Notariato*, 2001, 1, pp. 79 ss;

G. GAITO, *La valutazione della performance e i suoi riflessi sulla qualificazione delle imprese. Le problematiche dell'inserimento di meccanismi reputazionali nelle gare pubbliche*, in *Appalti e contratti*, 2011, 7, pp. 8 e ss;

F. GARRI, voce *Appalto pubblico*, in *Novissimo Dig.*, Appendice, vol. I, Torino, 1980, p. 330;

L. GALLI – M. RAMAJOLI, *Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d'impresa*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 1/2017;

M. GALLO, voce *Contratto di diritto privato degli Enti pubblici*, in *Novissimo Dig.*, vol. IV, Torino, 1959, p. 636;

R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale dei contratti pubblici*, Nel Diritto Editore, 2023, p. 134;

S. GATTAMELATA, *L'Autorità sui lavori pubblici: il suo difficile inserimento nella famiglia delle Amministrazioni indipendenti*, in *Riv. Trim. appalti*, 1996, p. 57;

F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova, 2005;

G. GHIDINI – M. MERGATI, *Le novità in tema di qualificazione negli appalti pubblici (commento a D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34)*, in *Contratti*, 2000, pp. 481 e ss;

A. GIACHI, (a cura di) *Rating reputazionale, fornitori e buona esecuzione del contratto. Il punto di vista delle Pubbliche Amministrazioni*, studio a cura di, pubblicato nel 2015 dalla Fondazione Promo P.A.;

S. GIACCHETTI, *Certificazione*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988.

M. S. GIANNINI, *Accertamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958;

M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, 1960.

M. S. GIANNINI, *Albo*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 1013;

M.S. GIANNINI, *Certeza pubblica*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960;

M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, II ed. (a cura di A. MIRABELLI CENTURIONE), 2000;

P. GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi*, Milano, Giuffrè, 1996;

A. GRAZIANO, *L'appaltatore di lavori pubblici*, Rimini, 1997;

M. GRECO, *I sistemi regionali di qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici*, in www.giustamm.it, n. 6/2001;

M. GRECO, *La legge «Merloni-ter» e il nuovo sistema di qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici*, in *Riv. giur. edil.*, n. 3/2000, p. 130;

M. GRECO, *La qualificazione nei lavori pubblici*, Maggioli Editore, 2003;

C. GUCCIONE, D. GALLI, *Il nuovo sistema di qualificazione nei lavori pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, Ipsoa, n. 1/2000;

M.P. GUERRA, *Dalla spending review a un “sistema” del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti tra centralizzazione e policentrismo*, in *Astrid Rassegna*, www.astrid-online.it, 2016, n. 20;

V. GUERRIERI, *Quali vie per razionalizzare il sistema del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti e gli effetti sulla centralizzazione degli acquisti*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 8 (11 aprile 2018);

A. HÄNEL, *Deutsches Staatsrecht*, vol. I, Leipzig, 1892, pp. 169-192;

C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle SOA (Società organismi di attestazione)*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, vol. III, t. 2;

L. IEVA, *L'autorità di vigilanza sui lavori pubblici*, in www.lexitalia.it, 2000;

L. IEVA, *Ancora sul valore giuridico delle c.d. «determinazioni» dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici*, in *Urbanistica e Appalti* n. 3/2004, pp. 333 e ss;

L. IEVA, *Non esiste il potere dell'Authority di annullare (o modificare) le attestazioni SOA*, in *Urbanistica e appalti*, n. 7/2003;

K. KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlino, 1910, pp. 63 e ss;

P. LAZZARA, *L'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici*, in *Manuale del diritto dei lavori pubblici*, a cura di A. BARGONE – P. STELLA RICHTER, 2001;

A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 2007, pp. 570-595;

A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Giappichelli Editore, Torino, 2005;

L. MANZI, *Commento agli artt. 70-75 del regolamento attuativo al codice dei contratti pubblici*, in *Il nuovo regolamento appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Roma, 2011, pp. 303 e ss;

G. MARASÀ, *Le società (Società in generale)*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Milano, 2000, pp. 252-257;

G. MARASÀ, *Società speciali e società anomale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993;

B.G. MATTARELLA, *Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione*, in *Atti del LXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016;

G.B. MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, tomo I, Milano, Giuffrè, 2000;

S. KELMAN, *Procurement and Public Management. The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*, Washington D.C., AEI Press, 1990;

U. MASTELLONI, *L'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori: natura e «trasferibilità»*, in *Riv. trim. app.*, 1989, p. 487;

J. R. MAXEINER, *Legal Certainty and Legal Methods: A European Alternative to American Legal Indeterminacy*, in *Tulane J. Intern. & Comparative L.*, 2007, p. 541;

