

Non si può fare a meno, però, di tentare di verificare ulteriori effetti discendenti dall'inserimento del surrichiamato inciso normativo.

Da esso, si potrebbe desumere, innanzitutto, che il funzionario addetto al rilascio dell'attestazione SOA è qualificabile alla stregua di un pubblico ufficiale, e cioè l'unico soggetto attivo dei reati di cui agli artt. 476 c.p. e 479 c.p.

Se ne può ulteriormente inferire che, non essendo logico rinvenire la qualifica di pubblico ufficiale — in capo ad un determinato soggetto — limitatamente alle due suddette fattispecie incriminatrici, trovino in ipotesi applicazione al funzionario o al legale rappresentante della SOA, i reati contro la pubblica amministrazione (es. abuso d'ufficio, omissione di atti d'ufficio, corruzione, concussione, etc.).

In proposito, al medesimo comma 3, viene espressamente introdotto l'obbligo delle SOA di verificare prima del rilascio delle attestazioni tutti i requisiti dell'impresa richiedente.

Volendo proseguire per ipotesi, in attesa dei primi riscontri giurisprudenziali, si può non imprudentemente immaginare che la mancata verifica dei requisiti dell'impresa richiedente costituisca un obbligo d'ufficio, sanzionabile penalmente ai sensi dell'art. 328 c.p., comma 2 o art. 323 c.p. ove concorrano gli altri elementi delle fattispecie incriminatrici.

Ma il profilo, più singolare è la precisazione — contenuta sempre in tale comma 3 — secondo cui le attestazioni rilasciate dalle SOA costituiscono «atto pubblico ai fini penali». Tale inciso dà adito a qualche perplessità.

Ci si chiede, infatti, quale altro rilievo potessero assumere tali attestazioni, una volta che con riferimento all'attività di rilascio delle stesse, sia prevista l'applicazione degli artt. 476 c.p. e 479 c.p. che riguardano la falsità materiale, l'uno, e la falsità ideologica, l'altro, commessa dai pubblici ufficiali appunto in atti pubblici. Sotto tale aspetto, l'espressa precisazione sembrerebbe una superfezazione, anche perché già con riferimento a falsità strumentali all'iscrizione all'albo nazionale costruttori, la giurisprudenza aveva affermato la natura di un atto pubblico dell'iscrizione all'albo nazionale costruttori, considerato come un documento formalmente derivativo, in quanto riproduttivo di fatti emergenti da altri documenti (debbero dei comitati regionali e del comitato centrale), ma sostanzialmente originale, in quanto (comprovante e) rappresentativo di un fatto giuridico nuovo, cioè l'iscrizione allo stesso, avente una propria autonomia individualità ed integrante una fonte di effetti giuridici, del tutto indipendenti da quelli degli atti che ne costituiscono il presupposto⁽⁸⁹⁾.

La concreta fattispecie esaminata riguardava l'ammissione da parte di un dipendente dell'Ispettorato generale dell'Albo nazionale dei costruttori, del Ministero dei lavori pubblici, nell'archivio informatico di tale Albo di dati non corrispondenti alle delibere adottate dai competenti organi deliberativi dell'Albo, in modo che numerose imprese, alcune delle quali facevano capo ai ricorrenti, risultavano iscritte nell'Albo per categorie e per importi di lavori che in realtà non erano stati loro riconosciuti. Sulla base delle illecite iscrizioni le imprese

avevano partecipato a numerose gare indette da amministrazioni pubbliche, aggiudicandosi la maggior parte. Con le debite distinzioni, trattasi di fattispecie che può verificarsi anche con l'attuale sistema di attestazioni SOA, rispetto al quale, anche in assenza del nuovo inciso di cui al comma 3 dell'art. 40, si sarebbe potuto risalire alle medesime conclusioni di rilevanza penale della condotta ai sensi dell'art. 476 c.p. o 479 c.p.

Volendo allora attribuire un significato alla nozione di «atto pubblico a fini penali» si potrebbe pensare di sganciare tale inciso dal riferimento agli artt. 476 c.p. e 479 c.p.⁽⁸⁷⁾ e, parallelamente a quanto ipotizzato in ordine alla qualifica soggettiva di pubblico ufficiale, ritenere che, all'esercizio della funzione attestativa in argomento, si applichino tutte le norme penali che fanno esplicito riferimento all'atto pubblico.

Ad esempio, si pensi, sempre tra i delitti contro la fede pubblica, all'art. 483 c.p. che reprime la falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico.

Nel nostro caso, si potrebbe immaginare che il privato che chieda ad una SOA l'attivazione del procedimento volto al rilascio dell'attestazione e fornisca ad essa falsi dati, debba essere sottoposto al trattamento penale previsto dalla superiore disposizione.

Del resto, l'operatività dell'art. 483 c.p. nel settore dei lavori pubblici è ammessa dalla più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione già in materia di falsa autocertificazione in virtù del combinato disposto degli artt. 45, 46 e 76 D.lgs. n. 445/00⁽⁸⁸⁾.

Ancora potrebbero trovare applicazione, in riferimento all'esercizio della funzione attestativa in argomento, anche gli artt. 487 c.p. e 488 c.p., proprio in quanto riguardano falsità perpetrate su foglio firmato in bianco ai fini della redazione di un atto pubblico.

Nondimeno potrebbe ricorrere la fattispecie di «falso di atto falso» (art. 489 c.p.)⁽⁸⁹⁾, laddove il privato imprenditore, pur non essendo «concorso nella falsità, ma consapevole della stessa, utilizzi, ad esempio, a fini di partecipazione ad un appalto il documento falso».

Non è inutile precisare, infine, che ai sensi dell'art. 492 c.p., «nella denominazione di atti pubblici e scritture private sono compresi gli atti originali e le copie autentiche di essi, quando a norma di legge tengano luogo degli originali».

⁽⁸⁷⁾ Anche perché come presupposto applicativo sarebbe dovuto essere collocato prima e non dopo il riferimento alle suddette fattispecie incriminatrici.

⁽⁸⁸⁾ Si veda Cass. pen., Sez. V, 10 maggio 2006, n. 20570, in *CEDP (Cass. pen.)*, 2006, 234203.

⁽⁸⁹⁾ Secondo Cass. pen., Sez. V, 21 marzo 2001, n. 21249, in *Riv. pen.*, 2004, 1101: «In tema di uso di atto falso, poiché, quanto al trattamento sanzionatorio, l'art. 489 c.p. rimanda alle precedenti disposizioni, senza escludere quella in cui la falsità materiale sia commessa dal privato (art. 482 c.p.) e, poiché, per tale ultima ipotesi delittuosa, la pena è, a sua volta, determinata attraverso un meccanismo di rinvio agli artt. 476, 477 e 478 (in relazione ai quali è prevista la riduzione di un terzo) del medesimo codice, la sanzione, per chi, senza essere concorso nella falsificazione di un atto operata da un privato, faccia uso di tale atto, è quella di cui all'art. 482, ulteriormente ridotta di un terzo, in virtù del dettato di cui all'art. 489 c.p.».

⁽⁸⁹⁾ Così, Cass. pen., Sez. V, 24 novembre 2003, n. 11915, in *Foro it.*, 2005, II, 324.

manca) e che tutti i suddetti reati sono procedibili d'ufficio (arg. ex art. 493-bis c.p.).

Le superiori esemplificazioni rafforzano la convinzione che la nozione di «atto pubblico ai fini penali» non celi intendimenti dogmatici e qualificatori, bensì, meramente applicativi.

In altre parole, il Legislatore sembra aver voluto finire con tale locuzione a tutte le norme del codice penale in cui vi fosse un riferimento all'atto pubblico in modo che il tasso di disvalore della falsità nell'attestazione SOA risulti equiparato, ai soli fini del trattamento sanzionatorio penale, alla falsità, materiale o ideologica, in atto pubblico.

Tale soluzione può apparire forse compromissoria, ma consente di non aggungere ulteriori elementi di problematico approccio alla questione sulla natura giuridica dell'attestazione SOA (su cui *infra*).

