

# *Qualificazione soggettiva delle imprese concorrenti, certezza pubblica e sindacabilità giurisdizionale: spunti di riflessione.*

*Di Francesca Caponetti  
Specializzanda presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"  
Facoltà di Giurisprudenza*

Sommario: 1. Brevi considerazioni introduttive. – 2. La natura giuridica delle attestazioni S.O.A. e la certezza pubblica. - 3. La sindacabilità giurisdizionale delle attestazioni S.O.A. - 4. Brevi considerazioni finali: formalismi documentali e competitività.

## **1. Brevi considerazioni introduttive.**

È principio da tempo acquisito quello per cui l'Amministrazione pubblica, nel perseguimento dei fini previsti dall'ordinamento giuridico, dispone tanto della capacità di diritto pubblico, quanto di quella di diritto privato<sup>1</sup>.

È noto anche che, l'Amministrazione pubblica, nell'esercizio dell'attività del secondo tipo, c.d. attività amministrativa di diritto privato, è tenuta ad estrinsecare il procedimento di formazione della volontà, il quale, altrimenti, rimarrebbe limitato a processi esclusivamente intrinseci, come avviene per gli altri soggetti di diritto che operano nella realtà economico - materiale (c.d. funzionalizzazione dell'attività di diritto privato mediante il contratto ad evidenza pubblica).

In via del tutto approssimativa, è possibile affermare che, nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, volti ad individuare l'operatore economico con il quale l'Amministrazione pubblica stipulerà il contratto per l'affidamento della commessa, due sono i requisiti che le aspiranti imprese aggiudicatrici devono, rispettivamente, dichiarare e presentare al fine di partecipare alla gara, uno di carattere soggettivo l'altro di carattere oggettivo.

Il requisito soggettivo svolge la funzione di selezionare, o meglio preselezionare l'offerente, ossia il potenziale operatore economico che stipulerà il contratto con l'Amministrazione pubblica, tra quanti hanno fatto domanda di partecipazione oppure tra quanti sono stati invitati dalla stazione appaltante a partecipare alla gara.

Il requisito oggettivo, o meglio i criteri di aggiudicazione veri e propri dell'appalto pubblico – prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa, hanno la funzione di selezionare l'offerta migliore presentata dalla sfera degli operatori economici in precedenza individuata.

---

<sup>1</sup> A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Cedam, 1987. E. PICOZZA, *Linee guida di diritto amministrativo: Lezioni ad uso degli studenti*, Cedam, 1999. C.FRANCHINI, *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007. AA.VV., *I principi generali, i contratti pubblici, i soggetti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Milano 2008, I.

Appare evidente come, nell'ambito del settore degli appalti pubblici, l'aspetto soggettivo attinente le varie imprese concorrenti, quindi il tema della qualificazione soggettiva, ossia la modalità con la quale è acquisita l'idoneità per partecipare alla procedura concorsuale, riguarda non solo e non soltanto il possesso di determinati requisiti in termini di pura e semplice certificazione, ma rappresenta una vera e propria condizione di ammissione all'interno del settore medesimo, tanto nei settori ordinari quanto nei settori speciali<sup>2</sup>.

Al riguardo si distingue fra requisiti soggettivi generali valevoli per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici, disciplinati da un sistema unico di certificazione articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori stessi, e requisiti soggettivi di carattere tecnico – professionale ed economico, i quali sono richiesti nello specifico bando di gara in ragione del particolare appalto considerato nel concorso.

A ben vedere, infatti, il Codice dei contratti pubblici, D.Lgs. n. 163/2006, in materia di requisiti soggettivi, espressamente prevede, nelle gare d'appalto di importo superiore ai 150.000,00 euro, quale requisito di ammissione, la c.d. attestazione S.O.A., rilasciata dall'apposito Ente certificatore (d'ora in avanti S.O.A.) a ciò, debitamente, autorizzato. (c.d. strumenti preordinati ad attestare autoritativamente).

Che le attestazioni S.O.A., e più in generale le certificazioni inerenti le capacità tecnico – professionali ed economiche delle imprese aspiranti aggiudicatarie, rappresentino un vero e proprio requisito di ammissione nel settore degli appalti pubblici trova ulteriore conferma nell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza 7 aprile 2011, n. 4.

Il supremo Consesso della giustizia amministrativa, riconsiderando il rapporto di pregiudizialità fra ricorso incidentale e ricorso principale, inverte il precedente principio di diritto sancito con la Plenaria n. 11 del 2008, in base al quale il giudice amministrativo è tenuto a pronunciarsi su tutti i ricorsi, a prescindere dal primo ricorso che esamini (principale o incidentale) e ritenga fondato, ed afferma che “ *la situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva*”.

Ecco allora che la legittimazione al ricorso, cd. legittimazione qualificata, non dipende dalla mera partecipazione di fatto alla gara, ma dalla verifica della idoneità a parteciparvi, in altre parole

---

<sup>2</sup> A. SPADARO, *Le forniture di beni e di servizi nella pubblica amministrazione*, Maggioli, 1997. Ai fini di una ricostruzione storica del sistema di qualificazione soggettiva previgente al recepimento della normativa comunitaria, dalle funzioni svolte dall'albo nazionali costruttori per la disciplina dei lavori pubblici, cd elenchi ufficiali, agli albi fiduciari che consentono la conoscenza dei fornitori, si veda, al riguardo l'albo fiduciario delle Reti Ferroviarie Italiane, RFI. A. CISTERNA, *Il sistema dei controlli sulla qualità ed affidabilità delle imprese partecipanti e sull'esecuzione dei lavori pubblici: le certificazioni S.O.A. e lo statuto penale applicabile*, Consiglio Superiore della Magistratura – Nona Commissione – tirocinio e formazione professionale. *Il codice degli appalti pubblici*, a cura di G. GAROFOLI, G. FERRARI, Nel diritto, 2011.

laddove, per un qualsiasi motivo, l'impresa ricorrente dovesse risultare priva di suddetta idoneità, verrebbe meno l'attualità e la concretizza dell'interesse ad agire in giudizio: sia finale, il conseguimento dell'appalto affidato alla controinteressata, sia strumentale la caducazione dell'intera gara e la sua riedizione.

