

Attestazione SOA ed appalti pubblici: profili di giurisdizione

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 4-7-2016

Il quadro normativo di riferimento scinde in due fasi autonome l'iter di qualificazione delle imprese, tenendo ben distinto il rapporto che intercorre l'Autorità e le SOA da quello che si instaura tra queste ultime e le imprese da qualificare. Tale distinzione attiene sia alla natura che agli effetti che ciascuna di dette relazioni è suscettibile di produrre: di natura pubblicistica il primo, con conseguente esistenza di interessi legittimi; privatistico il secondo, attraverso la sottoscrizione di un apposito contratto e conseguente radicamento della giurisdizione ordinaria.

1) Conforme Tar Lazio, Roma, sez. III, 17 marzo 2016, n. 3329.

Guida alla lettura

Con la sentenza in esame i Giudici del Tar Basilicata si interrogano sui **profili di giurisdizione in tema di rapporto tra la Società organismo attestazione e le imprese da qualificare**.

La giurisprudenza è costante nel ritenere che il D.P.R. n. 207 del 2010 **individui due momenti distinti nel procedimento di qualificazione** delle imprese tenendo, da un lato, il rapporto che intercorre tra l'Anac e le s.o.a. e, dall'altro, quello tra le s.o.a. e le imprese oggetto di qualificazione. Il primo è un tipico **rapporto pubblicistico**, atteso che il potere dell'Anac di autorizzazione, controllo e vigilanza sulle s.o.a. costituisce espressione di una potestà amministrativa, a fronte della quale è possibile configurare esclusivamente interessi legittimi. La seconda relazione, tra la s.o.a. e le imprese che abbiano richiesto di essere attestate, si basa invece su un **vincolo privatistico** che deriva dalla sottoscrizione di un apposito

contratto, il cui sinallagma si sostanzia nella prestazione della s.o.a. di verificare la sussistenza delle condizioni per il rilascio dell'attestazione a fronte di un compenso determinato in funzione delle categorie e delle classifiche riconosciute all'impresa. Le controversie che discendono dall'esecuzione di tale secondo rapporto rientrano nella sfera di cognizione del g.o., competente in via generale a valutare il comportamento tenuto delle parti di un contratto di diritto privato (cfr. anche Tar Lazio, Roma, sez. III, 17 marzo 2016, n. 3329).

Com'è noto, l'attestazione SOA è **la certificazione obbligatoria** per la partecipazione a gare d'appalto per l'esecuzione di appalti pubblici di lavori, ovvero un documento necessario e sufficiente a comprovare, in sede di gara, la capacità dell'impresa di eseguire, direttamente o in subappalto, opere pubbliche di lavori con importo a base d'asta superiore a € 150.000,00; essa attesta e garantisce il possesso da parte dell'impresa del settore delle costruzioni di [tutti i requisiti](#) previsti dalla attuale normativa in ambito di Contratti Pubblici di lavori. E' il documento, rilasciato dalle SOA, che dimostra il possesso dei requisiti elencati dall'articolo 8 della Legge 11 febbraio 1994, n. 109, abrogata dal Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

L'Attestazione SOA ha validità quinquennale (sempre che ne venga verificata la validità al terzo anno dal primo rilascio) e viene rilasciata a seguito di un'istruttoria di validazione dei documenti prodotti dall'impresa, facenti capo agli ultimi dieci esercizi di attività dell'impresa (dieci anni di lavori ed i migliori cinque esercizi tra gli ultimi dieci) da appositi [Organismi di Attestazione](#), ovvero società autorizzate ad operare dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP).

Le Società Organismi di Attestazione (SOA) sono organismi di diritto privato con forma giuridica di Società per Azioni costituite con un capitale sociale interamente versato minimo di un milione. Esse, su autorizzazione dell' AVCP (Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici) *(soppressa e sostituita, con D.L. 90/2014, dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)*, accertano l'esistenza nei soggetti esecutori di lavori pubblici degli elementi di qualificazione, ossia della conformità dei requisiti alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione dei soggetti esecutori di lavori pubblici. Tali requisiti sono riassunti nel regolamento per il sistema di qualificazione contenuto nel decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34.

