

per azioni⁽¹⁴⁰⁾, per mancanza o modifica di un elemento della fattispecie di riferimento⁽¹⁴¹⁾.

E, conseguenzialmente, opinione comune considerare la SOA un operatore privato esterno all'organizzazione amministrativa⁽¹⁴²⁾ che, investito *ex lege* di un *minus*, svolge una pubblica funzione (di certificazione), in ragione della quale è soggetto al controllo della pubblica amministrazione (leggesi Autorità di Vigilanza)⁽¹⁴³⁾.

Pertanto, il nodo problematico riguarderebbe, in una prospettiva evocativa dei postulati classici sul tema, il regime alla stessa applicabile a fronte della rilevanza pubblica dell'attività svolta da un ente che, seppure speciale, è e resta di natura privata⁽¹⁴⁴⁾.

E questo il punto nodale su cui sembra indispensabile fare qualche riflessione.

Senza nulla obiettare alla precisione del riferimento al *minus* — pur se con i peculiari connotati proposti nel corso del lavoro —, si ha l'impressione che la suddetta categoria dogmatica non dia del tutto ragione dei più ampi e significativi riflessi organizzatori dell'istituto, il cui riverbero può essere apprezzabile esclusivamente da una diversa postazione panoramica (*id est*, da una visione sistematica della normativa di riforma nel settore dei lavori pubblici).

Le trattazioni relative alla SOA, in proposito, sembrano piuttosto inclinare lungo due divergenti direttrici: una di taglio «monografico»⁽¹⁴⁵⁾; l'altra di più ampio respiro che colloca appena incidentalmente la figura soggettiva in parola nella tematica del rapporto tra pubblico e privato nel diritto amministrativo⁽¹⁴⁶⁾.

Tali impostazioni, sicuramente pregevoli ed autorevoli, devono probabilmente di integrarsi reciprocamente ed essere integrate: la prima, in quanto non

⁽¹⁴⁰⁾ G. NAPOLITANO, *op. cit.*, 146-147.

⁽¹⁴¹⁾ G. NAPOLITANO, *op. cit.*, 148.

⁽¹⁴²⁾ Così A. MALTONI, *op. cit.*, 428.

⁽¹⁴³⁾ S. FOA, *op. cit.*; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata ed azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di organizzazione*, Padova, 2000, 203; G. NAPOLITANO, *op. cit.*, 182-184; A. MALTONI, *op. cit.*, 405 e ss., che pone il problema della dequotazione della tutela dei terzi ovvero dell'atfevolimento di questi ultimi rispetto all'ipotesi in cui quell'attività sia o continui ad essere esercitata da un ente pubblico.

⁽¹⁴⁴⁾ A tal proposito, G. NAPOLITANO, *op. cit.*, 187, richiama criticamente la categoria degli atti amministrativi dei privati, non condividendo soluzioni astratte di applicazione integrale o disapplicazione integrale del regime amministrativo a tali soggetti e ponendo l'accento sulla necessità di verificare, nel caso concreto, le diverse tecniche predisposte dall'ordinamento per la cura dell'interesse generale o collettivo. Proseguendo lungo tale orinale, l'A. conclude, per quel che interessa al nostro ristretto e limitato campo d'indagine, che «*essolamto addove i privati esercitano funzioni identiche a quelle tradizionalmente svolte dall'autorità pubblica e differiscono le medesime prerogative, allora il nucleo fondamentale del regime amministrativo è utilmente applicabile, in quanto tecnica di disciplina e controllo più adatta e "perfettionata"»* (*op. cit.*, 190).

⁽¹⁴⁵⁾ Ad esempio, S. FOA, *op. cit.*; A. ASTALI, *op. cit.*; G. P. CIRILLO, *op. cit.*

⁽¹⁴⁶⁾ Ad esempio, F. DE LEONARDIS, *op. cit.*; G. NAPOLITANO, *op. cit.*; A. MALTONI, *op. cit.*

affronta la tematica sotto il profilo organizzatorio al di là del richiamo al *minus*: la seconda in quanto, trattando trasversalmente varie fenomenologie di contiguità tra pubblico e privato, finisce per disperdere le coordinate di riferimento della SOA in sede di conclusioni.

Infatti, nell'ambito del secondo filone di pensiero, le SOA — citate, appunto, ad esempio di soggetti privati preposti alla cura di interessi generati — vengono accostate a figure di eterogenea natura⁽¹⁴⁷⁾ che hanno in comune con le stesse tratti sostanziali talmente generici (forma privata e gestione di interesse pubblico) da non poter, a parere di chi scrive, ricondursi ad una categoria giuridica unitaria.

Sembra, conseguentemente, che lo sforzo di individuare degli indici di riconoscimento del dovere di agire nell'interesse generale in capo alla SOA⁽¹⁴⁸⁾ si perda nel momento in cui tale canale tematico viene convogliato nel più ampio flusso di considerazioni su nuovi modelli di organizzazione amministrativa scaturite dall'apprezzamento di tali diversi fenomeni (di ben più ampie proporzioni), quali l'espletamento di un servizio pubblico da parte di soggetti privati (in particolare, le cd. società miste) e la privatizzazione degli enti pubblici.

In altre parole, partendo dalla premessa della compatibilità tra autonomia privata e funzione pubblica, varie forme di contiguità tra pubblico e privato vengono ricondotte ad un unitario *«fenomeno di autonomia dell'azione volta alla cura dell'interesse generale»*⁽¹⁴⁹⁾, indicativo dell'affermarsi di un modello di amministrazione di risultato⁽¹⁵⁰⁾, teso al miglioramento della qualità delle prestazioni rese agli utenti, precipuamente nel settore economico ed in quello delle attività sociali⁽¹⁵¹⁾.

In tale prospettiva, si prende atto dell'evoluzione del ruolo dello Stato che lascia sempre più campo d'azione all'operatore privato e tende, più che a gestire, a regolare (anche grazie alle Autorità indipendenti) i possibili conflitti di interesse⁽¹⁵²⁾, con il definitivo superamento del sistema di «ingerenza pubbli-

⁽¹⁴⁷⁾ Ad esempio, F. DE LEONARDIS, *op. cit.*, 187 e ss., include nella formula di «*soggetti privati costituiti per la cura di interessi generati*» figure soggettive dogmaticamente riconducibili a categorie di diversa natura, quali, appunto, le SOA, le società di capitali per la gestione dei servizi pubblici locali, le cd. società legali, le federazioni sportive.

⁽¹⁴⁸⁾ Per F. DE LEONARDIS, *op. cit.*, 202, sono le norme che prevedono i requisiti per l'abilitazione; l'incompatibilità del personale incaricato dei controlli e i suoi requisiti di preparazione; l'indipendenza nell'esercizio delle rispettive funzioni; i principi a cui si deve adeguare la retribuzione; l'obbligo del segreto professionale; le forme del procedimento.

⁽¹⁴⁹⁾ F. DE LEONARDIS, *op. cit.*, 300.

⁽¹⁵⁰⁾ Sul tema, per tutti, A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultato», in Scritti in onore di Elio Caserta*, II, Napoli, 2001, 812. Per una ricognizione di carattere generale, cfr. A. MALTONI, *op. cit.*, 431 e ss.

⁽¹⁵¹⁾ G. NAPOLITANO, *op. cit.*, 22, il quale richiama le cause di tale transizione: crisi fiscale dello Stato; esigenza di ridurre il sovraccarico delle amministrazioni; sviluppo delle iniziative collettive a carattere solidaristico che implica il richiamo alla sussidiarietà orizzontale ed al suo fondamento costituzionale contenuto nell'art. 118, comma 4, Cost.

⁽¹⁵²⁾ F. DE LEONARDIS, *op. cit.*, 299; G. NAPOLITANO, *op. cit.*, 20, con abbondanti richiami dottrinali (nota 66).

cedo⁽¹⁵³⁾ nei sopracitati settori, affermatosi tra la fine dell'Ottocento e la prima metà del secolo scorso.