Cosa siano le S.O.A., e gli enti certificatori ad esse assimilabili, è stato largamente chiarito, in primo luogo dalla giurisprudenza amministrativa di primo grado, in secondo luogo dalle precisazioni del Consiglio di Stato ed infine dalle innovazioni apportate dal Codice dei contratti pubblici.

Da premettere che, l'insieme delle disposizioni, che regolamentano la materia delle S.O.A., dà vita ad un ordinamento giuridico c.d. sezionale e plurivigliato, ne è un esempio la normativa in punto di tariffe, di requisiti soggettivi, in punto di controllo di circolazione delle azioni, come avviene per la circolazione delle azioni delle banche o delle compagnie di assicurazioni<sup>3</sup>.

In virtù di questa particolare collocazione ordinamentale delle S.O.A., esiste un principio generale di convalida, in virtù del quale, qualora la validità della stessa autorizzazione rilasciata a S.O.A di svolgere la sua attività certificativa viene meno per decadenza, sospensione, fallimento o annullamento, le attestazioni rilasciate dalla S.O.A., che poi in seguito perde i requisiti previsti dalla legge, possono essere convalidate da altre S.O.A., purché ovviamente le imprese richiedenti presentino una documentazione regolare.

D'altronde, non è concetto nuovo quello in base al quale l'esercizio di funzioni e servizi pubblici possa essere svolto da soggetti privati autorizzati, quali sono le S.O.A., di conseguenza, è certo possibile che questi enti, nell'esercizio della loro attività, adottino atti di natura amministrativa, nell'ipotesi che qui interessa, certificativi.

Di conseguenza, il vero problema del sistema certificativo S.O.A. non è, né l'esercizio privato di funzioni pubbliche, né la validità delle autorizzazioni concesse per l'esercizio di dette funzioni, ma piuttosto gli eventuali vizi delle attestazioni S.O.A. rilasciate e la successiva tutela in sede giurisdizionale in termini di sindacabilità delle stesse e quindi *in primis* il problema della loro natura giuridica<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> G.MORIBIDELLI, *Le tematiche della qualificazione, La nuova disciplina degli appalti pubblici dopo dell'atteso Regolamento (D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207)*, Roma, T.A.R. Lazio, 16 marzo 2011.

<sup>4</sup> Sulla centralità del sistema di certificazione qualificata all'interno del mercato nazionale ed internazionale in termini di valore aggiunto che le imprese qualificate ricevono rispetto alle concorrenti e quindi sulle tematiche consequenziali si veda S. CACACE, *SOA una riforma incompiuta*, su [www.giustiziamministrativa.it](http://www.giustiziamministrativa.it). A ASTAZI, *Le società d'attestazione SOA*, in *Riv. Trim. APP.* 2000, p. 78 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 *Riv. Trim. App.* 2000, p. 743. In particolare, il sistema di certificazione unico è stato introdotto dal legislatore per ovviare al problema di individuare, nell'ambito dell'ampio mercato degli operatori economici, quelle imprese in grado di garantire l'effettiva esecuzione dell'appalto. Prima, infatti, dell'introduzione del Codice degli appalti pubblici e il contestuale tentativo di adeguare il settore agli standart europei, i sistemi utilizzati in passato, dalle amministrazioni aggiudicatrici si sono dimostrati, largamente, inadeguati.

## 2. La natura giuridica delle attestazioni S.O.A. e la certezza - attendibilità.

La natura giuridica delle attestazioni S.O.A è tanto facile da individuare in punto di qualificazione formale quanto è difficile da definire in punto di qualificazione sostanziale<sup>5</sup>.

Da premettere che il termine attestazione, pur richiamando l'area semantica della testimonianza e quindi un riscontro tendenzialmente soggettivo, è riconducibile alla categoria giuridica delle certezze, *rectius*, delle certificazioni amministrative.

In via preliminare e come premessa metodologica è possibile affermare che sulla categoria giuridica delle certificazioni amministrative è stato praticamente scritto tutto e il contrario di tutto per una serie di motivazioni riassumibili in due punti fondamentali, in primo luogo la vastità delle locuzioni correttamente utilizzate nel linguaggio giuridico (accertamenti, accertamenti costitutivi, acclaramenti, attestazioni, atti pubblici, certezze pubbliche, certezze, certificati, certificazioni, dichiarazioni di scienza, ecc.), in secondo luogo l'evidente indeterminatezza dello stesso lessico legislativo.

Ciò premesso, al fine di evitare qualsiasi criticità in ordine a difficoltà di carattere terminologico, tutti i principali termini suddetti, e a vario titolo utilizzati dalla scienza amministrativa, sono riconducibili al più generale concetto di "certezza pubblica".