Un'impresa, per ottenere l'attestazione SOA deve, innanzitutto, stipulare un contratto con una SOA, la quale, verifica il soddisfacimento dei requisiti richiesti da parte dell'impresa contraente.

La SOA si occupa infatti, della validazione dei documenti prodotti dall'impresa, riferiti agli ultimi dieci esercizi dell'attività di quest'ultima (più nello specifico, ci si riferisce agli ultimi dieci anni di lavori ed ai cinque migliori esercizi tra gli ultimi dieci).

Se tale verifica ha esito positivo, la SOA rilascia l'attestazione ad essa richiesta.

La SOA, ovviamente, per lo svolgimento di tale attività, ha diritto ad un **compenso**, il cui ammontare minimo varia in funzione dell'importo complessivo delle qualificazioni richieste nelle

diverse categorie e del numero delle categorie, generali o specializzate, per le quali si chiede la qualificazione.

Il Codice dei Contratti Pubblici si occupa delle riferite qualificazioni per eseguire lavori pubblici all'art. 40, oggi abrogato dall'art. 217 del D.Lgs. 50/2016 e sostituito dall'art. 84. Con la nuova normativa restano comunque in vita le Soa anche se avranno un raggio d'azione minore rispetto a quello attuale: le attestazioni serviranno solo sopra il milione di euro, mentre al momento sono necessarie solo oltre i 150mila.

I soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a un milione di euro sono qualificati *"in base al sistema unico di qualificazione attuato da organismi di diritto privato di attestazione appositamente autorizzati dall'Anac"*. Saranno, quindi, le Soa a fare la qualificazione, restando così in vita. Ma la soglia entro la quale intervengono sale, passando dagli attuali 150mila a un milione di euro. *"L'attività di attestazione è esercitata nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori"*.

Dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice Appalti, le SOA hanno posto le seguenti richieste di chiarimento relative al loro comportamento.

In riferimento alla **sopravvenuta carenza del requisito cui all'art. 63, comma 1 del D.P.R. 207/2010** per un'attestazione in corso di validità, ove tale requisito sia condizione necessaria per il mantenimento delle classifiche di qualificazione rispetto all'adeguamento delle attestazioni rilasciate a società facenti parte di un consorzio stabile rispetto all'indicazione prevista all'art. 94, comma 3 del D.P.R. n. 207/2010; rispetto al mancato inserimento nel nuovo Codice delle previsioni contenute nell'art. 40, commi 3 e 9-ter, D.Lgs. 163/2006.

E ancora in riferimento ai **criteri di valutazione da adottare nell'ambito del procedimento di attestazione; alle abrogate previsioni contenute all'art. 253, comma 9-bis, D.Lgs. 163/2006** per il quale *"In relazione all'art. 40, comma 3, lett. b), fino al 31 luglio 2016, per la dimostrazione del requisito della cifra di affari realizzata con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, del requisito dell'adeguata dotazione di attrezzature tecniche e del requisito dell'adeguato organico medio annuo, il periodo di attività documentabile è quello relativo al decennio antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la SOA per il conseguimento della qualificazione. Per la dimostrazione del requisito dei lavori realizzati in ciascuna categoria e del requisito dell'esecuzione di un singolo lavoro ovvero di due o tre lavori in ogni singola categoria, fino al 31 luglio 2016, sono da considerare i lavori realizzati nel decennio antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la SOA per il conseguimento della qualificazione. Le presenti disposizioni si applicano anche alle imprese di cui all'articolo 40, comma 8, per la dimostrazione dei requisiti di ordine tecnico-organizzativo, nonché agli operatori economici di cui all'art. 47, con le modalità ivi previste"*. Seppur abrogato l'art. 253, non risulta però abrogato il comma 2, lett. a) dell'art. 7, D.L. 210/2015 che posticipa al 31.07.2016 la scadenza per l'utilizzo dei requisiti speciali maturati negli ultimi dieci anni e, pertanto, è stato chiesto se debba ritenersi ancora vigente il termine predetto; rispetto alla possibilità di attestare un consorzio.