Com'è noto, infatti, in diritto penale vi è una precisa distinzione tra certificato ed atto pubblico ai fini dell'integrazione di diverse fattispecie incriminatrici.

Secondo un orientamento giurisprudenziale in materia di falso⁹⁰ per poter qualificare come certificato amministrativo un atto proveniente da un pubblico ufficiale, devono concorrere 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 disinta e autonomia efficacia giuridica, ma si limiti a riprodurre anche gli effetti dell'atto preesistente (Cass. pen., Sez. V, 14 marzo 2000, n. 5105, in *Giur. it.*, 2001, 1235).

Come si vedrà, invece, dal punto di vista del diritto amministrativo, l'attestazione SOA, pur non ricorrendo le due suddette condizioni, rappresenta comunque una tipica espressione della funzione 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, come si tenterà di evidenziare nel prosieguo, sono allo stesso tempo atti pubblici amministrativi e certificazioni amministrative.

Solo in tale prospettiva, sembra potersi cogliere una certa logica nella dizione «atto pubblico ai fini penali».

A ciò aggiungasi che da essa potrebbe desumersi 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. Tale questione induce inevitabilmente a successive riflessioni sulla natura giuridica delle attestazioni SOA.

Come detto, accanto alla previsione di sanzioni penali, il sistema di qualificazione in argomento è assistito anche da sanzioni amministrative pecuniarie ed interdittive.

Sotto tale versante, dall'esegesi dell'art. 40, sembra, nel complesso, evidenziare la ratio di accentuare testualmente la centralità delle SOA nel sistema di qualificazione, quasi a monito della possibile criticità cui può condurre un non corretto esercizio dell'attività di certificazione rispetto al buon andamento sia del

mercato dei lavori pubblici sia, sono il profilo della qualità, dei servizi e delle forniture.

Ed infatti, è stato significativamente inserito nella norma in commento (al comma 3) quanto già previsto all'art. 7, comma 3, D.P.R. n. 34/00 e, cioè, che l'attività di attestazione deve essere esercitata nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse connettivo o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali e discriminatori.

Ovviamente, tale regola di principio necessita, per concretarsi, di strumenti di deterrenza, coazione e repressione sempre più mirati e stringenti, alcuni dei quali sono già di immediata operatività (ad es., il potere di annullamento diretto dell'attestazione SOA in capo all'Autorità di vigilanza, riconosciuto prima da un'accreditato indirizzo giurisprudenziale^{90b} ed ora espressamente configurato all'art. 6, comma 7, lett. *ml*), mentre altri (sanzioni pecuniarie ed interdittive sempre comminate dall'Autorità) sono demandati alla futura disciplina, ai sensi dell'art. 40, comma 4, del regolamento statale esecutivo (in particolare alla lett. *g*)).

È proprio tale ultima previsione che reca in sé il maggior tasso di innovatività nell'ottica di una sempre più forte ed auspicabile interazione e competenza tra Autorità di vigilanza e SOA.

In questa prospettiva, la cd. revoca dell'autorizzazione alla SOA viene posta al vertice di una scala di sanzioni comminabili dall'Autorità, in caso di «*durata, illegittimità ed illegalità commesse dalle SOA nel rilascio delle attestazioni, secondo un criterio di proporzionalità e nel rispetto del principio del contraddittorio*».

Con riferimento alla lett. *g*) il secondo decreto correttivo del 2007 ha accentuato l'effettività del sistema sanzionatorio, configurando la sottoponibilità, sempre nell'emanando regolamento, a sanzioni da parte dell'Autorità di vigilanza delle SOA, anche in caso «*di inezia delle stesse a seguito di richiesta di informazioni ed atti attinenti all'esercizio della funzione di vigilanza da parte dell'Autorità*».

Tale disposizione può sistematicamente ricondursi anche il comma 9-bis dell'art. 40, introdotto anch'esso dal D. lgs. n. 113/07, ai sensi del quale «*le SOA sono responsabili della conservazione della documentazione e degli atti utilizzati per il rilascio delle attestazioni anche dopo la cessazione dell'attività di attestazione. Le SOA sono altresì tenute a rendere disponibili la documentazione e gli atti ai soggetti indicati nel regolamento, anche in caso di sospensione o revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione. In caso di inadempimento, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'art. 6, comma 11. In ogni caso le SOA restano tenute alla conservazione della documentazione e degli atti di cui al primo periodo per dieci anni o nel diverso termine indicato con il regolamento di cui all'art. 5».*

⁽⁹⁰⁾ Per più precisi riferimenti, v. *infra*, par. 4.

Viene, dunque, fissato un obbligo di custodia in capo alle SOA circa la documentazione precedente al rilascio dell'attestazione, con il fine di agevolare l'attività ispettiva. L'accertamento di eventuali illeciti e l'esercizio della potestà sanzionatoria: tant'è vero che l'obbligo di custodia è collegato all'obbligo di ostensione della documentazione richiesta ai soggetti legittimati. Presumibilmente la sanzione prevista (fino a 51.545 €) che, per la mancata collaborazione e già prevista all'art. 6, comma 11, mira a garantire l'obbligo di conservazione dei documenti, prima non configurato espressamente.

È opportuno, altresì, precisare che nel D.P.R. n. 34/00, la sanzione amministrativa era (è) prevista: a) per omissioni, reticenze e falsità informative da parte della SOA a fronte di richieste dell'Autorità, nei successivi trenta giorni (art. 7, comma 9, D.P.R. n. 34/00) o b) per mancata comunicazione, nello stesso termine, all'Autorità stessa di eventuali sopravvenienze di fatti o circostanze preclusive dello svolgimento dell'attività di attestazione individuate all'art. 7, comma 7, D.P.R. n. 34/00 (es., errore professionale grave formalmente accertato; false informazioni o falsa documentazione; stato di liquidazione, di concordato preventivo, etc.)⁽⁹¹⁾.

La sanzione amministrativa, per il rinvio operato dalla norma appena citata all'art. 4 l. Merloni e s.m.i., consiste nell'obbligo di pagamento fino ad € 25.822,84 in caso di rifiuto od omissione e fino ad € 51.645,69 in caso di falsità nella dichiarazione resa o falsità documentale.

Non è inutile qui sottolineare che l'art. 67, comma 4 dello schema dell'emanando regolamento di esecuzione munisce di sanzione pecuniaria alcuni obblighi di condotta già previsti nel D.P.R. n. 34/00 ed articolo ulteriormente il ventaglio degli illeciti suscettibili di repressione sanzionatoria alle fattispecie in cui le SOA: a) violino le regole di condotta imposte nel procedimento di qualificazione di cui al comma 1 (rilascio certificato difforme alla documentazione dell'impresa o mancato riscontro della veridicità nella documentazione prodotta dall'impresa); b) non acquisiscano dati di carattere economico-finanziario se necessari ai fini della qualificazione di cui al comma 2; c) ricorrano per l'espletamento della loro attività a soggetti terzi.

L'art. 8 D.P.R. n. 34/00, inoltre, contempla il potere di veto dell'Autorità sul trasferimento di partecipazione azionaria, quando essa possa influire sulla correttezza della gestione della SOA e possa compromettere il requisito dell'indipendenza⁽⁹²⁾.

⁽⁹¹⁾ Cfr. art. 7, comma 9, D.P.R. n. 34/00. Tale articolo è stato ripreso dall'art. 70 dello schema dell'emanando regolamento di esecuzione.