Le certezze pubbliche nascono da un'esigenza evidentemente pratica e molto avvertita dagli Stati moderni di rendere conoscibili, nel senso di attestati da un soggetto a ciò preposto e di regola imparziale, determinati requisiti che caratterizzano l'attività privata dei consociati, sia nei rapporti intersoggettivi sia nei rapporti con i pubblici poteri.

Di conseguenza in considerazione del fatto, che l'acclaramento, in merito all'effettiva esistenza delle realtà suddette, è "vietato" al singolo operatore le certezze pubbliche, sono tali, cioè pubbliche, in quanto sottratte all'autonomia privata per garantirne l'intrinseca esattezza, e sono preordinate ad attestare l'esistenza di fatti o qualità che interessano, almeno potenzialmente, l'intera collettività, e per tale specifica ragione sono poste a conoscenza di chiunque vi abbia interesse.

Questa appena descritta è la c.d. certezza - stabilità, eppure, anche sulla base delle considerazioni passate e recenti, svolte dalla dottrina, quando si parla di certezze giuridiche e in generale si parla di

---

<sup>5</sup> M.S. GIANNINI, *Accertamento - Diritto costituzionale*, in *Enc. Dir.*, 1958 e *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.* 1960. A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003. Le certezze pubbliche, intese come certezze nello svolgimento dei rapporti economico - sociali tra gli individui e tra gli Stati, hanno da sempre rappresentato un'esigenza fondamentale di tutte quante le comunità sociali prima ancora della loro aggregazione sotto forma di stati. A dimostrazione di ciò le prime attività certificative avevano la funzione di regolare, spazio, pesi e misure individuati come elementi essenziali in un qualsiasi rapporto giuridico di carattere economico. E' evidente pertanto, che, data l'importanza del sistema certificativo quest'ultimo è stato da subito concentrato nelle mani dei pubblici poteri per poi assumere un rilievo sempre più preponderante soprattutto in ragione dello sviluppo degli stati moderni e dei relativi sistemi economici. Sul punto cfr. M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, cit. per il quale "le maglie di questa fittissima rete di certezze pubbliche sono divenute così consuete, che l'uomo quasi più se ne accorge, o meglio, ne valuta il peso, quando per un accidente qualsiasi, taluna gliene viene a mancare.

atti tendenzialmente dichiarativi è necessario, al fine di non incorrere in errori di carattere metodologico, suddividerli in atti dichiarativi assolutamente oggettivi, come quelli, ad esempio, in materia anagrafica e metrologica, ed atti dichiarativi tendenzialmente o presuntivamente oggettivi, frutto di un'attività valutativa dell'attestatore, sui quali residua un margine di opinabilità in ordine alle qualità di beni, prodotti o organizzazioni economiche, le quali, come nel caso che qui interessa, attengono ad un *quid* che non si presta ad essere misurato o pesato<sup>6</sup>.

Ecco allora che, tralasciando di esaminare la ben nota distinzione fra fatti semplici e fatti complessi, è possibile individuare, in via comunque non definitiva, due tipologie fondamentali di attività certificativa: l'accertamento tecnico e la valutazione tecnica.

La distinzione fondamentale fra queste due tipologie di attività si basa fondamentalmente sulla "scienza di riferimento" presa in considerazione per addivenire alla qualificazione oggetto di accertamento o valutazione.

Quando le regole e le conoscenze tecniche necessarie si fondano su elementi certi, in altre parole, appartenenti a "scienze esatte" come la matematica e la fisica, si parla di accertamento tecnico, ecco il caso della misurazione di un terreno, l'esame del grado alcolico di una bevanda, il controllo se una costruzione sia conforme alla concessione edilizia, ecc.

Quando, invece, ai fini di una determinata attestazione le regole utilizzate appartengono a "scienze inesatte" si parla di valutazioni tecniche, in quanto i loro principi sono suscettibili di essere diversamente interpretati e per tale specifica ragione rientrano nell'ambito della opinabilità.

Questa descritta ora può essere definita la c.d. certezza - affidamento, nel senso che, a fronte di un'attività tecnico - valutativa, o come altro la si voglia chiamare, *"l'atto di acclaramento non è volto a stabilire in via definitiva la qualità di un bene, di un prodotto o di un'organizzazione economica, ma piuttosto a fornire un'attendibilità, una forte attendibilità, una fortissima attendibilità su quelle determinate caratteristiche oggetto di attestazione"*.

Ne consegue che questa categoria di attestazioni non corrisponde ad una verità al 100% e ne è una dimostrazione il fatto che questi accertamenti non sono meramente ricognitivi, ma sono dotati di efficacia costitutiva, nel senso che rendono note qualità intrinseche dell'impresa oggetto di qualificazione<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> A. FALZEA, *Accertamento*, in *Enc. Dir.* 1960, p. 212 e ss. Secondo l'autore "L'accertamento esige un effetto giuridico diverso da quello meramente dichiarativo: la mera dichiaratività è incompatibile con l'insorgere di nuove posizioni giuridiche, d'obblighi di conoscenza o di condotta. In codesti effetti è implicita necessariamente l'idea di un'innovazione nel mondo giuridico, di un'innovazione essenziale. Ciò dimostra l'impossibilità di spiegare l'effetto di accertamento come pura dichiaratività. A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, cit. L'autore definisce le attività certificative dei pubblici poteri come "funzioni pubbliche primigenie irrinunciabili per i pubblici poteri sia perché finalizzate alla costruzione di una rete basilare di certezze dei rapporti, come ad esempio la costruzione dell'identità personale sia perché nel campo dei rapporti economici contribuiscono a realizzare la certezza dei traffici.