Di qui gli interrogativi sulla effettiva portata della suddetta trasformazione, se da intendersi in termini di riduzione⁽¹⁵⁴⁾ o espansione⁽¹⁵⁵⁾ (riorganizzazione⁽¹⁵⁶⁾) della sfera pubblica rispetto a quella privata e, dunque, come attitudine della prima a modularsi diversamente (attraverso il potere di regolazione) l'estrinsicazione della propria sovranità.

A tal proposito, si è fatto riferimento anche alla ed. esternalizzazione di funzioni amministrative, intesa come «inidolo organizzativo alternativo alla creazione o al mantenimento di strutture ed uffici pubblici della P.A.»⁽¹⁵⁷⁾, strumento ottimale per garantire lo sviluppo economico in considerazione dei diritti fondamentali dell'uomo, alla luce di principi di efficacia, economicità, semplicità.

Tale modulo alternativo, che esprime la filosofia dell'amministrazione di risultato, viene ricondotto anche al principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, u.c., Cost.)⁽¹⁵⁸⁾.

Un siffatta visione globale di nuovi meccanismi organizzativi si ataglia certamente ad una moltitudine di entità soggettive caratterizzate dalla commissione tra profili pubblicistici e privatistici (es., società miste deputate alla gestione di un pubblico servizio locale o enti privatizzati)⁽¹⁵⁹⁾.

Tuttavia, essa non sembra esaltante, «congeniale alla SOA – senza per questo escluderne l'attinenza alla generalizzazione delle soluzioni organizzative»⁽¹⁶⁰⁾ che segnano il superamento della «gerarchia dicaromica»⁽¹⁶¹⁾ tra pubblico e privato – in quanto il pur diffuso ed unanime inquadramento della stessa alla stregua di un operatore privato soggetto, quale titolare di «minus», al controllo

(153) G. NAPOLITANO, *op. cit.*, 9 e ss. Per un inquadramento dei caratteri e modalità della politica interventistica dello Stato nella prima metà del secolo scorso alla luce del principio di socialità, G. LANDI, *L'organizzazione amministrativa diretta e indiretta, centrale e periferica*, in *Atti del II convegno di studi di scienza dell'amministrazione* (Vareina, 18-21 settembre 1958), Milano, 1959, 51 e ss. (spec. 61 e ss.).

(154) Tra i fattori di tale apporto esegetico, cfr., M. MAZZANOTTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000.

(155) Così M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. anni*, 2002, 169 e ss. Il quale critica l'affermazione dell'arretamento della sfera pubblica rispetto a quella di diritto privato, sostenendo che «anzi con riferimento al pubblico "regolatore" potrebbe ve-ro il contrario. Il sorgere di nuovi interessi imputati alla collettività ha determinato l'espansione dell'attività pubblica diretta alla loro protezione. A volte, ciò ha addirittura indotto la creazione di nuovi enti esponenziali dei nuovi interessi ed ha determinato un aumento del pubblico come "soggetto"» (p. 179).

(156) S. CASSISE, *Le privatizzazioni, arretramento e riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 579 e ss.; V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico"*, in *Lo Stato regolatore*, in *Pol. dir.*, 1997, 624 e ss.; G. NAPOLITANO, *op. cit.*, 15 e ss.

(157) A. MALTONI, *op. cit.*, 438.

(158) A. MALTONI, *op. cit.*, 439.

(159) F. DE LEONARDIS, *op. cit.*, 310.

(160) G. NAPOLITANO, *op. cit.*, 23.

(161) G. NAPOLITANO, *op. cit.*, 23.

della pubblica amministrazione (come già anticipato, l'Autorità di vigilanza appare per quanto si tenterà di esporre – limitativo e nasce presumibilmente dalla già accennata visione, per così dire, «atomistica» dell'organismo).

Si vorrebbe tenere, a questo punto, di fornire una diversa chiave di lettura del fenomeno in esame, sganciando il problema della natura giuridica della SOA dal richiamato inquadramento di tale figura soggettiva in un generico e indiscriminato processo di privatizzazione e, per questa via, negli ingranaggi dell'amministrazione di regolazione.

Al suddetto inquadramento – che non risulta incontestabile per quanto si cercherà di evidenziare – si deve presumibilmente la decifrazione in termini restrittivi della funzione pubblica realmente sottesa alla specifica materia di cui si discute.

Su questo profilo è necessario preliminarmente soffermarsi, essendo, forse, il caso di investire i termini logici dei superiori assunti interpretativi, deducendo dalla corretta evidenziazione degli estremi della funzione pubblica, nella materia oggetto di analisi, elementi indicativi dell'assetto organizzativo di riferimento.

In proposito, non sembra azzardato affermare, come si è già anticipato, che, pur rinvenendosi in astratto, nell'attività certificatoria della SOA, i caratteri di una funzione pubblica, tuttavia, nel caso concreto, essa non si identifica né esaurisce la funzione pubblica che emerge dalla normativa di riforma.

Tenendo, infatti, presente il più ampio contesto sistematico di riferimento, si è già notato che la funzione pubblica che si sta analizzando non sembra tanto (o soltanto) consistere nella mera certificazione, bensì nella qualificazione che da tale certificazione discende in capo all'operatore privato.

La funzione pubblica, intesa come «espressione di potestà pubblica»⁽¹⁶²⁾, è, dunque, una complessa ed articolata «funzione di qualificazione», il cui substrato materiale è certamente costituito dall'evidenza documentale, ma il cui effetto giuridico discende da un sofisticato sistema che troppo semplicisticamente viene ricondotto alla mera emanazione di un certificato. O meglio, anche volendo riferire tale effetto al certificato, ci si deve intendere «sull'imputabilità dell'effetto preclusivo suo tipico».

5. *Proposta di un'interpretazione alternativa e profili problematici connessi.*

Si tratta, a questo punto, di verificare quali siano gli elementi costitutivi di questa funzione di qualificazione e quali gli indici sintomatici della stessa, tornando utile, a tal fine, tenere presenti i tratti essenziali del quadro normativo di riferimento già evidenziati.

Il primo interrogativo inevitabilmente riguarda la titolarità di tale funzione di qualificazione.

Sul punto, non si può prescindere dal tenere in considerazione il rapporto tra Autorità di vigilanza e SOA ed, in particolare, l'autorizzazione allo svolgimento

(162) Cfr. G. ZANOBINI, *Amministrazione pubblica*, cit., 237.

dell'attività di attestazione (art. 2, lett. *m*), D.P.R. n. 34/00, confermato dall'art. 40 del Codice in commento).

In ragione di quello che si è finora detto, si concorda pienamente con chi afferma che l'autorizzazione non ha alcun effetto costitutivo in capo alla SOA, discendendo direttamente dalla legge l'attribuzione alla stessa della potestà certificatoria (165).

Tuttavia, ciò non toglie che l'autorizzazione ricognitiva dei requisiti legali della SOA, oltre a formalizzare l'attitudine certificatoria della SOA stessa verso l'esterno nei rapporti con i privati imprenditori, possa leggersi come il segnale di un legame tra l'Autorità di vigilanza e la SOA.

Ciò in quanto l'esito positivo del procedimento autorizzatorio non sembra concludere e definire un rapporto tra soggetto autorizzante e soggetto autorizzato, quanto piuttosto costituire semplicemente il punto di partenza.

Con l'autorizzazione si crea, dunque, una sorta di vincolo interno tra Autorità di vigilanza e SOA che può rappresentare un primo indizio della difficoltà di analizzare e qualificare la SOA come entità a se stante e soggettivamente autonoma rispetto all'Autorità di vigilanza e di condividere, conseguenzialmente, l'idea della estraneità (-terzieta) del controllore rispetto alla funzione di amministrazione attiva svolta dal titolare del *munus*.

Tale rapporto che coinvolge l'Autorità di vigilanza e la SOA potrebbe costituire, nella nuova chiave di lettura proposta, l'elemento caratterizzante la funzione di qualificazione, laddove si riuscisse a riscontrare in capo ad entrambi il potere di contribuire attivamente alla verifica dei requisiti in capo alle imprese interessate e, dunque alla qualificazione dei soggetti esecutori dei lavori pubblici.

