

29 Apr 2019

Speciale Sblocca-cantieri/2. Il periodo di attività documentabile dalle Soa passa da 10 a 15 anni antecedenti

avv. Gianluca Podda (Studio Piselliandpartners)

Il recentissimo decreto Sblocca Cantieri (decreto-legge n. 32 del 18 aprile 2019) è stato emanato sul presupposto della necessità urgente di garantire una maggiore semplificazione ed accelerazione per l'affidamento dei contratti pubblici, garantendo, al contempo, i necessari parametri di imparzialità e trasparenza nello svolgimento delle relative procedure.

Tra gli ambiti normativi riguardati dall'intervento interessanti, vi è il sistema di attestazione Soa di cui all'articolo 84 del D.Lgs. n. 50/2016 (in seguito, "Codice"), fondato sul principio secondo cui i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro provano il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 83, mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato autorizzati dall'Anac.

Il sistema di qualificazione SOA è da tempo oggetto di riflessioni da parte del legislatore, poiché esso rappresenta una peculiare ipotesi di funzione pubblica privatizzata. Difatti, le Soa, pur essendo persone giuridiche di diritto privato, svolgono a tutti gli effetti fondamentali funzioni di natura pubblicistica, quali:

- la verifica dell'assenza dei motivi esclusione di cui all'articolo 80, che costituisce presupposto ai fini della qualificazione;
- il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionali indicati all'articolo 83;
- il possesso di certificazioni di sistemi di qualità conformi alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale, rilasciate da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000;
- il possesso di certificazione del rating di impresa, rilasciata dall'Anac ai sensi dell'articolo 83, comma 10.

In considerazione del centrale ambito nel quale le Soa si trovano ad operare, il decreto Sblocca Cantieri è intervenuto su vari fronti, due dei quali assumono un particolare interesse nel settore della qualificazione nei lavori pubblici.

La prima innovazione, forse meno problematica sul piano concettuale, attiene alla modifica dell'articolo 84, comma 4, lett. b) del Codice, introdotta dall'articolo 1, comma 1, lett. p), n. 3), del decreto Sblocca Cantieri.

In buona sostanza, con l'entrata in vigore del decreto, il periodo di attività documentabile dalle Soa passa dal "decennio antecedente" ai quindici anni antecedenti la data di sottoscrizione del contratto con la Soa per il conseguimento della qualificazione.

Alla luce di questa innovazione, potrebbe sorgere un particolare interesse degli operatori economici a stipulare nuovi contratti la cui sottoscrizione ricada nella "nuova epoca", in modo da poter beneficiare di un maggiore ambito temporale ai fini della qualificazione Soa.

Tale innovazione normativa ha suscitato la perplessità di chi ritiene che una siffatta estensione del periodo temporale rischi di abbassare il livello reale di qualificazione delle imprese e di sminuire la valutazione delle Soa.

D'altra parte, deve considerarsi che l'industria italiana sta tentando di uscire, con molta fatica, da una crisi economica di durata quasi decennale, sicché tale estensione temporale pare consentire un po' di respiro a quelle imprese che, proprio in ragione della crisi economica, hanno subito un fisiologico calo del volume d'affari, senza tuttavia perdere l'esperienza professionale che sta alla base del sistema di attestazione Soa.

In definitiva su questa prima innovazione normativa, non si può che valutare con estremo favore la misura adottata dal Governo, che testimonia la centralità del ruolo che le Soa sono state capaci di acquisire nel corso degli anni, come di recente affermato dallo stesso presidente Cantone, che ha recentemente elogiato il sistema Soa, per essere cresciuto nel corso del tempo in termini di trasparenza e correttezza.

La seconda innovazione introdotta dal decreto attiene ai principi che devono informare l'attività di attestazione svolta dalle Soa.

Segnatamente, il decreto, all'articolo 1, comma 1, lett. p), n. 1), dispone che all'articolo 84 del Codice, «dopo il primo periodo, sono aggiunti i seguenti: 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. Gli organismi di diritto privato di cui al primo periodo, nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici, svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20».

Alla luce di questa nuova disposizione, non ci si può esimere dal compiere talune prime riflessioni in merito all'ultimo periodo, secondo cui l'attività delle Soa è considerata di natura pubblicistica anche agli effetti dell'articolo 1 della Legge n. 20/1994, ossia la normativa applicabile in materia di azione di responsabilità dinanzi alla Corte dei Conti.

Ad un primo esame, la disposizione ricorda quella contenuta nell'articolo 40, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 (i.e. vecchio codice), ai sensi del quale «le Soa nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20».

Tale norma, inizialmente non riproposta nel nuovo Codice né nel relativo decreto correttivo (D.Lgs. n. 56/2017), testimonia il ruolo nevralgico svolto dalle Soa nell'ambito della qualificazione nei lavori pubblici.

La nuova disposizione, inoltre, offre l'opportunità di svolgere alcune riflessioni su talune questioni che hanno in passato formato oggetto di applicazione pretoria. Ci si riferisce, in particolare, sia ai profili inerenti alla legittimazione passiva sia ai profili afferenti alla configurabilità del danno erariale in capo alle Soa.