<sup>7</sup> P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, 2002, p. 247 e ss.

Quanto detto non è in contraddizione con il fatto che molte volte la giurisprudenza qualifica dette attestazioni come atti pubblici, in quanto sicuramente le varie attestazioni S.O.A. hanno la natura di atti pubblici, ma questo non vuol dire che sono in *toto fide facente*.

Come recita, infatti, l'art. 2700 c.c. "*l'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza da lui compiuti*".

Al di là pertanto della contrapposizione fra certezza – stabilità, la quale appartiene maggiormente al campo del potere legislativo e certezza – attendibilità, la quale è o dovrebbero essere il banco di prova del potere giurisdizionale, la natura giuridica delle attestazioni S.O.A. con le problematiche fin qui prese in considerazione ci porta nel centro del problema, ossia la sindacabilità giurisdizionale di queste attestazioni<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> G.MORIBIDELLI, *Le tematiche della qualificazione, La nuova disciplina degli appalti pubblici dopo l'atteso Regolamento (D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207)*, Roma, T.A.R. Lazio, 16 marzo 2011.

### 3. La sindacabilità giurisdizionale delle attestazioni S.O.A oltre l'ipotesi di dolo.

La sindacabilità giurisdizionale delle attestazioni S.O.A., e più in generale degli atti certificativi nel senso in precedenza chiarito, attiene in primo luogo alla tematica dei vizi riscontrabili negli atti di certificazione e in secondo luogo al problema dell'ampiezza del controllo che la legge mette a disposizione del giudice amministrativo.

In punto di referenti positivi, la legge ed il regolamento espressamente si occupano di quelle attestazioni che nascono da dolo, ci troviamo nella situazione in cui l'impresa, al fine di ottenere l'attestazione S.O.A., produce una documentazione falsa, e se ne occupano con riferimento a due momenti temporali diversi: uno antecedente e l'altro successivo alla stipula del contratto.

Nella prima fattispecie, la falsità della documentazione, rilevata *ex post*, determina la decadenza dell'impresa, per il venir meno delle condizioni giuridiche richieste dalla legge.

In questo caso si potrebbe osservare che non è tecnicamente corretto parlare di decadenza, in quanto, com'è noto, la decadenza determina sempre un'effetto *ex nunc*, di conseguenza sarebbe preferibile parlare di annullamento e quindi di effetto *ex tunc*.

Nella seconda fattispecie, invece, la legge e il regolamento in combinato disposto disciplinano, rispettivamente, art. 135 del Codice dei contratti pubblici ed art. 78, del regolamento, l'ipotesi in cui il vizio venga rilevato successivamente alla stipula del contratto<sup>9</sup>.

In questa ipotesi la falsità della documentazione determina nei confronti dell'impresa aggiudicataria l'adozione di un provvedimento di risoluzione.

Anche qui, come nell'ipotesi di decadenza, il termine risoluzione sembra utilizzato inadeguatamente, nel senso che, a ben vedere, non si tratta di una vera e propria risoluzione, in quanto il vizio genetico attiene al provvedimento amministrativo, e pertanto, anche in questo caso ci troviamo di fronte ad un'ipotesi di annullamento.

Nonostante la legge disciplini solo quelle ipotesi di vizio attinente al dolo e sembra, pertanto mettere in discussione l'attendibilità delle attestazioni S.O.A. solo a fronte di tutte quelle circostanze, nelle quali a vario titolo, siano riscontrate delle falsità nella documentazione, non è irragionevole pensare che qualunque sia la ragione per la quale l'impresa, se pur attestata, non ha poi i requisiti previsti, incorre, e non c'è motivo per il quale non dovrebbe essere così.

---

<sup>9</sup> L'art. 135 del codice dei contratti pubblici, risoluzione del contratto per reati accertati e per decadenza dell'attestazione di qualificazione, recita che "*Qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la decadenza dall'attestazione di qualificazione, per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultante dal casellario informatico, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto. Nel caso di risoluzione, l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento dei lavori regolarmente eseguiti, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto*".

nell'annullamento dell'attestazione S.O.A. con tutte le conseguenze riferibili al caso pratico preso in considerazione.

In questa circostanza, infatti, il vizio rilevato non potrà essere "sanato", in virtù di quel generale principio di convalida di cui si accennava all'inizio, poiché non riguarda la validità dell'autorizzazione rilasciata a S.O.A. di certificare, ma attiene a tutta la struttura dell'attestazione e quindi inficia la stessa qualificazione soggettiva ottenuta dall'impresa.

Detta qualificazione soggettiva, come accennato all'inizio del presente lavoro, non costituisce una semplice prova con la quale si porta a conoscenza dell'esterno, a vantaggio di cittadini, di Amministrazioni pubbliche o altri operatori economici, dati e situazioni giuridiche soggettive, ma rileva, nella sua struttura, principalmente come attività di giudizio finalizzata all'ammissione nel settore degli appalti pubblici delle aspiranti imprese aggiudicatrici.

Tale attività di giudizio, come è chiarito dalla legge dei contratti pubblici e dal regolamento quando parlano di idonee referenze bancarie o, addirittura per determinate categorie, di adeguato stabilimento industriale, di infrazioni in materia di sicurezza, di violazioni gravi in punto di contributi, è sicuramente frutto di una serie di valutazioni di carattere tecnico<sup>10</sup>.