A. P. MAZZUCCATO – G. PENZO DORIA, *L'attestazione di intervenuta efficacia dell'aggiudicazione definitiva negli appalti pubblici*, in www.filodiritto.com;

R. LUCIFREDI, *Per la moralizzazione dei pubblici appalti*, in *Nuova Rass. Legisl.*, 1946, p. 193;

G. LA VILLA, *L'oggetto sociale*, Milano, 1974, p. 99;

P. MALANETTO, *Principi generali*, in *Manuale dei Contratti Pubblici*, Nel Diritto Editore, 2023, p. 14;

F. MERUSI, *Il diritto pubblico delle libere professioni. Ordini, albi, e diritto di stabilimento nel diritto vigente e «quasi vigente»*, in *Dir.Amm.*, Fasc. 3/2005, p. 449;

F. MERUSI, G. TOSCANO, voce *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, 1988;

M. MIGUIDI, *La qualificazione delle imprese negli appalti pubblici. Prime riflessioni a commento del decreto-legge 502/99*, p. 4 in <http://www.giust.it>;

S. MINIERI, *La qualificazione nei lavori pubblici dall'ANC alla certificazione di qualità*, 2000;

V. MINIERO, *Esercizio privato di funzioni pubbliche. La natura delle SOA*, in www.diritto.it;

A. NAPPI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. giur. It.*, Milano, 2010;
G. NAVARRA, (a cura di), *Legge quadro in materia di lavori pubblici – primi spunti problematici*, in *Studi in onore di Giovanni Giordano*, Centro studi L.P., Roma, 1994, pp. 31 e ss;

I. A. NICOTRA (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli Editore, 2016;

F. NUTI, *La qualificazione delle imprese nell'ordinamento italiano: profili comparati e spunti problematici*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, n. 1/2011, pp. 61 e ss;

M. OCCHIENA, *Le certificazioni nei processi decisionali pubblici e privati*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnolo Vigorita*, Napoli, 2007;

A. ORSI BATTAGLINI, (voce) *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. II, Torino, 1987, p. 58 ss;

A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Atti del LXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, pp. 43 e ss;

C. PERTOCCHI, *La politica dei lavori pubblici*, Roma, s.d., p. 297, ove si riproduce lo scritto *Riforme e controriforme in materia di lavori pubblici*, in *Acque e trasporti*, 1925;

L. PROSPERETTI – M. MERINI, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: una prospettiva economica*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 27 ss., spec. pp. 29-37;

S. PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, Giuffrè, Milano, 1961;

S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935;

G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000;

R. RAMETTA, *Il bando “tipo” ex art. 17 l. n. 55 del 1990*, in *Riv. trim. app.*, 1993, p. 7;

O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, parte I, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894, pp. 7 e ss;

C. RANGONE, *Procedure e tempi di esecuzione delle grandi opere nei paesi industrializzati: analisi comparata delle procedure più efficaci per la realizzazione delle opere pubbliche in Francia, Germania, Gran Bretagna e Spagna*, Studio OICE, dicembre 2007, in www.oice.it.

C. RANGONE, *La selezione delle imprese in Europa tra discrezionalità, responsabilità e politiche di qualificazione della spesa*, Atti convegno IGI, 2010;

C. RANGONE, *La qualificazione e la selezione delle imprese di costruzione nell'Unione Europea*, intervento a Convegno UNISOA, dicembre 2013;

C. RANGONE, *Il recepimento delle direttive appalti e concessioni negli Stati membri*, IGI – Istituto Grandi Infrastrutture, marzo 2016;

C. RANGONE, *Relazione*, in *Contratti pubblici*, Roma, 2013;

A. RIVIEZZO, *L'autorità dell'anticorruzione*, Mucchi, 2020;

A. ROCCHIETTI MARCH, *Rating di impresa e di legalità, i criteri reputazionali*, in *Trattato sui contratti pubblici*, vol. 2, Ed. Giuffré, 2019;

S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, S. e I., 1912, pp. 51 e ss;

G. ROSSI, *Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella redistribuzione della ricchezza*, in *Dir. pubbl.*, 1997;

M. ROTONDI, *Dall'A.N.C. ai nuovi sistemi di qualificazione delle imprese*, in R.

VILLATA (a cura di), *L'Appalto di opere pubbliche*, Padova, 2001, pp. 191;

F. SAITTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Cedam, 2008, pp. 293 e ss;

G. SALA, *Certificati e attestati*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, II, 1987, pp. 536 e ss;

P. SALVATORE, *Autorizzazione*, (voce) in *Enc. Giur.*, vol. IV, Roma, 1988

P. SALVATORE, *Le attestazioni SOA nell'atto di segnalazione al Governo e al Parlamento del 21 gennaio 2004*, in *Cons. Stato*, n. 2/2004, pp. 455 e ss;

A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, tomo II;