⁽⁹²⁾ Per una peculiare fattispecie, cfr. T.A.R. Lazio, Sez. III, 16 novembre 2006, n. 12649, in *www.giustiziam.it*: *«In tema di trasferimento di partecipazioni azionarie in una SOA è illegittima la sospensione, da parte dell'Autorità di vigilanza sul L.P.P., del termine dell'esercizio del suo potere di veto alla cessione delle predette quote ex art. 8 D.P.R. n. 34/00, ove motivata in ragione dell'esito del procedimento di revoca dell'attestazione di qualificazione nei riguardi della medesima SOA ex art. 10 D.P.R. n. 34/00, posto che tale circostanza non rileva in alcun modo in base al predetto art. 8. Difatti il potere di controllo attribuito all'Autorità dalla citata disposizione risponde al solo fine di impedire l'acquisto*

Infine, come già anticipato nel precedente paragrafo, è previsto (art. 10, comma 5-10, D.P.R. n. 34/00) il potere di revoca nel caso in cui si accerti il mancato (o illegittimo) svolgimento dell'attività di attestazione⁽⁹³⁾, comunque, indicativo, anziché, come a quanto sopra, del pregiudizio all'indipendenza della SOA⁽⁹⁴⁾.

Il comma 9-ter dell'art. 40, invece, ha introdotto una ipotesi di revoca obbligatoria dell'attestazione SOA ove rilasciata per carenza dei requisiti prescritti dal regolamento ovvero nel caso in cui sia venuto meno il possesso dei predetti requisiti⁽⁹⁵⁾.

Tale norma prevede la revoca dell'autorizzazione alle SOA in caso di loro inadempimento da parte dell'Autorità di vigilanza.

Alla luce di quanto brevemente riportato, può guardarsi favorevolmente all'intervento di riforma in commento, posto che attualmente non sussistono parametri precisi di conformazione della potestà sanzionatoria: ad esempio, difettano la individuazione del minimo editale delle sanzioni pecuniarie ed i criteri di graduazione della gravità delle infrazioni.

Sarebbe in ogni caso opportuno, come ha rilevato il Consiglio di Stato, nel già citato parere sullo schema di regolamento attuativo, accorpare tutte le varie fattispecie di illecito in un'unica norma.

delle azioni da parte di determinate categorie di soggetti ovvero il trasferimento delle medesime azioni a tutela della corretta gestione della SOA nonché della sua indipendenza».

⁽⁹³⁾ Le ipotesi rassegnate dall'art. 10 sono riconducibili, per maggiore precisione, al venire meno, in capo alla SOA, dei requisiti normativamente indicati: alla inezia o interruzione dell'attività in un determinato arco temporale; alla grave inosservanza degli obblighi informativi nei confronti dell'Autorità di vigilanza; alla inefficienza o inottemperanza alle norme procedurali.

⁽⁹⁴⁾ In tale direzione si è espresso, con un orientamento alquanto severo sull'accertamento dei presupposti della revoca, T.A.R. Lazio, Sez. III, 19 settembre 2006, n. 8812, in *Foro amm.* - T.I.R. 2006, 2928, *«L'indipendenza delle Sna iscritte all'organismo di attestazione deve essere garantita in ogni modo, atteso che esse svolgono funzioni di interesse pubblico finalizzate ad assicurare l'adeguatezza tecnico-economica dei soggetti che svolgono attività nel settore dei lavori pubblici, sicché le norme in materia vanno interpretate in modo da consentire di realizzare concretamente tale finalità e, d'altro canto, le stesse norme non debbono a priori il requisito dell'indipendenza; pertanto, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici è legittimata a procedere alla revoca dell'autorizzazione Sna per perdita dei predetti requisiti anche per presunzioni, ancorché sulla base di indizi precisi e contraddittori».*

⁽⁹⁵⁾ R. DE NICOTOLIS, *«Il sistema SOA»*, in Atti del Convegno IGI su «Il Decreto correttivo 2 [D.lgs. n. 113/07]», Roma, 18 settembre 2007, p. 6), ha denunciato il difetto di coordinamento del comma 9-ter con il comma 4, lett. g) del medesimo art. 40: «Quanto ai presupposti oggettivi l'art. 40, comma 4, lett. g), colpisce le irregolarità, illegittimità e illegalità commesse dalle SOA nel rilascio delle attestazioni; l'art. 40, comma 9-ter si riferisce al difetto dei requisiti per conseguire l'attestazione SOA, o al loro venir meno». Per dare autonomia all'art. 40, comma 9-ter, l'A. propone di riferirlo ai casi in cui la SOA rilasci l'attestazione ignorando il difetto dei requisiti soggetti a causa di una condotta colposa o dolosa dell'impresa e, comunque, alle sopravvenienze. Infine, mentre l'art. 40, comma 4, lett. g) prevede una graduazione delle sanzioni, in proposito, si segnala che l'emanando regolamento dovrebbe apprestare ulteriori misure deterrenti contro omesse o false informazioni anche documentali fornite dalle imprese aspiranti alla qualificazione. L'art. 71 prevede la comminazione in tali fattispecie di salite sanzioni pecuniarie.

Andando ancora più addentro alla tematica, inoltre, pare poco chiara la *ratio* del differente trattamento sanzionatorio dell'omissione rispetto al falso.

In altri termini, può quantomeno discutersi sull'inclinazione al buon andamento di un meccanismo sanzionatorio più elementare nei confronti dei conegni inerti ed ommissivi, il cui tasso di riprovevolezza e disvalore deve quantomeno ritenersi equiparabile alla non verificata nelle dichiarazioni.

Ulteriore aspetto da non sottovalutare è quello dello scarno vantaggio delle fattispecie assistite, ad oggi, dalle suddette sanzioni che rende, alla stregua del più elementare criterio di ragionevolezza, inadeguato punire con la revoca dell'autorizzazione ogni infrazione, anche la più lieve che sia, tuttavia, indicativa di una attività non proprio corretta e sintomatica di indipendenza da parte della SOA.

Ciò è tanto vero che, nella concreta esperienza, l'Autorità ha escogitato di muovere, nei confronti delle SOA, una serie di diffide e censure, non proprio conformi al principio di tassatività e tipicità, ma sicuramente conducenti all'obiettivo di estremizzare il ricorso alla revoca delle relative autorizzazioni, collegandola alla reiterazione di infrazioni (anche questa condizione non prevista dal citato art. 14) (96).

In proposito, sembra che il legislatore nel regolamento emanando, abbia preso in considerazione le suddette istanze emerse nella prassi, configurando, in capo all'Autorità di vigilanza, un potere di sospensione dell'autorizzazione, quale passaggio intermedio rispetto alla revoca (97).

È pur vero, in proposito, che, come rilevato nel citato parere del Consiglio di Stato, costituisce una evidente lacuna la mancata espresa regolamentazione del procedimento di sospensione, al pari della mancata indicazione di quali conseguenze giuridiche riverberino dalla sospensione comminata in caso di proce-

(96) Questo profilo è stato segnalato anche nella presentazione della relazione annuale per il 2005 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture svoltasi presso la Camera dei deputati, il 18 luglio 2006 (in www.giustam.it): «In tale ottica (di vigilanza, n.d.r.) si inquadrano anche le diverse censure, diffide ed i diversi provvedimenti sanzionatori che l'Autorità ha applicato alle SOA in ragione delle criticità emerse nello svolgimento dell'attività di attestazione (sono stati formalizzati n. 32 provvedimenti di censura ed altrettanti provvedimenti sono in corso di formalizzazione): sono stati attivati sempre nei confronti delle SOA n. 7 provvedimenti sanzionatori). Le diffide e le censure allo stato prive di immediato corredo sanzionatorio, costituiscono una sorta di monito e, nel contempo, costituiscono precedenti che per numero e gravità possono giustificare e, nello stesso tempo, rafforzare l'avvio di un procedimento di revoca in capo alle SOA che reiteratamente pongono in essere comportamenti poi oggetto di censura o diffida. Tale impianto ha limitato finora il potere di vigilanza sul sistema di qualificazione, poiché una serie di infrazioni più o meno gravi è stata in concreto esente da responsabilità (le censure o le diffide si limitano, infatti, ad un semplice richiamo alle SOA)».

(97) Così recita il comma 3 dell'art. 70 dello schema dell'emanando regolamento: «Con provvedimento motivato dell'Autorità, le inadempienze di cui ai commi 1 e 2 (mancata informazione o informazione non veritiera, n.d.r.) possono comportare la sospensione temporanea per un periodo fino a 180 giorni e la revoca dell'autorizzazione». Allo stesso modo l'art. 72, comma 2, in caso di esito negativo della verifica cui sono sottoposte le SOA.

dimenti di attestazione in corso e di istanze pendenti di conferma infrequente-queuale.