Di conseguenza, è possibile affermare, stante l'assoluto contenuto indeterminato, quindi soggetto a valutazione, delle molte clausole che disciplinano la materia, che la qualificazione S.O.A., originata da un provvedimento amministrativo, non è un dato incontestabile, ma quantomeno attendibile.

Questa "affermazione di principio" si ricava dall'art. 45, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, con riferimento alle certificazioni di qualità che servono per iscriversi nell'albo di fornitori di servizi, laddove si dice che, rispetto alle certificazioni UNI, ISO, ecc., che pure talvolta sono

---

<sup>10</sup> Requisiti di ordine generale. Art. 38, Codice dei contratti pubblici, comma 1, lettere, c), e), f) 1). "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure d'affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuta irrevocabile, oppure sentenza d'applicazione della pena per richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale (...); e) che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e ad ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio; f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un grave errore nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante; i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e d'assistenza, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti. Requisiti di ordine speciale. Art 79, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. 1. "I requisiti d'ordine speciale occorrenti per la qualificazione sono: a) adeguata capacità economica e finanziaria, b) adeguata idoneità tecnica e organizzativa, c) adeguata dotazione di attrezzature tecniche, d) adeguato organico medio annuo, 2. La adeguata capacità economico e finanziaria è dimostrata da: a) da idonee referenze bancarie, b) dalla cifra di affari determinata secondo quanto previsto all'art. 83, realizzata con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta non inferiore al cento per cento degli importi delle qualificazioni richieste nelle varie categorie, ecc..

richieste per il rilascio della stessa attestazione S.O.A., vale una presunzione di idoneità rispetto a quanto certificato e che questa non può essere contestata immotivatamente<sup>11</sup>.

Da questo dato letterale è possibile ricavare che l'attestazione S.O.A., lungi dall'essere incontestabile, come in precedenza affermato, rappresenta un dato, un dato di fatto che oltre ad essere contestato dalla stazione appaltante ben può esserlo dalla ricorrente in sede giurisdizionale.

Ecco allora che le certificazioni, in quanto segmenti della procedura di ammissione o di aggiudicazione della gara, diventano contestabili con l'atto finale in quanto finiscono per far parte del procedimento amministrativo ed in particolare della fase istruttoria per quanto surrogata "*fictio legis*".

Le attestazioni S.O.A in quanto atti dell'istruttoria di gara sono di conseguenza, in primo luogo attinenti alla "*quaestio facti*" del provvedimento amministrativo ed in secondo luogo passibili di accesso, poiché inseriti nel procedimento, salvo le specifiche limitazioni, qualora ve ne siano, previste dalla legge.

È noto, infatti che l'Amministrazione pubblica per provvedere rispetto all'interesse pubblico attribuito dalla legge, acquisisce e valuta fatti prodromici all'emissione del provvedimento finale, sia nell'esercizio di attività vincolata sia nell'esercizio del potere discrezionale.

Tanto chiarito rimane l'annosa questione di cosa e quanto possa sindacare il giudice amministrativo a fronte di una *quaestio facti* che si sono sostanziate in un documento attestante, requisiti e capacità tecnico professionali dell'impresa concorrente.

Il dibattito concernente detta questione tende a svolgersi da diversi anni intorno a due fondamentali posizioni: un orientamento che può definirsi tradizionale ne sostiene l'insindacabilità, salvo controllo estrinseco attraverso il grimaldello dell'eccesso di potere; ed un orientamento che, a scopo differenziativo, si può definire recente, o comunque successivo alla sentenza del Consiglio di Stato, 9 aprile/1999, n. 601, il quale propende per un sindacato di legittimità pieno del giudice amministrativo, seppur con i limiti riferibili a questa particolare forma di giurisdizione<sup>12</sup>.

Al riguardo si parla di sindacato estrinseco e di sindacato intrinseco, nelle due tipologie di sindacato intrinseco debole e sindacato intrinseco forte.

---

<sup>11</sup> G.MORIBIDELLI, *Le tematiche della qualificazione, La nuova disciplina degli appalti pubblici dopo l'atteso Regolamento (D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207)*, Roma, T.A.R. Lazio, 16 marzo 2011.

<sup>12</sup> G.MORIBIDELLI, *Le tematiche della qualificazione, La nuova disciplina degli appalti pubblici dopo l'atteso Regolamento (D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207)*, Roma, T.A.R. Lazio, 16 marzo 2011. Sull'impugnabilità delle attestazioni S.O.A. è interessante confrontare l'art. 80 della Legge 236 del 2003. La legge espressamente prevede la possibilità di impugnare davanti al giudice amministrativo quelle certificazioni del rapporto di lavoro, rilasciate da organismi sia privati che pubblici, le quali stabiliscono la correttezza giuridica, le condizioni di nullità, di salute e di sicurezza del rapporto di lavoro, qualora viziate da eccesso di potere o da violazioni procedurali.

Al fine di non incorrere in contraddizioni di carattere preminentemente terminologico, è opportuno osservare che non sempre l'utilizzo delle espressioni sindacato estrinseco e sindacato intrinseco debole sono utilizzate con le dovute differenze.

Questo per due ordini di motivi, in primo luogo perché, spesso capita nella pratica di non cogliere effettivamente la differenza sostanziale fra le due tipologie di sindacato, in secondo luogo perché inizialmente il Consiglio di Stato, e precisamente nella sentenza della V sezione del 5 marzo 2001, n. 1247, ha parlato di sindacato debole con riferimento al sindacato estrinseco per contraddistinguerlo dal sindacato intrinseco o di mera attendibilità, che in quanto garantiva un controllo più penetrante sulle scelte dell'Amministrazione pubblica veniva denominato forte.