P. SANTORO, *I contratti pubblici*, Rimini, 1995.

A. D. SCANO, *Le SOA (Società Organismi di Attestazione). Profili di diritto societario*, in *Rivista di Diritto dell'Impresa*, n. 1/2006, pp. 31 e ss;

F. G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.* aggiornamento VI, Milano;

F. G. COCA, *Sospensione e cancellazione dell'impresa dall'albo Nazionale dei Costruttori e sostituzione nelle cariche delle persone inquisite o condannate*, in *Riv. trim. app.*, 1994, II, pp. 753 e ss;

Servizio studi della Camera dei Deputati, dossier *Sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici* n. 1367, XIII legislatura – dicembre 1999;

F. SICILIANO, *L'insostenibile leggerezza dell'essere amministrativo e l'altra faccia della SOA. Appunti critici a margine delle elaborazioni sul tema e riflessioni sulla categoria del soggetto nel diritto amministrativo*, in www.giustamm.it, n. 7/06;

F. SICILIANO, *Qualificazione per eseguire i lavori pubblici e norme di garanzia della qualità* in *Il nuovo codice dei contratti pubblici dei lavori, servizi e forniture*, a cura di F. SAITTA, CEDAM, Padova, 2008, p. 356 e ss;

E. SILVESTRI, (voce) *Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, p. 370 ss;

D. SORACE – C. MARZUOLI, (voce) *Concessioni amministrative*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, p. 280 ss;

D. SORACE, *Il governo dell'economia*, in G. AMATO – A. BARBERA (a cura di) *Manuale di diritto pubblico*, tomo II, Bologna, 1997, pp. 111 e ss;

D. SPINELLI, *Il modello Acea: oltre la retorica c'è chi cerca la vera concorrenza*, in *Edilizia e Territorio*, n. 6/2009, pp. 13 e ss;

G. SPAGNOLO – F. DINI, *Meccanismi reputazionali e mercati elettronici: problematiche economiche e possibili soluzioni per il public procurement*, in *Quaderno CONSIP*, 2, novembre 2004;

G. SPAGNOLO, *Reputation, Competition and Entry in Procurement*, *EIEF working paper*, 2012, in www.eief.it;

A. STOPPANI, *Certificazione*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960;

Studio Cresme, 2020, *Studio sulla qualificazione delle imprese operanti nel mercato degli appalti pubblici e sulla qualità nelle costruzioni*, in www.cqop.it;

Studio OICE, *Procedure e tempi di esecuzione delle grandi opere nei paesi industrializzati*, Roma, 2007;

E. TANZARELLA, *SOA: sistema di qualificazione e libertà di apprezzamento della stazione appaltante*, in *Servizi pubblici e appalti*, n. 2/2004, pp. 283 e ss;

A.R. TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2005;

F. TITOMANLIO, *Il sistema di qualificazione nei lavori pubblici*, pp. 407 e ss., in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, Milano, 2010;

F. TITOMANLIO, *Le Soa: un qualificatore privo di investitura*, in www.giustamm.it, n. 1/2009;

R. TITOMANLIO, *La qualificazione*, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici* a cura di A. CARULLO e A. CLARIZIA, Padova, 1994, pp. 226 e ss;

L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, in www.rivistadellaregolazioneideimercati.it, 2016, n. 2, pp. 72 e ss;

L. TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2001, pp. 1105

A. TRAVI, voce *Decisione amministrativa*, in *Digesto (disc. Pubbl.)*, IV ed., vol. IV, Torino, 1989, pp. 524 e ss;

M. A. VENCHI, voce “*Opere pubbliche*”, in *Enc. dir.*, Milano, vol. I, p. 370;

G. VIGNOCCHI, *Gli accertamenti costitutivi nel diritto amministrativo*, Milano, 1950;

S. VINTI, *La funzione di controllo sulla qualificazione delle imprese*, in www.giustamm.it, n. 2/2010;

P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, vol. II, Giuffrè, 2001;

G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979;

C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1950, vol. II, p. 319;

C. VITTA, *Gli atti certificativi e le decisioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1924, IV, pp. 97 ss;

C. VITTA, *Nozione degli atti amministrativi e loro classificazione*, in *Giur. It.*, IV, pp. 183 e ss;

G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1945;

R. WEIGMANN, *Società per azioni, ad vocem*, in *Digesto disc. priv.*, sez. comm., XIV, Torino, 1997;

G. ZANOBINI, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1918, I, p. 169;

A. ZITO, *Il rating d'impresa nel sistema degli appalti pubblici: un contributo per la sua definizione e messa in opera*, *www.giustamm.it*, n. 12/2016;

M. ZOTTA, *Gli accertamenti costitutivi nel quadro degli atti amministrativi*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1940, I, pp. 135 e ss;