Inoltre, sempre secondo il Consiglio di Stato, non è chiaro se le previste sanzioni interdittive sono cumulative o alternative rispetto a quelle pecuniarie.

Certo è che l'esiguità delle fattispecie sanzionatorie comporta che, alla luce del principio di tipicità dell'illecito, non sia nemmeno pensabile dare ad esse applicazione estensiva per colmare il vuoto di disciplina (98).

In tale ottica, la riforma del 2006 sembra condivisibilmente orientata a completare il processo — già avviato dalla L. Merloni rispetto alla previgente normativa (nella quale si contemplavano esclusivamente tassative ipotesi di sospensione e cancellazione dall'Albo) — di conformazione del sistema sanzionatorio, afferente alla qualificazione, alla molteplicità delle possibili fattispecie.

Nella nuova prospettiva legislativa, l'insprimento e la diversificazione delle sanzioni si coniungono perfettamente con l'intensificazione dei poteri di accertamento dell'Autorità di vigilanza.

E, pertanto, auspicabile che, nell'emanando regolamento di cui all'art. 5, vengano fissati con attenzione i parametri orientativi della potestà sanzionatoria, quantomeno tenendo presenti i principi di cui alla l. n. 689/81 (99), come sembra sia propenso a fare il legislatore quando si riferisce al rispetto del contraddittorio e del principio di proporzionalità (100).

Probabilmente sarebbe stata preferibile una maggiore oculatezza nel riferimento al presupposto della comminazione della sanzione, individuato nella commissione di «irregolarità», «illegittimità» ed «illealtà» da parte delle SOA.

L'impressione è che il legislatore abbia adoperato la suddetta terminologia non proprio nell'accezione strettamente tecnico-giuridica che le compete, ma mosso, piuttosto, dalla preoccupazione di ricomprendervi il più ampio ventaglio possibile di illeciti suscettibili di una reazione sanzionatoria adeguata e proporzionata al diverso tasso di gravità dell'infrazione commessa.

(98) Su questo punto, la giurisprudenza è condivisibilmente chiara e decisa: «Nel caso in cui l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici abbia annullato un'attestazione Soa ed abbia incaricato la Soa di provvedere alla comunicazione del provvedimento all'impresa interessata nei termini di cinque giorni dalla ricezione della relativa nota, mentre la Soa abbia ottemperato entro il diverso termine di trenta giorni previsto dall'art. 7 D.P.R. n. 34 del 2000 per la risposta a richieste della medesima Autorità, illegittimamente quest'ultima irroga la sanzione pecuniaria prevista per la mancata risposta dallo stesso art. 7, il quale pone una norma non suscettibile di applicazione estensiva o analogica proprio perché in materia di sanzione» (T.A.R. Lazio, Sez. III, 23 maggio 2006, n. 3749, in *Foro amm.* - T.A.R. 2006/1726).

(99) Sul ruolo della l. n. 689/91 dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, sia con sentito rinviare a F. SIELIANO, *La tutela del cittadino nei confronti del potere sanzionatorio dell'amministrazione: il ruolo del principio di legalità alla luce della riforma del Titolo I della Costituzione*, in *Codice delle citadinanze*, a cura di R. FARRARA - F. MANSUETI - A. ROMANO TASSONE, Milano, 2006, 40 e ss.

(100) In realtà, allo stato attuale dello schema non compare alcun collegamento alla l. n. 689/81.

Non è questa la sede per approfondire il dibattito sull'irregolarità⁽¹⁰¹⁾, ma se proprio si vuole dare al suddetto riferimento un fondamento dogmatico, deve pensarsi ad una nozione prelatamente soggettivistica⁽¹⁰²⁾ di essa, caratterizzata appunto dalla comminazione della sanzione in capo all'autore dell'infrazione (in questo caso, la SOA), a fronte di una lieve difformità rispetto al paradigma normativo, potendo ritenersi che a questa fattispecie vadano in ipotesi ricondotte le sanzioni pecuniarie meno pesanti⁽¹⁰³⁾.

Si deve, inoltre, presumere che il riferimento all'irregolarità abbracci anche quelle ipotesi che sono ad essa assimilabili per identità di *ratio* (ad es., quella del raggiungimento dello scopo).

Quanto al residuo richiamo alle nozioni di illegittimità ed illegalità, esse imporrebbero, a loro volta, una distinzione speculare tra legittimità e legalità che francamente non sembra che il legislatore abbia avuto intenzione nemmeno di presupporre.

Piuttosto, si ripete, la ragione dell'utilizzo di una terminologia generica potrebbe risiedere nell'esigenza di non vincolare eccessivamente la futura regolamentazione.

Volendo, si potrebbe addirittura intravedere dietro tale scelta (sempre che di scelta consapevole si tratti) un certo (sia consentito: se così fosse, ingiustificato) imbarazzo nel rapportare l'operato della SOA pienamente nell'alveo pubblico con il riferimento esclusivo all'illegittimità.

Ma tale ulteriore profilo potrà essere meglio sviluppato più avanti.

Qui piuttosto vuole ancora segnalarsi il difetto di coordinamento tra la lett. *b*) e la lett. *g*) del comma 4, entrambe le quali si riferiscono alla revoca, a meno di non voler pensare che ne siano contemplate due diverse forme: la prima (quella prevista alla lett. *b*) ricolleggibile alle ipotesi già previste all'art. 10 D.P.R. n. 34/00; la seconda (quella della lett. *g*) quale massima sanzione per infrazioni ulteriori ed oggetto di futura codificazione⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰¹⁾ Si rinvia alle autorevoli elaborazioni di A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993.

⁽¹⁰²⁾ A. ROMANO TASSONE, *Contributo*, cit., 11 e ss.

⁽¹⁰³⁾ La giurisprudenza (Cons. St., Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2010, in *www.giustizia-amministrativa.it*) ha, per esempio, individuato una ipotesi di irregolarità sanabile in un'attestazione SOA in cui mancava l'indicazione della natura di consorzio o consorziano nel certificato SOA, ritenendo che tale vizio non potesse costituire causa di esclusione, in quanto lo scopo della predetta indicazione è quello di impedire che nella stessa gara un operatore partecipi al tempo stesso come singolo e come consorzio o consorziano; il che, nel caso concreto, non era avvenuto. A prescindere dall'esattezza della qualificazione in termini di irregolarità, si tratta di vedere se in ipotesi del genere sia attivabile il meccanismo sanzionatorio e, comunque, in che misura.

⁽¹⁰⁴⁾ Recentemente, la giurisprudenza ha precisato che nell'attivazione del procedimento di revoca da parte dell'Autorità di vigilanza non esiste la cd. pregiudizialità penale, per cui i medesimi fatti sono suscettibili di autonoma valutazione ai fini sanzionatori, confermandosi la valenza punitiva della revoca sopra descritta *«Il provvedimento penale e quello amministrativo di revoca, pur venendo su fatti materiali magari coincidenti, hanno finalità diverse come diverse possono essere le valutazioni proprie dei due sistemi normativi: uno stesso fat-*

4. *Riflessioni sistematiche sulla natura giuridica della SOA. Frammi essenziali significativi della SOA.*

Si vuole adesso prendere spunto dal quadro normativo di riferimento della SOA – come sopra si è tentato di descrivere ed aggiornare – per svolgere alcune riflessioni sull'inquadramento dogmatico della stessa e azzardare, infine, una ricostruzione sistematica dell'istituto.

Si è già fatto riferimento, nei paragrafi precedenti, alla tipizzazione e vincolatezza che connotano, sia dal punto di vista strutturale che funzionale, la SOA.