Attualmente, il sindacato estrinseco è sì considerato sindacato debole, ma è un sindacato diverso da quello definito intrinseco debole il quale è così appellato per tenerlo distinto dal cd. sindacato intrinseco forte, il quale oltre ad indicare un sindacato pieno indicherebbe anche un controllo da parte del giudice amministrativo di tipo sostitutivo e comunque respinto dalla giurisprudenza.

Tanto chiarito, e come è noto quando si parla di sindacato estrinseco, ci si riferisce ad un controllo meramente formale del provvedimento amministrativo vagliato attraverso il rispetto, principalmente, della ragionevolezza e della logicità dell'azione amministrativa, a nulla rilevando un'analisi in merito alla fase istruttoria del procedimento.

Quando, al contrario, l'intensità del controllo giurisdizionale aumenta e non si arresta alla sola verifica formale dell'*iter* logico seguito dall'Amministrazione ecco allora che diventa possibile verificare l'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della correttezza sia rispetto al criterio tecnico che al procedimento applicativo<sup>13</sup>.

Questa seconda tipologia di sindacato rappresenta senz'altro un interrogativo interessante a fronte di un vasto contenzioso amministrativo di carattere meramente formale sui requisiti soggettivi delle imprese concorrenti e ricorrenti.

In particolare il giudice amministrativo attraverso un'attività di controllo più penetrante potrebbe contribuire per meglio definire, "il modello" al quale i certificatori privati devono attenersi, correggendo anche le normative tecniche di riferimento, qualora necessario, e le relative applicazioni con particolare riferimento alle garanzie procedurali.

Questo perché, a fronte di un momento storico nel quale sempre più spesso si assiste alla regolamentazione di materie nelle quali sono coinvolti concetti, regole e definizioni che appartengono a categorie, *strictu sensu*, diverse da quella giuridica, è necessario interrogarsi sul

---

<sup>13</sup> Cons. St., sez IV, 4 settembre 1991, n. 601; Tar Veneto, sez. I 15 gennaio 2003, n. 401; Cons. St. sez. VI, 6 giugno 2000, n. 5332; Cons. St., sez. VI, 29 novembre 2002, n. 6562; Tar Abruzzo – Pescara, 3 giugno 2000, n. 431; Cons. St., sez. VI 26 febbraio 2002, n. 2199; Tar Campania Napoli, sez. VII, 4 luglio 2007, n. 6462.

crescente potere che sempre più spesso acquisisce la cd normativa tecnica, soprattutto, odiernamente, quella delle aggregazioni private, produttrici di norme tecniche.

Al riguardo è possibile considerare quanto segue, fermo restando il limite della giurisdizione di legittimità, non è irragionevole ritenere che il giudice amministrativo possa direttamente verificare l'attendibilità delle attestazioni prodotte dalle imprese partecipanti alla procedura concorsuale nei termini in precedenza sottolineati.

Questo soprattutto in considerazione del fatto che il settore degli appalti pubblici, più di ogni altra materia rimessa alla giurisdizione del giudice amministrativo, risente, per ovvi motivi che attengono principalmente alla dimensione del mercato unico europeo, del contrasto tra l'appartenere ad un ordinamento multilivello che pretende competitività e qualità e l'appartenere ad uno Stato cd "a diritto amministrativo" com'è il nostro paese e quindi, *ad colorandum*, la problematica del diritto pubblico dell'economia di cui si è detto essere il diritto amministrativo l'ordinamento regolatore con tutti i suoi consequenziali formalismi strettamente connessi al concetto stesso di potere amministrativo se così si può dire "messo in crisi dall'ordinamento comunitario"<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Per un'approfondimento sul tema del diritto pubblico dell'economia e la sua collocazione nella dimensione europea. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economica*, Il Mulino, 1985. E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, 1996. " *La creazione di un mercato unico, fondato sull'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza, costringe tali poteri ad un drastico ridimensionamento sicchè lo schema fondamentale del rapporto giuridico pubblico non è più potestà – interesse legittimo, ma diritto obbligo, in una visione giuridica, in linea di principio del tutto sinallagmatica. " Al posto del concetto di "potere" si insedia il concetto di "servizio" pubblico e privato. (...) "A fronte della politica dell'Unione europea che non si muove esclusivamente verso una politica di mercato formano oggetto del cosiddetto diritto pubblico dell'economia, nella parte che qui interessa, le misure di controllo, prevenzione e repressione delle violazioni e delle distorsioni". S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Editori Laterza, 2000. M. GIUSTI, *Fondamenti di diritto dell'economia*, Cedam, 2007.*

## **Brevi considerazioni finali: formalismi documentali e competitività.**

Appartenere alla “categoria degli Stati cd a diritto amministrativo” comporta una serie di conseguenze dal punto di vista giuridico, sia con riferimento al modo nel quale sono articolati i rapporti tra l’Amministrazione pubblica e gli altri poteri dello Stato e con i cittadini, sia con riferimento alle modalità con le quali questi Stati interagiscono con le altre autorità sovrane tanto nei rapporti internazionali quanto nei rapporti comunitari.