In altre parole, ci sono i presupposti per verificare se l'autorizzazione in parola, o meglio il sistema normativo che la contempla, valga davvero a separare ontologicamente autorizzante ed autorizzato.

Per consentire che l'indizio sopra indicato acquisisca pregnanti connotati probatori, l'unico modo è rinvenire nella riforma di settore elementi testuali che evidenzino che la legittimazione delle imprese private ad accedere alle gare pubbliche deriva direttamente non soltanto dalla SOA, ma, quantomeno in pari misura, dall'Autorità di vigilanza e dalla SOA.

V'è da accertare, si ripete, se sia possibile un'interpretazione alternativa di tale sistema normativo, rispetto a quella dell'«organismo privato titolare di funzioni pubbliche di attestazione (id est, SOA), su cui l'amministrazione (id est, Autorità di vigilanza) esercita varie forme di controllo (art. 10, c. 9, 14 e 16 D.P.R. n. 34/00)» (166).

(165) Così, tra tutti, P. SALVATORE, *op. cit.*, 458, che, sulla scorta degli indici normativi, ritiene che *«l'autorizzazione in questione svolge il suo ordinario ruolo di rimozione di un limite ad un'attività che è proiezione di una capacità giuridica speciale scaturente dalla legge»*. Per una trattazione di più ampio respiro sulla nozione di autorizzazione, Id., *Autorizzazione*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988.

(166) Così, tra tutti, FOA, *op. cit.*

Anche se il dato normativo sembra inequivocabile nell'impiantare all'Autorità di vigilanza esclusivamente poteri di vigilanza (165) e controllo, esso risulta ad una lettura più attenta, tattaltro che di piana interpretazione.

In particolare, l'art. 16 D.P.R. n. 34/00 (rubricato *«controllo dell'attività sulle attività»*) (166), premezza la soggezione della SOA al controllo dell'Autorità di vigilanza, al secondo comma, nell'esplicitare in cosa consiste tale controllo, configura in capo all'Autorità di vigilanza un potere di *provvedere «ad indicare le eventuali condizioni da osservarsi nell'esecuzione del contratto stipulato»*.

Ora, è presumibile che anche il più strenuo sostenitore della tesi della soggezione della SOA al potere di controllo dell'Autorità di vigilanza si sia, anche solo per un momento, interrogato sulla peculiarità conformazione dello stesso, al di là della interpretazione letterale della norma.

In particolare, è quantomeno singolare un controllo che avrebbe ad oggetto l'esecuzione di un contratto e che interviene dopo la sua stipulazione, in ordine al quale si attribuisce ad un soggetto — diverso rispetto ai contraenti — addirittura la facoltà di indicare (incedendo, pertanto, retroattivamente sulla regolamentazione pattizia) le condizioni da osservarsi, per giunta a carico di una sola delle parti.

A prescindere dalla non felice formulazione della lettera normativa, viene da chiedersi quale sia la *ratio legis* sottesa ad un meccanismo così audace e complicato.

E tenendo presenti gli enfatici richiami (già citati) della normativa di settore e della giurisprudenza all'art. 97 Cost., quale principio ispiratore della riforma, viene ulteriormente da chiedersi quale beneficio ricavi il privato imprenditore dall'assistere a tale — potenzialmente in conducente — prova di forza tra Autorità

(165) Come già accennato, il Codice si riferisce espressamente ad una funzione di vigilanza dell'Autorità di vigilanza, in generale, sul sistema di qualificazione; art. 6, comma 7, lett. *m*).

(166) La norma in questione dispone quanto segue: *«1. Le determinazioni assunte dalle SOA in merito ai contratti stipulati dalle imprese per ottenere la qualificazione sono soggette al controllo dell'attività qualora l'impresa interessata ne faccia richiesta entro il termine di trenta giorni dalla data di effettiva conoscenza della determinazione stessa»*.

2. *L'autorità, sciolta l'impresa richiedente e la SOA ed acquisite le informazioni necessarie, provvede entro sessanta giorni ad indicare alla SOA le eventuali condizioni da osservarsi nell'esecuzione del contratto stipulato. L'inottemperanza da parte della SOA alle indicazioni dell'autorità costituisce comportamento sanzionabile ai sensi dell'art. 10, quinto comma del presente regolamento»*.

L'art. 10, comma 5, dispone, a sua volta, quanto segue: *«l'autorizzazione è revocata dall'autorità quando sia accertato il venir meno dei requisiti e delle condizioni di cui agli articoli 7, 8 e 9, nonché quando sia accertato il mancato inizio dell'attività sociale entro sei mesi dall'autorizzazione, o quando la stessa attività risulti interrotta per più di sei mesi. L'autorizzazione è altresì revocata nei casi più gravi di violazione dell'obbligo di rendere le informazioni richieste ai sensi degli articoli 7, 8 e 9 e comunque quando sia accertato che la SOA non svolge la propria attività in modo efficace e conforme alle disposizioni della legge, del presente regolamento e nel rispetto delle procedure contenute nel documento di cui al secondo comma lett. *bb*»*.

di vigilanza e SOA, che, nella peggiore delle ipotesi, lo può portare addirittura ad essere sfornito del titolo abilitante alla partecipazione alle gare pubbliche.

Tale incongruenza del sistema è stata evidenziata anche dal Codice che ha previsto espressamente il potere di annullamento delle attestazioni SOA in capo all'Autorità di vigilanza, sulla scorta di precise indicazioni giurisprudenziali.

È ovvio che la configurazione di un potere di annullamento dell'attestazione SOA in capo all'Autorità di vigilanza diventa un argomento forte a sostegno della tesi che si vuole dimostrare – e già da chi scrive proposta prima della riforma in commento – e, cioè, di un legame organizzativo tra SOA ed Autorità stessa che va oltre la mera e neutrale vigilanza⁽¹⁶⁷⁾.

Alla luce di tali considerazioni, forse, più plausibile ipotizzare che il legislatore, pur avendo costituito un nuovo modello di amministrazione, abbia preferito non abbandonare il ricorso alla tradizionale terminologia, utilizzandola, tuttavia, in maniera atecnica e che i termini della questione siano diversi da come appaiono. E, pertanto, si potrebbe sommessamente affermare che non è autorizzazione ciò che viene definito autorizzazione: non è revoca della stessa ciò che viene definito ritiro revoca; soprattutto, non è controllo ciò che viene definito controllo.

Sotto tale profilo, si trova una conferma a quanto già si è sostenuto in un precedente lavoro⁽¹⁶⁸⁾, nel parere del Consiglio di Stato reso sullo schema di regolamento, laddove viene precisato proprio l'atecnicismo del richiamo alla nozione di revoca.

Tale ultimo aspetto è quello che più interessa ai fini della nostra indagine: si vuole, dunque, affermare che la funzione di qualificazione non è della SOA ma è dell'Autorità di vigilanza o, quantomeno, anche di quest'ultima.

In maniera più spiccia, l'attestazione SOA non è (solo) della SOA, ma (anche) dell'Autorità di vigilanza.

Non si nega, in questa sede, la natura ed il ruolo in generale di Autorità indipendente del soggetto in questione⁽¹⁶⁹⁾, bensì che, nel caso di specie, lo stesso svolga regolazione e controllo e non, piuttosto, conformazione ed esercizio della funzione di qualificazione.

Quello che viene visto come un piano di possibile tensione agonistica tra l'Autorità di vigilanza e SOA nell'emanazione delle relative attestazioni può essere apprezzato, invece, come campo elettivo di uniformi convergenza di forze della medesima natura e qualità verso un unico fine (*id est*, l'interesse pubblico).

⁽¹⁶⁷⁾ Pur condividendosi la recente previsione normativa di tale potere di annullamento, non si può fare altrettanto in ordine alle argomentazioni che hanno condotto la giurisprudenza alle suddette conclusioni.