Con riguardo al primo profilo, è ben noto che la responsabilità amministrativa azionabile nell'ambito della giurisdizione della Corte dei Conti si fonda sul presupposto giuridico della sussistenza di un «rapporto di servizio».

Ci si può allora domandare quale sia il «rapporto di servizio» cui fare riferimento nell'applicazione pratica della disposizione in esame, con le ripercussioni che seguono in tema di legittimazione processuale passiva in capo alla Soa unitariamente intesa ovvero ai dipendenti cui viene materialmente addebitata la condotta causativa del possibile danno erariale.

I riflessi pratici della suddetta questione paiono essere rilevanti.

Ove si ritenga che soggetto legittimato passivo è la Società organismo di attestazione, l'eventuale giudizio sarebbe avviato nei confronti del legale rappresentante della stessa, con successivi riflessi interni, in punto di regresso, tra Soa e l'autore dell'eventuale danno erariale.

Ove, invece, si ritenga che legittimato passivo è direttamente l'autore dell'eventuale danno erariale, sarebbe nei suoi confronti a doversi azionare l'eventuale giudizio di responsabilità erariale.

La questione, sicuramente meritevole di future riflessioni, pare dipendere principalmente dai connotati sostanziali da attribuire al danno erariale cagionato nell'ambito dell'attività di attestazione Soa.

E questo, peraltro, appare un ulteriore problema ermeneutico di più complessa risoluzione.

Invero, l'attività di attestazione Soa è svolta dietro corrispettivo pagato dall'operatore economico in favore della Società organismo di attestazione. La privatizzazione di questa funzione pubblicistica non consente di individuare agevolmente una voce di danno patita dall'apparato amministrativo statale.

Ad esempio, l'aver illegittimamente attestato un operatore economico non in possesso dei requisiti di cui all'articolo 80 (come detto, "presupposto" della qualificazione medesima) non pare configurare un danno diretto alle casse dello Stato e, conseguentemente, non pare poter configurare un danno erariale così come tradizionalmente inteso.

Il danno prospettato dalla nuova disposizione potrebbe, per ipotesi, essere ricondotto al c.d. "danno da concorrenza", ossia il danno consistente nell'alterazione delle regole concorrenziali del mercato, che si riverbera nei confronti della p.a. in veste di contraente, così arrecando un danno riconducibile alla giurisdizione della Corte dei Conti.

Tale possibile impostazione darebbe luogo a notevoli problemi applicativi, atteso che il c.d. "danno alla concorrenza", non diversamente da qualunque altra tipologia di danno patrimoniale, non può ritenersi sussistente in re ipsa, ma va compiutamente provato e quantificato dalla pubblica accusa erariale.

La Procura contabile dovrebbe, in particolare, dare prova del fatto che l'illegittima attestazione rilasciata all'operatore economico abbia concretamente influito sul confronto concorrenziale tra più offerte e che, senza tale operatore economico illegittimamente qualificato, la stazione appaltante avrebbe con certezza individuato un miglior offerente cui affidare la commessa.

Allo stesso modo, appare quasi impercettibile la configurazione di un eventuale "danno da concorrenza" derivante da un illegittimo diniego, da parte della Soa, dell'attestazione richiesta da un operatore economico. Difatti, il diniego del rilascio dell'attestazione preclude all'operatore economico di partecipare alla gara, rendendo particolarmente complicato individuare un concreto danno alla concorrenza patito da un'amministrazione, nell'ambito della specifica procedura da essa indetta.

Residuerebbe, in capo all'operatore economico, la possibilità di agire in giudizio per i danni cagionati da tale illegittimo diniego. Tuttavia, in questo caso si esulerebbe dalla giurisdizione della Corte dei Conti, in quanto, come affermato a più riprese dalla giurisprudenza, le eventuali questioni intercorse tra l'operatore economico e la Soa sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario (cfr. Tar Lazio, sez. II, sentenza del 21.3.2016, n. 3455; in senso conforme, Tar

Basilicata, sez. I, sentenza del 29.6.2016, n. 692).

In conclusione, pare che il sistema che riconduce l'attività svolta dalle Soa alla giurisdizione della Corte dei Conti sia foriero di notevoli complessità concettuale, non solo dal punto di vista di configurabilità sostanziale, ma anche per quanto riguarda un loro possibile accertamento processuale.

Senza poi considerare che l'ordinamento già contempla delle forme di responsabilità, anche di natura penale, che ineriscono all'attività di attestazione Soa, la quale rientra nel concetto di «attività di pubblico servizio», ai sensi e per gli effetti dell'art. 358 c.p.

Questa seconda innovazione normativa, dunque, pare prima facie non essere pienamente coerente con lo scopo che il decreto Sblocca Cantieri intende perseguire in termini di maggiore semplificazione ed accelerazione per l'affidamento dei contratti pubblici, garantendo, al contempo, i necessari parametri di imparzialità e trasparenza nello svolgimento delle relative procedure.

P.I. 00777910159 - Copyright Il Sole 24 Ore - All rights reserved