Qui si vuole aggiungere, per completare il quadro prospettico, che la tipizzazione, come già accennato, riguarda anche la forma di esteriorizzazione dell'attività sociale e, cioè, l'*attestazione SOA*, che consente di spostare l'attenzione sul profilo documentale dello strumento certificatorio, rilevante anche a fini probatori, rinvenibile, nella forma del certificato di iscrizione all'Albo, anche nel precedente meccanismo di qualificazione.

La realtà documentale, sia nella forma del vecchio certificato di iscrizione che in quella della nuova attestazione, è, infatti, indispensabile strumento di esteriorizzazione delle risultanze dell'attività istruttoria vincolata. Volta al riscontro della sussistenza di requisiti di ordine generale e speciale previsti dalla normativa di settore.

Ancora, va avvertito che la forza probante di tale realtà documentale, pur se tendenzialmente incontestabile⁽¹⁰⁵⁾, è subordinata alla liceità del concreto riscontro di determinati presupposti, cui consegue l'adozione di misure, siano esse la sospensione o cancellazione dall'Albo, la revoca dell'«attestazione»⁽¹⁰⁶⁾ o

to può essere considerato penalmente irrilevante e al contempo integrare una fattispecie sanzionatoria per il diritto amministrativo e viceversa. La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di affermare in tema di commissione tra illecito amministrativo e reato, con specifico riferimento al caso disciplinato dall'art. 24 della legge n. 689 del 1981, che «la commissione obiettiva dell'illecito amministrativo con un reato, ai sensi dell'art. 24 della legge 24 novembre 1981, n. 689, rileva esclusivamente, determinando lo spostamento della competenza all'applicazione della sanzione dall'organo amministrativo al giudice penale, nel caso in cui l'accertamento del primo costituisca l'elemento logico necessario per l'esistenza dell'altro, mentre, in difetto di tale rapporto di pregiudizialità, la pendenza del procedimento penale non fa venir meno detta competenza all'organo della sanzione amministrativa» (Cass. 9 febbraio 2005 n. 2630). L'Autorità ha analizzato i fatti che emergevano dalle prove documentali fornite dalla Guardia di Finanza, dai verbali di sequestro, dalle visite camerali, ha compiuto le proprie autonome valutazioni, accertando la sussistenza dei presupposti per la revoca dell'attestazione, e ha esercitato i propri poteri sanzionatori, rispetto ai quali l'eventuale accertamento in sede penale non presenta alcun profilo di collegamento, se non limitatamente al comune accertamento storico dei fatti» (T.A.R. Lazio Sez. III, 15 febbraio 2007, n. 1374, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

⁽¹⁰⁵⁾ Significativamente, l'art. 40, comma 9 del Codice prevede che «*Le attestazioni rilasciate dalle SOA devono indicare espressamente le referenze che hanno permesso il rilascio dell'attestazione e i dati da esse risultanti non possono essere contestati immotivatamente.*»

⁽¹⁰⁶⁾ Il Codice, come visto, ha configurato la revoca quale misura sanzionatoria estrema rispetto ad una serie di sanzioni pecuniarie ed interdittive.

l'annullamento, modifica o rettifica dell'attestazione stessa⁽¹⁰⁷⁾, oltre, come appena visto, le future sanzioni che il regolamento statale emanando si cura di prevedere.

In tale prospettiva, si deve tenere altresì presente che, come già si è detto, le attestazioni SOA vengono considerate dal Codice⁽¹⁰⁸⁾ atti pubblici «*in fine penali*». Tale precisazione normativa impone di imbuocare una strada obbligata in senso contrario e, cioè, che le attestazioni SOA non sono atti pubblici ai fini civili (artt. 2699-2700 c.c.), nel senso che non sono muniti di fede privilegiata, scardinabile solo attraverso la querela di falso, come già era stato avvertito da *alten-dorffina* (109).

Tale soluzione ha innegabili riflessi sostanziali e processuali, consentendo (ed imponendo) sia alle Stazioni appaltanti di dar credito ad eventuali ed ulteriores prove contrarie circa la non veridicità delle attestazioni SOA e, dunque, circa il mancato possesso in capo ad una determinata impresa dei prescritti requisiti tecnico-finanziari sia ex soggetti controinteressati di tutelare in maniera più celer e diffile la propria sfera giuridica, compatibilmente con i ritmi accelerati del giudizio.

Resta da verificare, piuttosto, se la qualifica di atto pubblico ai fini penali possa in qualche modo escludere la connotazione di pubblicità, sotto il profilo di diritto amministrativo, a tali attestazioni.

Queste prime considerazioni, discendenti da un approccio meramente descrittivo al quadro normativo di riferimento, consentono, tuttavia, già di volgere lo studio in una ben precisa direzione.

Infatti, a questo punto, appare funzionale all'obiettivo prefissato la verifica e qualificazione della natura e tipologia dell'attività svolta dalla SOA, anche alla luce dei contributi dottrinari e giurisprudenziali sul tema.

Tale impegno consentirà, confrontando gli esiti della ricerca con i risvolti organizzativi della sfera pubblica, di trarre alcune conclusioni sistematiche sulla identità giuridica della SOA e, più in generale, sulla categoria del soggetto nel diritto amministrativo.

4.1. Segue: sulla natura giuridica dell'attività di certificazione svolta dalla SOA.

Il primo passo da muovere per collocare in un contesto teorico la SOA è, come anticipato, quello di individuare l'esatto profilo della concreta attività posta in essere dalla stessa.

(107) Il riflesso processuale di tale carattere è che può essere fornita prova contraria in giudizio della non veridicità della attestazione SOA e, dunque, del mancato possesso in capo ad una determinata impresa dei requisiti tecnico-finanziari prescritti: in tal senso, A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, 353-354, il quale precisa che le attestazioni in parola non sono atti fideiuranti, impugnabili in quanto tali, soltanto mediante proposizione di querela di falso, bensì attestazioni, facenti fede fino a prova contraria. Tale conclusione deriva dalla constatazione della inesistenza di una norma che espressamente, secondo quanto prescritto dagli artt. 2699 e 2700 c.c., autorizzi il legale rappresentante della SOA ad attribuire pubblica fede al documento.

(108) Cf. A. MALTONI, *op. cit.*

Si è già avuto modo di precisare che, a seguito del riasoro dell'attestazione omonima, l'impresa è legittimata a partecipare alle gare pubbliche ed, eventualmente, a stipulare i relativi contratti.

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

Tenendo fermo tale contenuto dell'attestazione SOA, è inevitabile il richiamo alla pur eterogenea categoria della certificazione (o certificato) documentale che realizza una delle forme di esternazione tipiche dell'attività di accertamento⁽¹⁰⁹⁾.

Non risulta, infatti, difficile 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-giuridica*»⁽¹¹⁰⁾ 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 lavoro, dei calcoli percentuali e materici, nonché dei vincoli e preclusioni di carattere tecnico imposti alle imprese per la partecipazione alle gare pubbliche⁽¹¹¹⁾, 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'impresa.

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 più recenti ed autorevoli proposte di classificazione — operate in base al modo in cui si atteggia l'interesse pubblico da curare —, la certificazione rappresenta una delle quattro categorie fondamentali dell'attività amministrativa, insieme alla ordinazione, alla protezione e alla gestione⁽¹¹²⁾.

Sotto tale profilo, l'attestazione SOA si atteggia, come già accennato, quale tipica espressione dell'accertamento, e/o certificazione, purché con tali nomenclature si intenda chiaramente far riferimento ad un'attività finalizzata alla certa e non problematica conoscenza di un determinato fenomeno, che si realizza at-

(109) La categoria dell'accertamento è stata inquadrata dogmaticamente, a livello di teoria generale, da A. FALZUA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 205 e ss.; con particolare riferimento al diritto amministrativo, cfr. M. S. GIANNINI, *Accertamento (diritto amministrativo)*, *ibidem*, 219 e ss.; Id., *Certezza pubblica*, *ivi*, VI, Milano, 1960, 769 e ss.; I. BUCCISANO, *Accertamento*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1989. Per una prospettiva prettamente processualistica, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951.

(110) L'espressione è di S. GACCHETTI, *Certificazione*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988.