Per quanto concerne i primi 3 quesiti, l'ANAC ritiene che, con riferimento al periodo transitorio, è richiamata **la vigenza delle norme di cui al D.P.R. n. 207/2010** (Parte II, Titolo III) sulla base di quanto previsto all'art. 216, comma 14, D.Lgs. 50/2016, in combinato disposto con l'art. 83, comma 2, della medesima disposizione, nelle more dell'emanazione delle Linee guida a cura dell'ANAC.

Le SOA sono tenute (art. 70, comma 1, lettere f) e g) del D.P.R. 207/2010), nello svolgimento della propria attività, a *"verificare la veridicità e la sostanza delle dichiarazioni, delle certificazioni e delle documentazioni, di cui agli articoli 78 e 79, presentate dai soggetti cui rilasciare l'attestato, nonché il permanere del possesso dei requisiti di cui all'articolo 78» e a «rilasciare l'attestazione di qualificazione conformemente alla documentazione prodotta dall'impresa e verificata ai sensi della lettera f)".*

L'art. 70, comma 7 del D.P.R. n. 207/2010 richiama espressamente il procedimento di accertamento dei requisiti, successivamente al rilascio dell'attestazione di qualificazione, richiamando tra l'altro l'art. 40, comma 9-ter, D.Lgs. 163/2006. In definitiva, **l'abrogazione dell'art. 40, comma 9-ter, D.Lgs. 163/2006 non ha impatto sulla permanenza dei relativi poteri procedurali in capo alle SOA**, che restano comunque disciplinati dall'art. 70 del D.P.R. n. 207/2010.

In riferimento al quarto punto, nelle more dell'emanazione delle Linee guida a cura dell'ANAC e tenuto conto che i contratti di attestazione sono stati sottoscritti sotto la vigenza del D.Lgs. 163/2006, **restano in vita gli artt. 88 e 89, D.P.R. 207/2010 e, in generale, i principi dettati all'art. 50, D.Lgs. 163/2006.**

Per quanto concerne la norma contenuta nell'art. 7, comma 2, D.L. n. 210/2015 (convertito con legge 25 febbraio 2016, n. 21) nella parte in cui prevede l'estensione al decennio e fino al 31.07.2016 del periodo utile per la dimostrazione di taluni requisiti di qualificazione, l'ANAC ha chiarito che, facendo riferimento questa norma ad un articolo del Codice che è stato abrogato (art. 253, D.Lgs. 163/2006), debba ritenersi essa stessa abrogata implicitamente con **applicazione in via transitoria e nelle more dell'emanazione delle Linee guida, del D.P.R. n. 207/2010**. In altri termini, per il futuro, i requisiti di ordine speciale dovranno essere verificati rispetto al quinquennio, come previsto dall'art. 83 del D.P.R. n. 207/2010.

Infine, in riferimento all'ultimo punto, l'ANAC ha affermato di ritenere **transitoriamente vigente l'art. 36, comma 7 del D.Lgs. n. 163/2006** e in generale la disciplina dei consorzi stabili, in ragione delle norme contenute agli artt. 81 e 94 del D.P.R. n. 207/2010.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.; sul ricorso avente numero di registro generale 254 del 2016, proposto da: - Edil Lucana 2000 s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Vittorio Faraone, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Enzo Faggella, in Potenza, alla via Pretoria n. 12;

contro

- SOA Rina s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Damonte e Luca Di Mase, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Potenza, alla via N. Sauro n. 102;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della nota prot. n. NA/16/00658/LES del 27 aprile 2016, recante diniego di rilascio di attestazione SOA;

- di ogni altro provvedimento, conseguente o comunque connesso, ancorché non noto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Soa Rina s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2016 il referendario Benedetto Nappi;

Uditi per le parti gli avvocati Vittorio Faraone e Luca Di Mase;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con atto spedito per la notificazione il 7 maggio 2016, depositato il successivo 11 di maggio, la Edil Lucana 2000 s.r.l. è insorta avverso l'atto in epigrafe, con il quale, sul rilievo dell'insussistenza del requisito di cui all'art. 38, n. 1, lett. i) d.lgs n. 163/2006, la SOA intimata ha comunicato l'impossibilità di accertare la sussistenza dei requisiti di qualificazione ed ha chiesto l'importo contrattuale pattuito, pari ad euro 7.367,17.