Tali argomentazioni si fondavano, infatti, come si vedrà più avanti, proprio sul presupposto che qui si vuole mettere in discussione e, cioè, che l'Autorità svolga un mero controllo su una funzione certificatoria imputabile alla SOA: in sostanza, un simile approccio contrasta l'idea che, nel caso di specie ci si trova, invece, di fronte ad una più ampia e globale funzione di qualificazione, che coinvolge attivamente sia l'Autorità che SOA.

⁽¹⁶⁸⁾ F. SICILIANO, *L'insostenibile leggerezza dell'essere amministrativo*, cit.

⁽¹⁶⁹⁾ Basti, tra tutti, la ricostruzione di G.P. CIRIELLO, *op. cit.*

blico all'affidabilità della qualificazione ed al corretto andamento del mercato dei lavori pubblici).

Per apprezzare tale funzione al meglio ci si deve addirittura sforzare di ignorare per un momento proprio la normativa di riforma.

Ritornando all'art. 16, comma 2 D.P.R. n. 34/00, preme fare una duplice riflessione sull'ammissibilità ed efficacia di indicazioni dell'Autorità di vigilanza sopravvenute alla stipula del contratto tra SOA ed impresa privata.

In primo luogo, la natura delle «indicazioni da osservarsi» appare avulsa da logiche di autonomia privata, così come, del resto, quello che il legislatore definisce contratto⁽¹⁷⁰⁾ tra la SOA ed il privato, che, in realtà, costituisce un'alterativa forma di avvio del procedimento amministrativo⁽¹⁷¹⁾, strumentale alla tutela dell'interesse pubblico ad una idonea qualificazione delle imprese a beneficio delle stazioni appaltanti.

In altre parole, sembra chiaro che quello che la norma definisce fase di «esecuzione del contratto stipulato» (art. 16, comma 2, D.P.R. n. 34/00) non è nient'altro che il momento di sostanziale esplicazione della funzione pubblica di qualificazione, che corre lungo i binari di un istruttoria (art. 15, comma 3, D.P.R. n. 34/00), propedeutica all'eventuale esito esecuttorio.

Pertanto, tutti gli accertamenti, le scelte o le valutazioni che intervengono nella suddetta fase di esecuzione del contratto rappresentano il cuore dell'attività di ponderazione (seppur nella peculiare accezione di applicazione di parametri tecnici⁽¹⁷²⁾) tipica dell'attività amministrativa.

Consequentemente, le indicazioni dell'Autorità di vigilanza, intervenendo nella suddetta fase istruttoria, costituiscono un momento interno alla funzione di qualificazione.

Recuperando categorie del diritto amministrativo, tali indicazioni non sono nient'altro che precetti, regole di conformazione dell'attività amministrativa al principio di legalità, che attingono alla funzione sostanziale nel suo farsi, nel suo divenire: non una forma di controllo⁽¹⁷³⁾ di difficile inquadramento dogmatico che interverrebbe *ex post*, rimodulando le condizioni di un contratto già stipulato da due diversi contraenti.

⁽¹⁷⁰⁾ Si registra, tuttavia, un diverso orientamento della giurisprudenza amministrativa, che ha ritenuto di dover dichiarare la propria giurisdizione in riferimento alle controversie tra SOA ed imprese richiedenti affermando che tra le stesse intercorrerebbe un rapporto di natura privatistica di tipo sindacagatorio (cioè, di verifica dei requisiti dietro corrispettivo): T.A.R. Lazio, Sez. III, 16 ottobre 2002, n. 8722, in *www.giustizia-amministrativa.it*; 26 marzo 2003, n. 2631, in *Foro amm.* - T.F.R. 2003, 987.

⁽¹⁷¹⁾ Sulla più generale questione della fungibilità del modulo negoziale rispetto a quello proceduralmente alla luce delle recenti riforme della l. n. 241/90, cfr. C. FRANCHINI - M. LUCCA - T. TESSARO, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Rimini, 2005, 613 e ss.; per una approfondita disamina teorica antecedente alla predetta riforma, F. TRINARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 661 e ss.

⁽¹⁷²⁾ Sottolinea come la prevalente attività della SOA sia riconducibile all'accertamento tecnico con ristretti ambiti di apprezzamento valutativo, S. FOA, *op. cit.*

⁽¹⁷³⁾ Sulla funzione e sulle forme di controllo, G. D'AVRIA, *I controlli*, in S. CASSISI (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, I, vol. II, 1217 e ss.

Se ci si attenesse su un piano meramente civilistico, si dovrebbe ammettere che un terzo abbia il diritto di incidere sulla fattispecie negoziale dopo la determinazione dell'assetto di interessi.

L'idea del controllo, inoltre, non rende giustizia della effettiva dinamica dei rapporti tra Autorità di vigilanza e SOA, che sono entrambi portatori dell'interesse all'attuazione dell'art. 97 c.ost., nello specifico settore dei lavori pubblici.

Le indicazioni dell'Autorità di vigilanza non costituiscono, infatti, attività ultronea, eventuale o successiva di diversa natura e qualità rispetto a quella svolta dalla SOA.

Tale convinzione trova conforto sia nella disciplina di tale contratto (174) sia nel citato art. 16, comma 2, che, volendo mantenere un linguaggio codicistico, alla lontana richiama il meccanismo dell'eterointegrazione precettiva (175) di cui all'art. 1339 c.c. (con la differenza che nel caso di specie è l'Autorità ad inserire nel tessuto negoziale le indicazioni a tutela dell'interesse pubblico).

L'Autorità e la SOA sono, pertanto, i titolari della funzione di qualificazione cui è imputabile l'effetto preclusivo dell'attestazione SOA.

Ulteriore riscontro a tale convinzione potrebbe rinvenirsi nell'art. 17, comma 2, D.P.R. n. 34/00 che attribuisce all'Autorità di vigilanza la competenza a stabilire mediante quale documentazione i soggetti che intendono qualificarsi dimostrano l'esistenza dei requisiti richiesti per la qualificazione, con obbligo di espresso riferimento alle superiori determinazioni (anche in questo caso ricorrendo allo schema dell'art. 1339 c.c.) nel contratto da sottoscrivere tra SOA e impresa.

Si potrebbero insinuare, al più, dubbi sulla effettiva portata di tale funzione in termini di amministrazione attiva a fronte della sua peculiare caratteristica di strumentalità rispetto alla partecipazione delle imprese private alle gare pubbliche e ricondurla allo schema di regolazione del mercato dei lavori pubblici.

Ma anche a voler considerare tale attività come di regolazione (176) in senso lato, una simile considerazione non avrebbe alcuna incidenza sul presupposto organizzativo di tale funzione, che non si incardina sul modello controllore-controllato, bensì su un diverso modulo «cosmologico», diviso (o unito) da una sottile membrana: l'autorizzazione.

Di tale autorizzazione la ricostruzione prospettata esalta il profilo organizzativo del collegamento funzionale tra Autorità di vigilanza e SOA rispetto a

(174) L'effetto primario ed esclusivo di tale contratto è meramente strumentale in quanto, alla stipula che deve essere comunicata all'Autorità di vigilanza, consegue l'attivazione dell'Istruttoria da parte della SOA, secondo quanto previsto dall'art. 15, commi 2 e 3, D.P.R. n. 34/00.

(175) La significativa espressione è rinvenibile nella parte motiva di Cons. St., Sez. V, 18 novembre 2004, n. 7555, in *Foro amm.* - CDS, 2004, 3244 con riferimento all'applicazione del suddetto meccanismo alla mancata previsione nella *lex specialis* di un contenuto richiesto come obbligatorio dalla legge.

(176) In generale, sul modello di azione regolatrice delle autorità indipendenti, A. PAVINO, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 617 e ss. (spec. 620 e ss.).

quello della legittimazione al controllo della prima sulla seconda.

In tale prospettiva, si condividono le conclusioni del Consiglio di Stato (177) circa l'ammissibilità (ovviamente, prima della riforma) della potere diretto di annullamento dell'attestazione SOA in capo all'Autorità di vigilanza, ma non le premesse.