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

(112) F. G. SECCHI, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, *agg.*, VI, Milano, 2002, 79.

traverso l'imposizione di un titolo formale vincolante erga omnes (113) con efficacia preclusiva sostanziale.

In particolare, l'attestazione SOA costituisce titolo formale vincolante per la stazione appaltante, la cui efficacia preclusiva sostanziale si evidenzia nella impossibilità di contestare, ove se ne dimostri il possesso, la idoneità tecnico-finanziaria della concorrente, anche nell'estrema ipotesi di evidente falsità dell'attestazione (quantomeno fino a che questa non venga rilevata con gli appositi strumenti previsti dalla legge (114)), incidendo, così, direttamente sull'assetto dei rapporti tra impresa aspirante concorrente e stazione appaltante.

Essa potrebbe tecnicamente definirsi come certificazione nominata in quanto può essere emessa solo dalla SOA propria (perché creativa di certezza legale — e non meramente notoriale — che non ammette contestazione se non nei modi tassativi indicati dalla legge), atlasca deveroso (115).

Ad ulteriore dettaglio, può anche aggiungersi che l'attestazione in oggetto si connota come espressione di un atto di certazione (116) e, cioè, di un'attività giuridica che, come l'accertamento stricto sensu messo, 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 inesistenti.

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

(113) A. FALZENA, *op. cit.*, 208, 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, 85.

(114) Il discorso vale anche in negativo nel senso che la invalidazione del titolo abilitante preclude alla stazione appaltante qualunque apprezzamento in concreto dell'idoneità tecnico-finanziaria dell'impresa aspirante: in tal senso, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 25 novembre 2002, n. 2234, in *FORO AAAA - TAR*, 2003, 301.

(115) Sulle varie distinzioni delle certificazioni, cfr. S. GIACCHETTI, *op. cit.*, 3 e ss.; A. STOPPANI, *Certificazione*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 793 e ss.

(116) M.S. GIANNINI, *Accertamento*, cit., 220-221. Un fugace riferimento a tale categoria si riscontra in G.P. CARLUCCI, *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 servizio-giustizia-amministrativa*, il quale, tuttavia, opera una ricostruzione alquanto articolata dell'attività svolta dalle SOA, rinvenendovi profili sia di pubblica funzione che di pubblico servizio. Del medesimo avviso, A. MALTONI, *op. cit.*, 351.

zione, attribuendole un effetto permissivo o ostativo della partecipazione alle gare pubbliche, a seconda dell'esito della certazione (117).

Nella specie, la legge ha configurato un sistema di qualificazione, come detto, esclusivo, condizionato e condizionante: per cui gli effetti permissivi o ostativi sull'esercizio del diritto di impresa nel settore dei lavori pubblici discendono direttamente da essa e non dal mero rilascio dell'attestazione da parte della SOA.

Il sistema di qualificazione incardinato sull'attestazione SOA dà, pertanto, credito alla puntigliosità di chi ha ritenuto non potersi ricondurre — se non in maniera riduttiva — il fenomeno di certazione al mero atto documentale che lo esista, inquadrandosi, piuttosto, nella più consona dimensione di un fatto, 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 volontà del soggetto — sia pur nei limiti della norma — come avviene per i provvedimenti amministrativi (118).

A ciò aggiungasi il particolare per cui, nel caso di specie, alla strumentalità della certazione consegue la strumentalità della situazione giuridica sulla quale essa incide, nel senso che il rilascio dell'attestazione SOA non attribuisce alcun potere o vantaggio immediato e diretto all'impresa, ma semplicemente strumentale o potenziale e, pertanto, ad attuazione non necessaria, costituendo esso, in merito presupposto giuridico di partecipazione alle gare pubbliche.

Più precisamente, ciò che si realizza con l'attestazione SOA sembrerebbe riconducibile ad un fatto di certazione, in scienza (119), volto a dare certezza oggettiva (*ad est*, opponibile erga omnes) della qualità di un determinato soggetto con effetto preclusivo relativo (nel senso che la certezza legale che si crea non è irreversibile).

Sulla scorta di tali conclusioni, si fugia ogni dubbio circa la non interferenza dell'espresso riferimento normativo all'atto pubblico ai fini penali rispetto al diritto amministrativo.

Come già precisato, infatti, il diritto penale prevede una dicotomia tra certificazioni ed atto pubblico, assegnando a quest'ultimo una valenza innovativa, mentre al primo una funzione meramente riproduttiva.

Più, invece, attendersi che, per il diritto amministrativo, l'attestazione SOA è espressione della funzione certificatoria e che ciò, pur tuttavia, non la priva della qualifica di atto pubblico — questa volta in senso amministrativo. Nei paraggi successivi, si cercherà di dimostrare che trattasi di atto pubblico sia nel senso, quantomeno, di atto espressivo di una funzione pubblica, come affermato

(117) In tale prospettiva, non può condursi il più volte citato approccio eminentemente relativo al previgente sistema di iscrizione obbligatoria all'albo, che individuava nella stessa una fattispecie di accertamento costitutivo di status, sia perché l'attestazione SOA non attribuisce poteri, ma una semplice qualifica, sia perché la discussa nozione di accertamento costitutivo non consente di evidenziare correttamente la discontinua natura tra momento di accertamento e momento costitutivo derivante esclusivamente dalla legge.

(118) M.S. GIANNINI, *Accertamento*, cit., 223.

(119) M.S. GIANNINI, *Accertamento*, cit., 224.

dal Consiglio di Stato (129) sia di altro provenimento da un soggetto pubblico in senso stretto.

Come si è visto, la SOA svolge un'ulteriore attività certatoria che potremmo definire *inibitoria* – consistente nella presa d'atto della sussistenza in capo all'impresa della certificazione di qualità rilasciata da appositi organismi, anch'essa prepeducata alla partecipazione alle gare.

Tale tipo di attività certificatoria appare morfologicamente diversa da quella appena sopra descritta, non foss'altro perché, in questo caso, la SOA non opera una verifica diretta dei requisiti, ma, più che altro, procede ad una sorta di ricognizione di un effetto qualificatorio già prodotto in base ad una procedura svolta da altri soggetti.

Infatti, la SOA si limita ad attestare il possesso della certificazione di qualità. Questo particolare atteggiarsi della certificazione di qualità, tuttavia, non sembra inaccare la valenza della consequenziale attestazione della SOA, essendo tutt'altro che sconosciuta in dottrina la riproduzione in una certificazione propria di un preesistente atto di certezza pubblica (121).

Potrebbe, forse, aggiungersi che l'attestato della SOA, in questo caso, si atpegna alla stregua di una *confictio iuris* di efficacia della preesistente certificazione, la quale, seppur completa in tutti i suoi elementi, necessita ai fini dell'efficacia, o meglio dell'opponibilità *erga omnes*, di tale riconoscimento ufficiale ed esclusivo nei termini imposti dalla normativa di riforma.

Solo in tale prospettiva è, forse, possibile cogliere appieno l'importanza del ruolo certificatorio della SOA, che, al di là della oggettiva ricognizione dell'attività di certazione svolta da altri soggetti, esercita una funzione qualificatoria unica ed insostituibile.

4.2. Segue: l'attività di certificazione come esplicazione di funzione pubblica.

Alla luce di quanto esposto, non sembra possa mettersi in discussione la rilevanza pubblicistica dell'attestazione SOA essendo essa funzionale a garantire a certezza pubblica dell'idoneità di una determinata impresa a partecipare ad una gara pubblica.

Tale condizione di certezza si realizza privilegiando, in caso di discrasia, la rappresentazione ed esteriorizzazione documentale rispetto alla realtà sostanziale cui si riferisce, a meno che non siano azionati appositi strumenti di reversibilità dello stato di certezza legale così venutosi a formare.

Tuttavia, il meccanismo della prevalenza della verità legale, su quella sostanziale se, da un lato, presenta innegabili vantaggi pratici riguardo alla circolazione di valori nei rapporti tra consociati e tra essi e l'autorità, dall'altro, non può che essere consentita esclusivamente entro rigorosi e tassativi confini non-

nativa, per la periclitosa intrinseca della sovrapposizione della realtà cartacea a quella sostanziale.