1.2. In diritto, parte ricorrente ha dedotto la violazione di legge (art. 21-septies legge n. 241/1990), l'incompetenza funzionale e l'eccesso di potere per travisamento dei fatti.

2. Si è ritualmente costituita in giudizio la società intimata, eccependo, in rito, l'inammissibilità del ricorso per più profili, tra cui il difetto di giurisdizione, nonché, nel merito, la sua infondatezza.

3. Alla camera di consiglio dell'8 giugno 2016 il Collegio, sussistendone i presupposti, ha dato avviso alle parti dell'intendimento di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm. Quindi, i procuratori delle parti hanno precisato le rispettive posizioni ed il ricorso è stato trattenuto in decisione.

4. Il ricorso è inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

4.1. La questione all'esame del Collegio investe, come si è anticipato, la nota del 27 aprile 2016, prot. n. NA/16/00658/LES, con la quale la resistente ha comunicato a parte ricorrente, in adempimento di quanto convenuto tra le parti con contratto del 3 febbraio 2015, la propria oggettiva impossibilità di rilasciare l'attestazione di qualificazione richiesta, per le ragioni ivi riportate.

4.2. A tal riguardo, occorre considerare che il procedimento di qualificazione delle imprese è disciplinato dagli artt. 60, 63 e 64 del d.P.R. 207/2010.

4.2.1. In particolare, le imprese interessate stipulano un contratto di diritto privato con una società organismi di attestazione – SOA, e quest'ultima, all'esito dell'istruttoria di rito, rilascia ovvero nega l'attestazione richiesta. L'art. 71 del d.P.R. n. 207/2010 demanda, altresì, all'ANAC la vigilanza sul sistema di qualificazione e sull'attività svolta dalle SOA, anche in ordine alle attestazioni rilasciate.

La medesima Autorità controlla, inoltre, le determinazioni assunte dalle SOA in merito ai contratti stipulati dalle imprese per ottenere l'attestazione, qualora le imprese interessate ne facciano richiesta.

4.3. In tale prospettiva, ritiene il Collegio, così dando continuità ad un condivisibile orientamento giurisprudenziale, che il quadro normativo di riferimento scinda in due fasi autonome l'iter di qualificazione delle imprese, tenendo ben distinto: "il rapporto che intercorre

l'Autorità e le SOA da quello che si instaura tra queste ultime e le imprese da qualificare. Tale distinzione attiene sia alla natura che agli effetti che ciascuna di dette relazioni è suscettibile di produrre: a) quanto alla prima, essa si estrinseca in un tipico rapporto pubblicistico, atteso che il potere di autorizzazione, controllo e vigilanza dell'Autorità sulle SOA costituisce espressione di una potestà amministrativa, a fronte della quale è possibile configurare esclusivamente interessi legittimi; b) opposta è la conclusione in merito al secondo tipo di relazione, in cui SOA ed impresa aspirante all'attestazione sono legate da un vincolo privatistico, che deriva dalla sottoscrizione di un apposito contratto, il cui sinallagma si sostanzia nella prestazione della SOA di verificare la sussistenza delle condizioni per il rilascio dell'attestazione richiesta e nella controprestazione di riconoscere un compenso" (cfr. T.A.R. Lazio, sez. II, 21 marzo 2016, n. 3455).

4.4. Ne consegue che le controversie che discendono dall'esecuzione di quest'ultimo rapporto, quali quella di cui è questione, rientrano nella sfera di cognizione del giudice ordinario.

5. Dalle considerazioni che precedono discende la declaratoria di inammissibilità del ricorso, con indicazione, ai sensi dell'art. 11, n. 1, cod. proc. amm., del giudice ordinario quale giudice munito di giurisdizione.

6. Sussistono giusti motivi, in ragione delle peculiarità della questione, per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando sul ricorso, per come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Potenza, nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2016, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

Benedetto Nappi, Referendario, Estensore