Di conseguenza, delimitando l’aspetto che qui interessa, il tema dello Stato “a diritto amministrativo” è intimamente connesso alla problematica inerente l’attività della pubblica amministrazione intesa *latu sensu*, ossia come quel complesso di operazioni che, tutte volte alla realizzazione del pubblico interesse sono sempre e comunque esercizio di un potere discrezionale, salvo quei rari casi in cui si parla di attività vincolata pura, cd. riduzione a zero della discrezionalità. Tralasciando per ovvie ragioni di considerare e puntualizzare le varie forme di discrezionalità e l’ancora irrisolto problema dell’effettivo ambito di operatività del merito amministrativo in considerazione dei limiti inerenti allo spazio di sindacabilità rimesso all’autorità giurisdizionale, è possibile affermare che l’attività amministrativa, tanto di diritto privato, quanto di diritto pubblico, è concepita in modo diverso a seconda dell’ordinamento nel quale si colloca.

Mentre nei paesi di *common law* l’attività amministrativa si realizza attraverso l’esercizio di poteri cd comuni, invece, negli stati come il nostro, figli storici di monarchie assolute, nelle quali il monarca esercitava personalmente il potere legislativo ed esecutivo, poi ribattezzate “monarchie amministrative”, per aver recepito tanto la tradizione riformista settecentesca quanto l’esperienza napoleonica, l’attività amministrativa è esercitata per mezzi di poteri cd speciali, ereditati da quella particolare evoluzione storico – giuridica sopra accennata, in virtù della quale il diritto pubblico coincideva con il diritto amministrativo, il quale era ed è idoneo, per questa specifica ragione a produrre effetti giuridici nella sfera dei cittadini senza il loro consenso<sup>15</sup>.

Questa particolare attribuzione che l’ordinamento nazionale “riconosce” per eredità storico – evolutiva all’Amministrazione pubblica ha comportato e comporta anche rispetto ad altri paesi comunitari, che pur hanno attraverso fasi storiche simili alla nostra, un’articolazione particolare dei

---

<sup>15</sup> E’ noto a tutti il passaggio storico nel quale, a fronte di un’Italia preunitaria frammentata in tanti Stati ciascuno con il proprio ordinamento giuridico, la fine della stagione costituzionale del 1848 – 49, determinò il riconoscimento dello Statuto Albertino quale modello base per la costruzione del sistema monarchico costituzionale italiano. Da questo momento in poi pur sul recepimento della tradizione riformista settecentesca e dell’esperienza napoleonica sorge un’eredità storica giuridica che vede nello Stato un’entità di carattere preminentemente pubblicistica, in virtù della quale non era agevole dare carattere funzionale all’attività di diritto privato, mentre era quasi consequenziale che quest’ultima fosse funzionalizzata. Gli strumenti prescelti per la funzionalizzazione dell’attività amministrativa furono le ben note regole procedurali dell’evidenza pubblica. Da qui il problema della cd “compatibilità dei contratti di diritto privato in un ordinamento che opera sulla base del diritto amministrativo”.

rapporti, nell'ambito che qui interessa, i contratti pubblici, fra Amministrazione pubblica ed operatori economici.

Ecco allora che la modalità relazionale fra questi due soggetti giuridici, salvo specifiche situazioni puntualmente individuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza<sup>16</sup>, è data dal binomio potere amministrativo – interesse legittimo, concetto assolutamente indifferente all'ordinamento comunitario il quale non riconosce la categoria giuridica dell'interesse legittimo quale situazione giuridica soggettiva contrapposta al diritto soggettivo.

Sembra evidente come questa differenza che non si può far passare semplicemente come un modo diverso di chiamare situazioni giuridiche soggettive analoghe, nella pratica influisce in modo determinante, soprattutto per tornare alla questione principale, sull'assetto delle procedure concorsuali in materia di appalti pubblici.

In particolare, *“quando il nostro ordinamento giuridico continua a porre delle garanzie costituzionali all'esercizio di poteri che di fatto rimangono autoritativi”*, la conseguenza immediata è che, anche quando l'Amministrazione pubblica opera utilizzando gli strumenti del diritto privato, i formalismi delle operazioni antecedenti la stipula del contratto sono inevitabilmente *“patrimonio”* imprescindibile dell'azione amministrativa, la quale, trova il proprio fondamento ed il proprio limite nel rispetto del principio di legalità di cui il procedimento amministrativo è in ultima analisi attuazione.

D'altronde non si puntualizza nulla di nuovo quando si dice che la tipicità dell'azione amministrativa, e quindi il rispetto di tutta una serie di ritualità che di essa ne sono la logica conseguenza è uno degli aspetti fondamentali posti a garanzia sia del corretto esercizio del potere e sia, oggi si dice, dei principi introdotti dal diritto comunitario quale ordinamento volto a garantire e al contempo realizzare la libera concorrenza nei mercati e la leale competizione<sup>17</sup>.

Per tale specifica ragione i cd formalismi documentali diventano, nel nostro ordinamento giuridico, al contempo garanzia ma anche *“ostacolo”* alla piena realizzazione della competitività vagliata attraverso il principio della *par condicio* tra le imprese partecipanti alla procedura concorsuale.

Ecco allora per entrare nello specifico del concetto di formalismo documentale che il Consiglio di Stato considera la sigillatura della busta contenente, tanto la documentazione amministrativa quanto l'offerta tecnica, garanzia del rispetto della leale concorrenza tra le imprese partecipanti e di conseguenza la realizzazione dell'interesse al buon andamento, nel caso che qui citiamo, della

---

<sup>16</sup> F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>17</sup> Cons., St., sez. VI 17 luglio 2008, n. 3599. *“L'indicazione della necessità del sigillo che l'amministrazione, nell'esercizio del potere che le è proprio può determinare, specificando particolari modalità, ad esempio l'impiego di ceralacca, risponde all'esigenza che la busta non può essere aperta se non a prezzo di manomettere visibilmente la chiusura. Il verbo sigillare deve ormai essere inteso nel senso estensivo, indicante, una chiusura ermeneutica tale da impedire ogni accesso o da rendere evidente ogni tentativo d'apertura.*”

procedura concorsuale, quale risvolto pratico del generale buon andamento dell'amministrazione sancito a livello costituzionale, *ex art. 97*<sup>18</sup>.