Il presupposto da cui parte la summenzionata giurisprudenza è la dissamina del quadro normativo di riferimento (in particolare, art. 4, comma 4, lett. d), e 8, comma 3, l. n. 109/94; 8, comma 5; 10, commi 1 e 5, e 11, comma 2, D.P.R. n. 34/00) dal quale si desume il preannunciato in capo all'Autorità di un potere di vigilanza sul sistema di qualificazione e sulla compagine societaria.

A tale indagine si unisce l'individuazione, in capo alla medesima Autorità di un potere di controllo, sulle singole attestazioni (art. 12, comma 5, 14 e 16 D.P.R. n. 34/00).

In tale prospettiva, veniva superato l'empasse della mancanza di una norma che prevedesse espressamente il potere di annullamento dell'Autorità di vigilanza sulle attestazioni SOA (178) proprio richiamando il modulo organizzativo dell'esercizio privato di pubbliche funzioni.

Così, veniva considerato irrilevante che l'attestazione SOA — intesa espressamente quale atto unilaterale della SOA — promani da un soggetto formalmente privato, posta la valenza pubblicistica della (funzione di) certificazione.

Si ricavava dalla suddetta natura pubblica della funzione di certificazione la sussistenza del potere di annullamento in capo all'Autorità di vigilanza: «Una volta accertato, alla luce della disciplina positiva, che le SOA sono soggetti privati che esercitano una funzione pubblica, e che all'Autorità sono attribuiti poteri penetranti di vigilanza e controllo sia sulle SOA che sulle singole attestazioni, è agevole desumere, in chiave di ricostruzione logica e sistematica, al di là del mero dato letterale, la sussistenza di un potere, in capo all'Autorità, di annullare in via diretta le attestazioni SOA [...] I criteri logici e sistematici inducono a ritenere che se l'Autorità può indicare in maniera vincolante il contenuto dell'attestazione, e può addirittura, in caso di inadempimento della SOA, nel recepire tale contenuto, sanzionare la SOA precludendo ogni ulteriore attività (incluse la revoca dell'autorizzazione generale), e maggior ragione l'Autorità può adottare la misura di minore impatto, di intervenire in via diretta sulla attestazione, annullandola» (179).

(177) A titolo esemplificativo, Sez. VI, 2 marzo 2004, nn. 991 e 993, in *Cons. St.*, 2004, I, 506; 14 aprile 2004, n. 2124, *ibidem*, 820; 14 aprile 2004, n. 2125, in *Scrv. pubbl. e app.*, 2004, 596; 7 settembre 2004, n. 5843, in *Cons. St.*, 2004, I, 1827; 19 ottobre 2004, n. 6775; 7 novembre 2004, n. 5845, 24 gennaio 2005, n. 129 e 22 marzo 2005, n. 1178, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(178) Il legislatore ha, come già anticipato, ritenuto di tagliare il nodo gordiano con l'esplicita previsione del potere di annullamento delle attestazioni SOA in capo all'Autorità di vigilanza (art. 6, comma 7, lett. m) del Codice).

(179) Cons. St., Sez. VI, n. 991/04, cit. che si può leggere anche in *Lib. e app.*, 2004, 683 e ss., con nota di R. DAMONTE.

(Questo passaggio cruciale, che si è ritenuto opportuno riportare testualmente, non sembra del tutto appagante.

Più precisamente, non si coglie il rapporto di causalità tra l'accertata natura pubblica dell'attività di certificazione della SOA ed il fondamento della potestà di annullamento delle relative attestazioni da parte dell'Autorità di vigilanza, che è comunque, nella prospettazione tradizionale, soggetto estraneo alla funzione di certificazione stessa, dunque incompetente per legge ad incidere direttamente sul conseguenziale effetto preclusivo⁽¹⁸⁹⁾.

In tal senso, appare più convincente l'opzione emmentica opposta (e supportata) dei giudici di primo grado⁽¹⁸⁷⁾, che disconoscono un potere di annullamento in capo all'Autorità, in assenza di un'espressa previsione normativa⁽¹⁸²⁾, o l'altra tesi, secondo cui la funzione di controllo contempla implicitamente la misura dell'annullamento⁽¹⁸³⁾.

Non si comprende, altresì, in che senso l'annullamento dell'attestazione SOA possa essere considerato come una misura di minore impatto rispetto alla revoca dell'autorizzazione in capo alla SOA.

Tale affermazione prende spunto dalla visione della SOA quale esercente privato di pubblica funzione e, conseguentemente, dalla criticata prospettiva di «antagonismo» tra Autorità di vigilanza e SOA, alla luce della quale è ovvio che alla SOA derivi un male minore (o meglio nessun male) dall'annullamento dell'attestazione, piuttosto che dalla revoca dell'autorizzazione.

Ma, guardando alle due fattispecie (revoca dell'autorizzazione e annullamento della attestazione SOA) dalla diversa prospettiva panoramica sopra proposta, si può chiaramente apprezzare che esse afferiscono a piani di interesse di diversa natura.

L'annullamento dell'attestazione attiene al profilo funzionale della qualificazione, non tocca la esistenza giuridica della SOA, ma i rapporti con i terzi, tutelando il corretto esercizio della funzione di qualificazione; la revoca dell'autorizzazione ha risvolti organizzatori interni, incidendo, invece, sulla «membrana» che divide (o unisce) l'Autorità di vigilanza rispetto alla SOA stessa.

La soluzione favorevole al riconoscimento di un potere di annullamento in capo all'Autorità di vigilanza (oggi avvalorata dal Codice) si giustifica, invece, nella considerazione che esso è semplicemente un effetto accessorio dell'esercizio

(180) Il legislatore del 2006, nel prevedere il potere diretto di annullamento dell'attestazione SOA da parte dell'Autorità di vigilanza, si è probabilmente reso conto della debolezza delle argomentazioni del Consiglio di Stato e, senza andare molto per il sottile, ha eliminato alla radice il problema interpretativo.

Ciò non toglie che tale potere di annullamento diretto non possa e non debba essere considerato come un significativo supporto alla tesi, sostenuta nel presente lavoro, della omogeneità sostanziale e funzionale di fondo tra Autorità di vigilanza e SOA.

(181) Cfr. L. Ieva, *Commento* a T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 12 marzo 2003, n. 1868, in *Urb. e app.*, 2003, 828 e ss.

(182) Ovviamente prima dell'entrata in vigore del Codice.

(183) T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 3 febbraio 2003, n. 172, in *Foro amm.* - *T.A.R.*, 2003, 780.

zio del potere e spetta automaticamente al soggetto titolare (cioè, l'Autorità di vigilanza) della funzione pubblica (nella specie, di qualificazione).

Pertanto, più che una misura derivante dal controllo, esso rappresenta, nella ricostruzione proposta, una specie di autoannullamento, connesso all'esercizio della funzione pubblica di qualificazione⁽¹⁸⁴⁾.

Collocando tale istituto nella giusta prospettiva della funzione amministrativa e dei suoi destinatari, contrariamente a quanto sostenuto dalla sopra citata giurisprudenza, risulta di maggiore impatto rispetto alla revoca dell'autorizzazione.

Anche prima dell'intervento del Codice, ci si sarebbe potuti spingere oltre per commentare i cultori della tipizzazione normativa del potere e, pur se con qualche riserva, rinvenire tale potere di annullamento addirittura nella normativa di settore, proprio con riferimento all'art. 16, comma 2, D.P.R. n. 34/00.

Se, infatti, l'Autorità, nel corso dell'istruttoria avviata dalla SOA, ha il potere di indicare le condizioni da osservarsi, si presume che tali condizioni possano anche essere incompatibili con gli orientamenti della SOA precedente e prevalere sugli stessi.

Tale prevalenza ha il medesimo effetto di un annullamento, anche se, nel caso di specie, esso interviene in fase istruttoria, prevenendo eventuali contestazioni sulla certificazione finale.