Proprio per questo, tradizionalmente, l'attività certificatoria propria delle potestà 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 (122) che ne deriva sia ad uso necessario e cioè vincolante la volontà altrui (nel caso di specie, quella della stazione appaltante); «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 rispettata da parte del soggetto dell'ordinamento. Per questo solo organi dello Stato o di enti pubblici o eccezionalmente esercanti privati di pubbliche funzioni possono porre in essere certezze pubbliche e sempre in ipotesi tassativamente indicate» (123).

La derivazione dell'effetto di certezza legale dal suddetto potere assume i connotati di funzione pubblica (124), intesa tradizionalmente come momento di trasformazione del potere sovrano in atto (125), che, in tale ottica, diviene agevolmente distinguere dalla certazione meramente notiziale-informativa, al più inquadrabile alla stregua di un servizio pubblico (126), ove essa riguardi fatti di rilievo pubblico posti a disposizione degli interessati (es., bollettino) (127).

(122) Sulle problematiche cruciali della «produzione di certezza» e sulla riconducibilità della certezza legale all'esplicazione di una funzione pubblica anche tramite l'esercizio privato, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di certezza: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 867 e ss.

(123) M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, cit., 773.

(124) In tale direzione, la giurisprudenza richiamata alla nota 5. Per una significativa costruzione del dibattito giurisprudenziale sul tema e del contributo interpretativo apportato dall'Autorità di vigilanza, v. A. MALETTI, *op. cit.*, 347-349.

(125) F. BENVENUTI, *Funzione*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 3, che ancora più significativamente definisce la funzione quale «momento di trasmissione dell'energia giuridica contenuta in potenza nella norma ed attuata 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 e attive, da S. PUCCHETTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, 72 e ss.

(126) In questi termini, M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, cit., 773. Non è questa la sede per soffermarsi sulla questione della distinzione tra funzione pubblica e servizio pubblico, da sempre oggetto di autorevoli indagini (G. MILE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, *Arch. giur.*, 1933, 191 e ss.). Ci si limita semplicemente a richiamare la tradizionale nozione di funzione pubblica come attività diretta ad un fine e, cioè, la cura dell'interesse pubblico, attraverso l'esplicazione di un potere autoritativo (nel caso di specie il potere certativo) connotato dalla formalizzazione e tipizzazione in atti sottoposti dall'ordinamento ad un particolare regime: in tal senso, F. MONTESANO, *Funzione*, in *Enc. dir.*, Vol. IV, Milano, 1959, 312-313, il quale richiama F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rev. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 e ss. Sul tema, cfr. anche G. MAROSTALLI, *Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989.

(127) M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, cit., 772.

(129) Cons. St., Sez. VI, 19 gennaio 2007, n. 121, in *Red. amm. C.D.S.*, 2007, 01.

(121) S. GIACCHETTI, *op. cit.*, 3.

In tal senso, appare tutt'altro che problematico evincere dall'attività certificatoria preclusiva delle SOA un indice di esplicazione, nel caso concreto, di una pubblica funzione, nonostante il binomio certezza legale-funzione pubblica sia stato oggetto di discussione (128).

Avuto riguardo ai limiti del presente contributo, circoscritto alla questione della qualificazione delle imprese, appare prudente non discostarsi dalla suddetta autorevole opzione teorica e tenere, dunque, ben distinta la nozione di funzione pubblica da quella di servizio pubblico.

In questa prospettiva, si condividono le conclusioni della dottrina che individua nella SOA una nuova figura di esercizio privato o, meglio, di *minus publicum* (129).

Con l'unica ulteriore precisazione, su cui si è già avuto modo di soffermarsi (130), sarebbe opportuno tenere distinto l'esercizio privato di pubblica funzione dall'esercizio privato di pubblico servizio, in quanto figure ontologicamente disomogenee (131), e ricondurre, data la attività tipica svolta, le SOA precipuamente nell'ambito della prima categoria.

(128) Recentemente, A. FIORI ITO, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003, 396, ha criticato la suddetta corrispondenza binivoca 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. Non si ritiene di poter condividere la suddetta impostazione, ma non perché non sia rilevabile nelle concrete fattispecie di azione amministrativa una possibile o effettiva commissione di profili di funzione pubblica e servizio pubblico, bensì per il rischio che la generalizzazione di tale constatazione empirica recai in sé. Il rischio è che il riscontro concreto della permeabilità delle due categorie in parola porti alla inaccettabile conclusione dell'innuità delle stesse e, conseguentemente, di una loro distinzione. Solo soffermandosi sulla funzione pubblica espresa, per quel che interessa, dal nuovo sistema di qualificazioni nel settore dei lavori pubblici, sembra possibile verificare l'effettiva portata delle ineguali trasformazioni organizzative dei centri di potere, tramite la parcellizzazione e le peculiarità modulari di distribuzione dello stesso anche in capo a diversi soggetti. Per la medesima ragione, si ritiene che, come meglio si vedrà nel successivo paragrafo, l'esercizio privato di pubbliche funzioni debba tenersi distinto dall'esercizio privato di pubblici servizi, pur non negandosi il tratto comune ed empirico dell'intermediazione di un soggetto formalmente privato nell'azione della pubblica amministrazione.

(129) S. FOÀ, *op. cit.*

(130) Sia consentito rinviare a F. SICILIANO, *L'insostenibile leggerezza dell'essere amministrativo e l'altra faccia della SOA*, in *www.giustiziam.it*, n. 7/06, da cui si è attinto per sviluppare questo secondo aspetto del commento.

(131) Rinviando a quanto già si è avuto modo di approfondire in altra sede, qui può solo sintetizzarsi l'idea su cui potrebbe fondarsi la suddetta distinzione tra esercizio privato di pubblica funzione ed esercizio privato di pubblico servizio. L'elemento discreto che mi è parso di poter rilevare dallo studio della dottrina, giurisprudenza e legislazione di riferimento è la diversità del titolo di legittimazione: nel secondo caso, la concessione; nel primo, la legge. Tale distinzione consente, ad avviso di chi scrive, di mettere in discussione la tradizionale caratteristica di *estraneità* dell'esercente privato di pubblica funzione rispetto alla pubblica amministrazione. La suddetta estraneità che, infatti, è sintomaticamente evidenziata dal modulo concessorio nel caso di esercizio di pubblici servizi, non è altrettanto certa nel caso di esercizio di pubblica funzione, laddove il titolo di legittimazione è, come detto, una norma di organizzazione. E se la norma di organizzazione esprime l'autorità del diritto inteso in senso obiettivo, diventa meno agevole non qualificare l'esercente privato di pubblica funzio-

ne l'affieimento dell'attività della SOA all'esercizio privato di pubblica funzione consente, infatti, di assicurarsi un canale privilegiato di collegamento ai concetti di *potere ed attività* e, conseguentemente, di verificare possibili ipotesi di commissioni su di essi da parte della riformata normativa di settore.

Sulla scorta di tali premesse, volendo abbandonare per un momento le storiche sponde dell'approccio meramente descrittivo alla tematica in oggetto, non si può fare a meno di esprimere la sensazione che l'inquadramento dell'attività della SOA in termini di pubblica funzione non basti, comunque, a rispondere in maniera del tutto appagante agli interrogativi sollevati in premessa, ma comporti semplicemente la necessità di ampliare lo spettro di indagine sulla natura ed identità giuridica delle SOA (e della loro attività) fino alla fonte *il potere sovrano* ..., nozione polysensa e dai contorni molto poco chiari e, dunque, fino alla nozione di *organizzazione* che, nel caso specifico, lo sorregge.

Non avendo, tuttavia, ancora acquisiti tutti gli elementi utili per soffermarsi sufficientemente su tale nozione, allo stato non può che anticiparsi l'impressione, suggerita dal rapporto di consequenzialità logica che lega potere e funzione, che il riscontro di un mutamento di conformazione di quest'ultima – come è avvenuto nel settore dei lavori pubblici – possa essere sintomatico di un peculiare e diverso atteggiarsi del primo.