Nello specifico le clausole del bando di gara che impongono, a pena di esclusione, le modalità con le quali "confezionare" l'offerta intesa in senso ampio e, quindi comprensiva anche dei requisiti di carattere generale, quali condizioni di idoneità alla partecipazione, sono considerate delle previsioni volte ad assicurare l'autenticità della provenienza della documentazione dall'impresa concorrente e al contempo impediscono o dovrebbero impedire la manomissione del plico al fine di garantire la segretezza dell'offerta e quindi in astratto il massimo della competitività<sup>19</sup>.

Tanto chiarito è evidente come in un sistema principalmente articolato intorno a precisi formalismi procedurali, per le motivazioni in precedenza esposte, il rischio che detto ordinamento corre è quello di confondere il vizio di legittimità sintomo che l'andamento della gara sia stato in qualche modo alterato con la mera irregolarità procedurale attinente a lacune comunque non così gravi da non poter essere sanate in corso di giudizio.

Ecco allora che il problema da capire e risolvere è quello di trovare un giusto equilibrio fra il ben noto interesse dell'Amministrazione pubblica ad ottenere le migliori offerte, forniture e servizi, specialmente in epoca di restrizioni dei mezzi pubblici finanziari, e l'interesse dell'Unione europea che vede nell'individuazione del miglior operatore economico la realizzazione dell'interesse di cui sopra, quale attuazione imprescindibile della libera concorrenza.

Naturalmente questa valutazione comparativa d'interessi, espressione in ogni caso da un punto di vista sostanziale dei medesimi principi, non potrà comunque non fare i conti con le peculiarità dell'ordinamento amministrativo, collocazione giuridica "naturale" del settore degli appalti pubblici, il quale, seppur a volte appesantito da eccessivi formalismi, che pertanto devono essere

---

<sup>18</sup> È noto, analizzando quasi ogni verbale di gara, che le operazioni compiute dalle commissioni giudicatrici, nell'ambito dell'espletamento delle procedure concorsuali, sono volte all'ammissione del concorrente all'esame dell'offerta tecnica presentata, dopo aver verificato l'integrità e la regolare chiusura e sigillatura di tutte buste, *in primis*, di quella contenente la documentazione amministrativa conforme alle prescrizioni del bando di gara.

<sup>19</sup> Cons. St., sez. IV, 10 marzo 2011 n. 1553. "E' legittima l'esclusione da una gara d'appalto di una società che abbia presentato l'offerta in una busta incollata e solo parzialmente chiusa, ove il bando stabilisca espressamente che le modalità di presentazione dell'offerta avvengano in busta chiusa e sigillata". Cons. St., sez. VI, 17 luglio 2008, n. 3599. Cons. St. sez. V, 18 marzo 2004, n. 1411. Cons. St. sez. V, 3 marzo 2001, n. 1222. "Le prescrizioni del bando che impongono la sigillatura del plico e delle buste interne allo stesso non possono ritenersi meramente formali, in quanto hanno la funzione di assicurare la custodia e l'integrità delle buste contenenti le offerte tecniche ed economiche e di evitare ogni possibile contestazione e sospetto di manomissione, anche solo potenziale, tuttavia la sigillatura possono ritenersi assolta anche con modalità non perfettamente rispondenti alle prescrizioni del bando perché idonee ad assicurare l'integrità del plico e la paternità dello stesso. TRGA, sezione autonoma di Bolzano, 20 settembre 2002, n. 421. Secondo questa giurisprudenza è legittima l'esclusione del concorrente il cui plico esterno non risulti correttamente confezionato secondo le prescrizioni della lettera d'invito. Ai fini della regolarità della procedura assume rilievo non solo la sigillatura dell'offerta, ma altresì quella del plico esterno. Conforme Tar Brescia, 14 aprile 2003, n. 418. Tar Toscana, sez. II, 30 settembre 2003, n. 5217. Cons. St. sez. V, 1 dicembre 2003, n. 7833.

ben considerati nella loro funzione sostanziale, rimane il tratto caratteristico dell'identità giuridica dell'ordinamento nazionale anche nella dimensione comunitaria<sup>20</sup>.

Ecco allora che i giudici amministrativi da un lato e gli avvocati amministrativisti dall'altro, dovrebbero ciascuno nelle rispettive sfere di competenza attendere al compito che si è cercato di descrivere, ossia impegnarsi nell'accertamento dei requisiti soggettivi attraverso l'individuazione e "la creazione", se del caso, di nuove figure sintomatiche dell'eccesso di potere, le quali come è stato attentamente sottolineato dalla dottrina sono strumenti attraverso i quali verificare se il potere amministrativo possa essere stato mal esercitato.

A conferma ancora del fatto che la verifica dell'attendibilità di quanto dedotto in giudizio è il primo se non fondamentale compito rimesso alla sfera di competenza del potere giurisdizionale.

---

<sup>20</sup> Parere Aut. Vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture del 23/04/2008, n. 128.