E, del resto, innegabile l'importanza del riconoscimento del potere di annullamento, in quanto esso conferisce utilità concreta e finale a tutta la riforma di settore, superando l'imbarazzante scoglio della sopravvivenza di una certificazione *contra legem* con effetti preclusivi, nonostante l'accertamento sostanziale della sua illegittimità.

Su tali premesse, si può anche tentare di muovere qualche rilievo alla ricostruzione della SOA in termini di *minus publicum*.

Non nel senso che essa non sia aderente alle più autorevoli elaborazioni sul tema, ma nel senso che una simile impostazione dà concretezza di uno spicchio dell'intero fenomeno organizzativo in esame.

Alla luce di quanto rilevato, non sembra più così pacifico che la figura della SOA sia accostabile a quella del notaio⁽¹⁸⁵⁾, in quanto, se è vero che entrambi svolgono una funzione di certificazione, essi hanno caratteristiche ben diverse: la certificazione del notaio (promana da ed) è imputabile esclusivamente allo stesso; l'attestazione SOA è, contrariamente a quanto sopra affermato, atto non proveniente unilateralmente dalla sola SOA, ma anche dall'Autorità di vigilanza e imputabile (anche) alla stessa.

La figura soggettiva del notaio rappresenta, quale esempio classico di titolarità di un *minus*, un semplice modello organizzativo monistico autosufficiente

(184) Il Codice ha, pertanto, confermato, nel prevedere espressamente il potere di annullamento *de quo* in capo all'Autorità di vigilanza, la ricostruzione proposta.

(185) Affronta tematiche specifiche sulla figura notarile che ne evidenziano ulteriormente la peculiarità rispetto alle SOA, F. Maresca, *Il diritto pubblico delle libere professioni. Ordini, albi e diritto di stabilimento nel diritto vigente*, in *Dir. amm.*, 2005, 449 e ss.

ed autonomo, cui sono riconducibili gli effetti e le responsabilità degli atti pubblici redatti.

La SOA, invece, opera ed agisce in simbiosi con l'Autorità di vigilanza, sulla scorta di un collegamento funzionale creato dalla legge e, per essa, dall'autorizzazione, per cui, come già, detto non è importante l'attestazione in se, ma la qualificazione legale che da essa promana.

In tale ottica, l'argomento della forma della società per azioni non sembra di per sé solo idoneo a sorreggere la natura privatistica della SOA, tanto più che viene anche difficile condividere i presupposti apposti eseguiti circa la natura speciale della società.

Si può affermare, invece, che la SOA è società non speciale, ma *comunitaria*, cioè soggetto nuovo e qualitativamente diverso rispetto alla società per azioni, creato *ex novo* dalla legge per far parte di una complessa entità organizzativa, la cui rilevanza unitaria in termini formalmente pubblicistici pone in secondo piano la identità soggettiva e formale della stessa.

Tale conclusione consente di ritenere senza azzardo che l'attestazione SOA sia atto soggettivamente e oggettivamente pubblico e, dunque, atto amministrativo direttamente impugnabile.

Comunque, anche a volere ritenere la metà specialità della SOA, sembra chiaro che non ha più tanto senso indagare sulla natura giuridica della SOA, rilevandone l'apparente discrasia tra forma privata e funzione pubblica, quanto verificare sistematicamente gli estremi del fenomeno organizzativo di riferimento che dà vita alla funzione di qualificazione.

In questo caso, più che di irrilevanza della soggettività privata si tratta di irrilevanza di un approccio frammentario alla questione e, dunque di una isolata indagine sulla SOA.

A questo punto dell'indagine, sorge un interrogativo: posto che la suddetta qualificazione è imputabile direttamente all'Autorità di vigilanza (quantomeno) nella stessa misura in cui è imputabile alla SOA, l'attestazione è atto unico o complesso?

L'adesione alla seconda opzione dipende ancora una volta dal rilievo che si attribuisce all'autorizzazione ed, in particolare, dal riconoscimento in capo alla stessa di un effetto costitutivo di un rapporto organizzativo.

Una simile conclusione non sarebbe poi così peregrina, tenendo presente la evidenziata caratteristica indicativa di ogni fenomeno organizzativo e, cioè, la *strumentalità* rispetto all'interesse pubblico, al cui perseguimento sono preposti entrambi i soggetti in questione.

In questa prospettiva, l'autorizzazione diventa lo strumento di riscontro dell'attitudine funzionale della futura SOA, aprioristicamente individuata, dal modello astratto codificato dal legislatore, in norme di chiara natura organizzativa.

Quella che il legislatore definisce autorizzazione della SOA ad esercitare la funzione certificatoria si sostanzia in uno strumento di costituzione di un'attività funzione organizzativa del sistema di qualificazione che fa capo all'Autorità di vigilanza.

In tale ottica, si possono individuare, nel corpo dell'art. 40 del Codice ul-

teriori argomenti a sostegno della suddetta tesi nella parte in cui recita «*91) si pone l'accento sugli estremi di tale funzione qualificatoria pubblicistica con riferimento al contenuto delle attestazioni SOA. Le quali «devono indicare espressamente le referenze che hanno permesso il rilascio», mentre «i dati da essere richiamati non possono essere contestati immediatamente».*

Nel testo della norma sono individuabili, sotto il profilo dell'obbligo di motivazione, tracce di proceduralizzazione e funzionalizzazione dell'attività, al di là della tassonomica predeleminazione dei requisiti di qualificazione, che per un soggetto, pur definito come privato, sono giustificabili solo in una più ampia prospettiva di raccordo sistematico con l'attività dell'Autorità di vigilanza.

Può così apparire logica e comprensibile la sempre maggiore dimestichezza dell'attività della SOA con nozioni di diritto amministrativo puro, come autorità e discrezionalità (189).

Lo stesso dicasi per il previsto rafforzamento dell'apparato sanzionatorio, sintomatico di una sempre più stretta penetrazione organizzativa.

6. Conclusioni.

Resta da interrogarsi ancora sulla *ratio legis* che ha portato alla creazione del nuovo sistema di qualificazione, fondato sull'interazione tra Autorità di vigilanza e SOA.

Come già si è anticipato, probabilmente non è il caso di scomodare i più ampi e diversi temi della privatizzazione, dell'amministrazione di regolazione, né tantomeno il principio di sussidiarietà orizzontale (187).

(189) Interessante, a tal proposito, T.A.R. Trentino Alto Adige, Bolzano, 25 settembre 2006, in Foro amm. - T.A.R. 2006, 2856: «*l'attività "contrattuale" delle Sot costituisce un'esplorazione di un potere pubblicistico quale conseguenza di un attività autoritaria di fronte all'impresa "cliente", con la conseguenza che va affermata la giurisdizione del giudice amministrativo sulle relative controversie. Giova al riguardo richiamare la funzione attinente alle certificazioni, di sicura rilevanza pubblica, ed il sistema di controllo previsto dal legislatore, non limitato solamente all'attività delle Sot, ma esteso alla loro "prestazione contrattuale". Il D.P.R. n. 34 del 2000 ha, inoltre, conferito alle Sot un potere discrezionale, piuttosto ampio, in ordine alla valutazione dell'incidenza della condotta di reato sulla morosità professionale; potere che è chiaro sintomo di una posizione autoritativa delle Sot nei confronti dei loro "clienti", che determina, da parte di questi ultimi, la sussistenza di mere situazioni di interesse legittimo. Inoltre, le Sot hanno, sicuramente, una discrezionalità effettuale determinanti lavori. A fronte di questi poteri sembra opportuno, se non addirittura ammissibile, l'autonomia negoziale, che deve caratterizzare un accordo contrattuale, tanto più che le tariffe minime del corrispettivo sono già prevedibili dal citato regolamento.*

(187) G. ARENA, *Un nuovo modo di amministrare*, relazione tenuta in occasione della Convenzione Nazionale per la sussidiarietà - Roma 12 marzo 2004, 5 del datiloscritto). Sul principio di sussidiarietà orizzontale ed i suoi insvolti soprattutto in materia di servizi pubblici, cfr. P. DUREI, *La sussidiarietà orizzontale: le radici e le ragioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 1, 95; Id., *Sussidiarietà ed autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà solidaria e azione amministrativa*, Milano, 2004.