Giurisprudenza

Consiglio di giust. sic., 29 aprile 1967, n. 278, in *Il Cons. di Stato*, 1967, I, p. 755;

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 30 gennaio 2014, n. 16

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 7 aprile 2011, n. 4;

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 18 luglio 2012, n. 27;

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 20 luglio 2015, n. 8;

Consiglio di Stato, sezione consultiva, parere n. 203 del 29 novembre 1999;

Consiglio di Stato, sezione consultiva atti normativi, parere n. 3262 del 17 settembre 2007;

Consiglio di Stato, sez. III, 7 maggio 2019, n. 2932;

Consiglio di Stato, sez. IV, 17 settembre 2004, n. 6158;

Consiglio di Stato, sez. IV, 29 ottobre 2013, n. 5213;

Consiglio di Stato, sez. V, 11 aprile 1991, n. 517, in *Il Cons. di Stato*, 1991, I, p. 58;

Consiglio di Stato, sez. V, 13 giugno 1998, n. 830, in *Foro Amm.*, 1998, p. 1737;

Consiglio di Stato, sez. V, 14 maggio 1968, n. 605, in *Il Cons. di Stato*, 1968, I, p. 898;

- Consiglio di Stato, sez. V, 23 luglio 1994, n. 800, in *Giur. It.*, 1995, III, p. 1, 21;
- Consiglio di Stato, sez. V, 19 aprile 2011, n. 2401;
- Consiglio di Stato, sez. V, 8 marzo 2017, n. 1091;
- Consiglio di Stato, sez. V, 6 luglio 2019, n. 4148;
- Consiglio di Stato, sez. V, 14 giugno 2021, n. 4622;
- Consiglio di Stato, sez. VI, 16 marzo 1993, n. 247, in *Il Cons. di Stato*, 1993, I, p. 403;
- Consiglio di Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 991;
- Consiglio di Stato, sez. VI, 24 gennaio 2005, n. 129;
- Consiglio di Stato, sez. VI, 9 settembre 2008, n. 4299;
- Consiglio di Stato, sez. VI, 4 luglio 2012, n. 3905;
- Consiglio di Stato, sez. III, 20 agosto 2013, n. 4191;
- Consiglio di Stato, sez. III, 27 settembre 2016, n. 3970;
- Corte Costituzionale, 20 dicembre, 1989, n. 563;
- Corte Costituzionale, 7 novembre 1995, n. 482, in *Il Cons. di Stato*, 1995, II, p. 1927;
- Corte dei Conti, sez. contr. Stato, 8 marzo 1993, n. 28, in *Il Cons. di Stato*, 1993, II, p. 1363;
- Corte di Cassazione, sez. unite, 17 febbraio 2012 n. 2312;
- Corte di Cassazione, sez. I pen., 6 luglio 2021 n. 38030;
- Corte di Giustizia UE, 24 gennaio 2008, causa 532/06, *Emm. G. Lianakis AE*, punti 29 e 30;
- Corte di Giustizia UE 19 giugno 2003, causa 315/01, GAT, punti 63-64;
- Corte di Giustizia UE 17 settembre 2002, causa 513/99, *Concordia Bus Finland*, punti 54 e 59;
- Corte di Giustizia UE 18 ottobre 2001, causa 19/00, *SIAC Construction*, punti 35 e 36;

Corte di Giustizia UE 20 settembre 1988, causa 31/87, *Bentjees*, punto 19;
T.A.R. Basilicata, Potenza, 29 aprile 2013, n. 214;
T.A.R. Basilicata, Potenza, 3 febbraio 2020, n. 117;
T.A.R. Calabria, Catanzaro, 21 gennaio 2019, n. 96;
T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 10 luglio 2015, n. 3670;
T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 10 aprile 2015, n. 785;
T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 8 luglio 2009, n. 3823;
T.A.R. Lazio, sez. I, 27 aprile 1987, n. 1445;
T.A.R. Lazio, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 9717;
T.A.R. Lazio, sez. II-*bis*, 6 maggio 2004, n. 3898;
T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 16 ottobre 2002, nn. 8721 e 8722;
T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 12 marzo 2003, n. 1868;
T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 19 maggio 2003, n. 4368;
T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 1 settembre 2004, n. 8214;
T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 25 maggio 2005, n. 4116;
T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 10 giugno 2011, n. 4951;
T.A.R. Lazio, Roma, 11 gennaio 2017, n. 449;
T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *quater*, 24 maggio 2018 n. 5781;
T.A.R. Piemonte, II, 1° luglio 1989;
T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 9 giugno 2016, n. 737;
T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 14 febbraio 2019, n. 253;
T.A.R. Sardegna, sez. I, 18 luglio 2002, n. 892;
Tribunale di Roma, sez. VIII pen., 17 marzo 2022 n. 4451;
Tribunale di Roma, sez. VII pen., 20 settembre 2022 n. 10636.