Un simile ordine di considerazioni, per il momento, può valere esclusivamente a rafforzare la convinzione dell'attinenza dell'attività svolta dalla SOA ad una funzione pubblica, il cui ambito di estensione è ancora da esplorare.

Allo stato, può già dirsi, però, che la suddetta configurazione dell'attività svolta dalla SOA impedisce di aderire sia alla tesi privatistica che esalta la natura commerciale della SOA stessa e della tipica attività da essa svolta e non considera indicativa di rilevanza pubblicistica la circostanza che essa abbia ad oggetto il rilascio di certificazioni (132), sia a quella che imputa alle SOA, contemporaneamente, l'esercizio di una funzione pubblica (*ad est*, il rilascio dell'attestato) e l'espletamento di un servizio pubblico, consistente nell'assistenza all'impresa per le strette finalità inerenti al rilascio (133).

ne quale strumento di diretta esplicazione della funzione sovrana e, quindi spostare l'attenzione ed il conseguente inquadramento dogmatico della figura sul lato attivo del cd. rapporto amministrativo.

(132) A. ASTAZZI, *Le Società Organismi Attestazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it* che fa leva, in particolare sulla natura sinallagmatica del rapporto tra SOA ed impresa, in cui il contratto 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 pubblici funzioni, anche se non risulta chiaro come, subito di seguito, alla attestazione di natura privata vengano ricollegate dalla legge e dal regolamento efficacia pubblica, senza che que- sto possa incidere sul versante della qualificazione della natura dell'attività esercitata (ris- ad affermarsi che le conseguenze pubblicistiche dell'attestazione sono rilevanti solo sul pia- no penale e non su quello amministrativo).

(133) G. P. CIRIELLO, *op. cit.*

La seconda tesi, pur affascinante, in quanto, con riferimento ai profili di servizio pubblico, individua la natura esclusiva della giurisdizione del giudice amministrativo in materia, sembra, tuttavia, recare in sé l'inconveniente, meramente pratico, di dover, ai fini del corretto inquadramento del giudice competente, caso per caso, individuare i contenuti della definita assistenza all'impresa, con uno sforzo non irrilevante.

Sul versante teorico, invece, la tesi in parola offre lo spunto per una ulteriore riflessione sulla funzione pubblica di cui si sta trattando.

Per essere più espliciti, sembra 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 SOA stessa, la cui attività certificatoria sembra dover essere, invece, inquadrata in un contesto sistematico più ampio.

Se, infatti, come già si è detto riferendosi alla certazione, il rilascio dell'attestazione SOA è di per sé fatto giuridicamente neutro – posto che l'effetto qualificatorio deriva direttamente dalla legge – sembra logico inferire che tale effetto sia riconducibile ad una funzione pubblica di ben più composta articolazione di quella finora imputata «atomisticamente» alla SOA: una *funzione* che potremmo definire *qualificatoria* e che si atteggia alla stregua di una fattispecie complessa, il cui effetto finale è determinato dalla interazione di più soggetti (Autorità di vigilanza *in primis*, SOA, organismi di qualificazione).

In questa prospettiva sistematica, si ricava un ulteriore argomento a sostegno dell'estraneità alla tematica della nozione di servizio pubblico, sia per la sua antichità ontologica con la nozione di funzione pubblica – che permea tutto il sistema globalmente considerato – sia per la potenziale portata disgregante della distinzione tra momenti di esercizio di una funzione pubblica e momenti di esercizio di un servizio pubblico in capo ad un medesimo soggetto.

4.3. Segue: *la SOA e il modello organizzativo di riferimento. Riepilogo e rilievi critici sulla funzione pubblica nella riforma in esame.*

Sulla scorta delle suddette considerazioni, può aggiungersi che la convinzione di trovarsi di fronte ad una funzione pubblica e non ad un servizio pubblico (134) trova ulteriore forza, oltre che nell'assenza del modulo concessorio nella

(134) Contra, A. ASTAZI, *op. cit.*; in parte, G.P. CIRILLO, *op. 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, la cui natura verrà indagata successivamente, 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», nota 9. Il servizio sarebbe quello della qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici e si realizzerebbe mediante la funzione di attestazione. In tali postulati, non sembra, tuttavia, agevolmente distinguibile, con riferimento alla SOA, il contenuto del servizio rispetto a quello della funzione di attestazione.

normativa di riforma – il che potrebbe non costituire da solo un argomento insuperabile –, proprio nell'*inaffidabilità* dell'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'esplicitamento di una determinata attività presazionale (135).

Ed in questo senso, soffermandoci esclusivamente sulla natura giuridica della SOA in ragione della funzione pubblica dalla stessa esercitata, non può non condividersi l'opinione di chi configura la stessa quale nuova ipotesi di *minimo publicum* (136).

E, pertanto, conattuale a tale orientamento l'accostamento della SOA alla figura del notaio, il quale, acquisita la prescritta abilitazione, esercita professionalmente un'attività consistente nell'esplicazione di potestà pubbliche ai medesimo attribuite direttamente dalla legge, dietro remunerazione del cliente (137).

Con la differenza che, nel caso di specie, la compensazione tra pubblico e privato incide anche sulla veste giuridica della SOA, attraverso la integrazione autonoma della disciplina codicistica sulle società per azioni, per via della quale la dottrina ha configurato la stessa alla stregua di *ente speciale* (138), inquadrate nella più ampia categoria delle *cd. società legali* (139).

In tale prospettiva, la specialità escluderebbe l'anomalia soggettiva, ossia la configurabilità di un soggetto qualitativamente diverso da una normale società

(135) Ancora attuali le riflessioni di G. ZANOBINI, *(Amministrazione pubblica b). Nozione e caratteri generali*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 237) sulla distinzione tra funzione pubblica e servizio pubblico, inteso come attività di produzione di utilità materiali «assunta dallo Stato o da altro ente pubblico, non perché abbia di suo mezzi e poteri di cui solo lo Stato dispone, ma per altre ragioni secondarie: lo scopo di offrire i prodotti gratuitamente o al di sotto del prezzo di produzione, la necessità di assicurare la qualità migliore del prodotto, o viceversa far godere allo Stato un prezzo di monopolio eccedente il costo di produzione».

(136) S. FOA, *op. cit.*; P. SALVATORE, *Le attestazioni SOA nell'atto di segnalazione al Governo ed al Parlamento del 21 gennaio 2004*, in *Cons. St.*, 2004, II, 458, il quale, in linea con la nozione da noi delineata di *minimo*, incompatibile con un meccanismo di abdicazione da parte dell'amministrazione statale, sostiene che «da funzione certificatoria svolta dalla SOA non passa attraverso un'attribuzione della stessa alla P.A., che poi la trasferisce ai privati, ma risulta attribuita categorialmente ad alcuni organismi preindividuati direttamente dalla legge»; L. GIAMPALUSO, *Le SOA e le loro responsabilità*, in *Contr. Stato e enti pubblici*, 2001, 16; A. MALTONI, *op. cit.*, 356.

(137) A. MALTONI, *op. cit.*, 352, nota 725. L'A. richiama, peraltro, altre recenti ipotesi di conferimento *ex lege* di potestà pubbliche, quali le fattispecie di attribuzione della competenza istruttoria e valutativa dei programmi di investimento, ai sensi della l. n. 488/92 (*op. cit.*, 356).

(138) Parla di ente speciale in ragione dell'oggetto sociale, G. NAPOLI VSO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 147.

(139) Così anche A. ASTAZI, *op. cit.*, che, tuttavia, dà una spiegazione teorica del fenomeno in termini prettamente privatistici. Per una trattazione di respiro generale sulla categoria, cfr. C. IBBÀ, *Società legali e società legittimate*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993. Per un recente ed interessante contributo sulla categoria citata in collegamento con il fenomeno della esenzializzazione, M.G. DI LIA SCALÀ, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, n. 2005, 391 e ss.