Tale principio rimanda al modello della cd. amministrazione condivisa che consiste nella convergenza di risorse e di intenti tra soggetto pubblico e cittadino e *«trasforma i cittadini da utenti in alleati dell'amministrazione nella gestione di una società la cui complessità costituisce una sfida che non possono vincere da soli»* (188).

Tale impostazione non sembra atteggiarsi alle SOA che non sono sullo stesso piano dei cittadini, i quali hanno la facoltà, ma non l'obbligo legale di addivare i pubblici poteri: le SOA, come visto, hanno come unico scopo e ragione della loro esistenza la attestazione, costituendo articolazione organizzativa dell'Autorità di vigilanza e partecipando istituzionalmente della natura pubblica di questa.

Più che altro, la ragione precipua della riforma presa in considerazione è da individuarsi nell'esigenza sempre più pressante, di riorganizzazione, scaturente dall'espansione del già rilevato fenomeno di complessificazione tecnico-giuridica (189) nel settore degli appalti.

Tale fenomeno, particolarmente sensibile alle influenze comunitarie, si sostanzia nella tassonomica predeterminazione di categorie e sofisticati parametri di natura tecnica e rappresenta la soluzione ottimale di garanzia della *«par condicio»* tra i concorrenti e dell'affidabilità delle imprese ai fini del buon esito dei lavori, in uno scenario cui fanno da sfondo interessi pubblici di primaria rilevanza ed ingenti risorse finanziarie.

Di qui, la ricerca di un meccanismo operativo che garantisca certezza e tendenziale incontrovertibilità dei relativi accertamenti, da un lato, e celerità e snellimento di tali attività, dall'altro.

Ne è derivata in questo settore, con l'espansione della tendenza alla positivizzazione degli indici di idoneità tecnica degli aspiranti alla partecipazione alla gare pubbliche, una fortissima contrazione dei margini di valutazione in ordine all'ottimale soddisfacimento dell'interesse pubblico ed un notevolissimo ridimensionamento della stessa discrezionalità tecnica.

Tale nuova conformazione del profilo funzionale non può non riflettersi sul piano organizzativo.

Sembra a questo punto naturale la creazione di un nuovo modello di soggetto pubblico «tecnico» – ed una sua conseguente peculiare articolazione organizzativa (Autorità di vigilanza-SOA) – alieno quasi totalmente da profili ponderativi, che garantisca un alto tasso di professionalità nella qualificazione dei soggetti, contemporaneamente sollevando le stazioni appaltanti dall'onere di ricorrere a soggetti esterni particolarmente qualificati per la verifica dei requisiti tecnici posseduti dalle imprese.

Visto che lo strumento ottimale di tutela dell'interesse pubblico nel settore dei lavori pubblici è la regola tecnica, sembra naturale ed opportuno che il legislatore abbia affidato il delicato compito della qualificazione degli esecutori di lavori pubblici a soggetti specializzati, diversi dall'Amministrazione ministeriale.

le, limitando al massimo, attraverso la soluzione della tipizzazione normativa dell'attività e di tutte condizioni e requisiti necessari, gli ambiti di discrezionalità.

È un nuovo fenomeno organizzativo, incardinato sull'art. 97 Cost., che impone il contemporaneo tra le segnalate esigenze di garanzia dell'affidamento sull'accertamento tecnico effettuato e di celerità dei tempi di svolgimento delle operazioni di qualificazione.

In tal senso, il meccanismo appare improntato su una sorta di rapporto gerarchico improprio – evidenziato dal suddetto potere di annullamento – in base al quale la funzione di qualificazione è imputabile a tutto l'apparato organizzativo, ma, nel contempo, efficientemente non esige il dispiegamento massimo di tutte le energie, ma configura un rapporto di diretta proporzionalità tra la complessità tecnica e l'attivazione dell'Autorità di vigilanza.

Volendo attingere alle classiche categorie dogmatiche, ci si potrebbe spingere a qualificare la SOA come ufficio tecnico, anche in senso oggettivo, dell'Autorità di vigilanza, dotata di un più alto grado di competenza tecnica.

Fratasi di una differenza quantitativa, e non qualitativa, tra i due soggetti che può evocare un'articolazione organizzativa unitaria ed una imputazione unitaria della funzione di qualificazione.

Ciò è dimostrato, ad avviso di chi scrive, anche dall'assenza di una concessione o di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta delle SOA, le quali nascono per attribuzione normativa al pari dell'Autorità di vigilanza, nonché dalle norme sopra segnalate relative alla composizione, limiti e regole di condotta delle SOA, improntate all'imparzialità ed al buon andamento.

La qualificazione pubblicistica del soggetto tecnico complessivamente esaminato, anche se in controtendenza rispetto alla generale apertura al diritto privato, può considerarsi indicativa di un modello di formalizzazione soggettiva del collegamento interesse pubblico-diritto pubblico (190), pur con il ricorso a istituti che solo terminologicamente appartengono al diritto privato (società per azioni; contratto), senza con questo negarsi la odierna rilevanza della funzione amministrativa in senso oggettivo.

Condividendo le allarmanti indicazioni di chi assiste con preoccupazione ad un generale processo di smobilitazione delle strutture e degli strumenti pubblici (191), non sembra possa parlarsi, in questi termini, com'è stato finora fat-

(188) Rileva l'esigenza di recuperare dignità al diritto pubblico rispetto al diritto privato, soprattutto all'esito della riforma della l. n. 241/90, S. GIACCHETTI, *Amministrazioni amministrative e legge n. 15/2005: verso la riscoperta dell'imparzialità dell'interesse pubblico ovvero so una riserva italiana?*, in *Cons. St.*, 2005, II, 375 e ss.

(189) S. GIACCHETTI, *op. cit.*, 376, il quale rileva l'inclinazione «a ritenere che il diritto pubblico debba avere una funzione solo eventuale e sussidiaria, come a suo tempo ipotizzò della Bicamerale; e quindi sull'onda di questo positivo sociopolitico-economico si tende a privatizzare tutto il privatizzabile, a consensualizzare tutto il consensualizzabile, ad esternalizzare tutto l'esternalizzabile, smobilitando le strutture e gli strumenti pubblici». Insomma si tende a ritenere che adesso sia la volta del diritto pubblico ad essere considerato «una porcheria».

to, di esternalizzazione nel senso di devoluzione a soggetti esterni all'apparato organizzativo di determinate competenze e funzioni, in quanto, come si è cercato di dimostrare, si ha a che fare con un nuovo modulo organizzatorio proprio, autonomo e motivato da esigenze tecniche.

L'esternalizzazione, al più, si potrebbe cogliere nei confronti delle stazioni appaltanti grazie all'effetto preclusivo delle attestazioni SOA che consentono, altresì, di surrogare i possibili *deficit* degli organici delle pubbliche amministrazioni di profili di altissima qualificazione tecnica.

In conclusione, si è tentato di dimostrare, con specifico riferimento ai lavori pubblici, che le evoluzioni normative non necessariamente devono condurre all'abbandono di categorie concettuali basilari, quali il soggetto di diritto, potendosi, nel caso di specie alleviare il peso dell'insostenibile leggerezza dell'essere amministrativo, attraverso una rimodulazione dei confini dello stesso.

Allo stato, si deve prendere atto dell'esistenza di un nuovo soggetto pubblico di natura tecnica che ha una sua organizzazione e, tramite la stessa, persegue un obiettivo di pubblico interesse, svolgendo, nel suo complesso, una funzione sì ausiliaria, ma non nei confronti del tradizionale apparato amministrativo misteriale, bensì nei confronti delle stazioni appaltanti.

L'impostazione teorica dalla quale si è tentato motivatamente di discostarsi sicuramente su un piano descrittivo può risultare efficace nel rendere l'idea della complessità tecnica dell'ambito di qualificazione dei soggetti operatori nel campo dei lavori pubblici, ma in essa sembrano riecheggiare i riflessi negativi dell'estraneità del soggetto formalmente privato alla nozione di organizzazione amministrativa.

Nonostante, infatti, la postulata irrilevanza della natura soggettiva della SOA, ai fini di un suo inquadramento dogmatico, in linea con gli orientamenti comunitari e con la dottrina sopra citata, sembra che sulla stessa incomba una sorta di presunzione di deteriorità del potere esercitato, tamponabile o compensabile (a garanzia dei principi di imparzialità e buon andamento) dalla salvifica attività di controllo dell'Amministrazione soggettivamente pubblica, cioè l'Autorità di vigilanza.

In tale prospettazione, affiora subdolamente lo schema della concessione di pubblici servizi, nella quale, come visto, la cooperazione tra il pubblico e privato rimane asettica e non penetrativa, a differenza di quanto si è cercato, all'esito dell'indagine, di dimostrare.

Qui si può solo dare contezza di una reazione organizzativa al segnalato fenomeno di complessificazione tecnico-giuridica che ha risvolti anche in ordine al principio di legalità tradizionalmente inteso⁽¹⁹²⁾, potendosi ricavare dalla

normativa di riforma una chiara tensione verso la legalità intesa in senso sostanziale⁽¹⁹³⁾.

Nel settore oggetto di studio si è potuto, infatti, constatare un particolare atteggiarsi della norma attributiva del potere sia dal punto di vista del pluralismo delle fonti di vario rango (art. 97 cost. - L. Merloni; D.P.R. n. 34/00; ora il Codecc), sia per la capillarità della disciplina che tiene testa puntigliosamente alla particolare complessità tecnica della materia disciplinata, al fine di garantire il perseguimento dei valori e degli interessi pubblici e privati coinvolti.

Infine, come si è già avuto modo di accennare, le indagini sul soggetto di diritto pubblico e sul suo assetto organizzativo nel settore di riferimento conducono inevitabilmente a riflessioni sulla commessa nozione di potere giuridico⁽¹⁹⁴⁾, che appare fortemente rinvigorita. Sul presupposto, infatti, che il principio di rappresentatività che legittima e sostanzia il potere giuridico viene garantito, con riferimento all'organizzazione dello stesso, tramite l'esecuzione della volontà legislativa, la peculiare tecnica di tipizzazione normativa adottata per la costruzione del novello sistema di qualificazione è particolarmente funzionale ad esprimere l'autorità dello stesso e, per esso, dell'ordinamento giuridico.

Un sistema normativo finalizzato a garantire certezza in settori di particolare complessità attraverso una disciplina normativa analitica e puntigliosa ed un efficace sistema di circolazione di tale certezza è affermazione di autorità⁽¹⁹⁵⁾.

La suddetta affermazione produce, però, l'effetto collaterale di una crisi di identità dell'azione amministrativa, così asfitticamente avvinata dalle maglie delle norme.

⁽¹⁹²⁾ Non è certamente questa la sede per affrontare la tematica della evoluzione e crisi del principio di legalità. Per una pregevole ricognizione generale che confronta il principio di legalità in senso sostanziale (per cui la legge, oltre che a prevederlo, dovrebbe anche compiutamente disciplinare il potere e la susseguente attività della pubblica amministrazione) con le recenti evoluzioni del diritto amministrativo, cfr. P. SANVALENTI, *I nuovi orientamenti del principio di legalità*, in *Cans. Str.*, 2005, II, 1619 e ss.

⁽¹⁹³⁾ Su cui A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Messina*, 1981, n. 2, 405 e ss., il quale, sin dall'inizio, con una impostazione che pare atagliarsi perfettamente alla tematica analizzata, pone il dubbio della stessa utilità del concetto: «Tale dubbio si pone in immediata relazione con la crescente consapevolezza della complessità istituzionale del mondo contemporaneo e della conseguente crisi dei valori programmatici espressi dal contesto normativo, dal quale pure si continua a ritenere comminamente che provanti, in via diretta ed esclusiva, l'attività giuridica della pubblica amministrazione» (408).

⁽¹⁹⁴⁾ Il meccanismo dell'affermazione del potere autoritario che si basa sul conferimento di certezze in capo alla collettività se, nel caso di specie, sembra produrre dei riflessi positivi, non sempre è da accettersi favorevolmente: così A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, n. 403, secondo cui *coltre un certo livello di complessità d'articolazione, il sistema sociale non offre più ai cittadini rilevanti prestazioni in termini di stabilità e sicurezza dei valori, mantenendo così ad uno dei suoi compiti fondamentali, quello cioè di rappresentare una struttura nomica, entro certi limiti in grado di creare e non deludere le aspettative dei singoli. È in questi ambiti che può riuscire, nella sua forma più brutale ed arbitraria, l'autorità la quale, fungendo da strumento di riduzione della complessità sociale, riesce a garantire ai cittadini un minimo di certezza cui appoggiarsi, in tal modo l'autorità giustifica se stessa ed in quanto tale, senza bisogno di ricorrere ad un fondamento razionale ed obiettivo.*

⁽¹⁹⁴⁾ Il collegamento tra principio di legalità e la tematica organizzatoria è stata affrontata con riferimento alle recenti evoluzioni dei modelli organizzatori, da M. SPASIANO, *Spirit of reflection in order of rapporto tra organizzazione e principio di legalità: la "regola del caso"*, in *Dir. amm.*, 2000, 131 e ss.

Tale effetto, tuttavia, è forse meno grave di quanto possa apparire se solo si pensa che alla natura oggettiva della regola tecnica ed alla sua estraneità dagli ambiti della discrezionalità pura (190).

(190) La questione della natura della discrezionalità tecnica e dei limiti della sua sindacabilità giurisdizionale è risalente, anche se tuttora oggetto di viva attenzione giurisprudenziale e dottrinale: F. CINTROLA, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005, che affronta la problematica sia dal punto di vista sostanziale che processuale, con particolare riferimento alla CTU.

CAPITOLO XI

CAPACITÀ ECONOMICA E TECNICA DEI FORNITORI E DEI PRESTATORI DI SERVIZI

di Filippo Lavina

SOMMARIO: 1. La prova della capacità economica e finanziaria. Il Codice recepisce il sistema flessibile delineato dalle direttive prevenienti. ... 2. I singoli mezzi di prova della capacità economica e finanziaria. ... 3. La discrezionalità amministrativa nella valutazione della capacità economica e finanziaria. ... 4. La capacità tecnica e professionale: nozione e distinzione tra capacità tecnica e merito tecnico. ... 5. I singoli mezzi di prova della capacità tecnico-professionale. ... 6. Il potere discrezionale della stazione appaltante. ... 7. Il divieto di discriminazione delle imprese stabilite in Stati diversi dall'Italia.

1. *La prova della capacità economica e finanziaria: Il Codice recepisce il sistema flessibile delineato dalle direttive prevenienti.*

Presupposto indefettibile affinché un'impresa possa partecipare a procedure di scelta del contraente privato per l'affidamento di appalti di servizi o forniture è l'astratta idoneità del concorrente ad adempiere alla prestazione dovuta in contratto.

Nell'ambito della contrattualistica pubblica, infatti, grande rilievo viene attribuito alla prova che le imprese devono fornire in merito al possesso di taluni requisiti positivi di capacità. In particolare, ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto, le capacità che devono essere possedute e dimostrate dalle imprese concorrenti sono la capacità economica e finanziaria e quella tecnico-organizzativa. La prima può essere definita in generale come l'idoneità, valutata in astratto ed *ex ante*, di un'impresa concorrente a far fronte agli impegni economici che l'esecuzione di uno specifico appalto può comportare (1).

La capacità economico-finanziaria, al pari di quella tecnico-organizzativa, rileva precipuamente nella fase ed. di qualificazione, propria di ogni gara d'appalto, indipendentemente dalla specifica procedura adottata per l'aggiudicazione.

(1) L.R. PAVULLO, *Reportorio degli appalti pubblici*, vol. II, Padova, 2005, p. 1192.