

La qualificazione

Avv. Gianni Marco Di Paolo¹

Relazione a margine del Convegno recante “*IL LEGISLATORE OCCULTO: I DEBITI DELLE DIRETTIVE 2014 VERSO LA CORTE UE*”, organizzato da IGI – Istituto Grandi Infrastrutture e tenutosi a Roma in data 14.4.2016.

1) Premessa

Nell’ambito delle procedure di affidamento di contratti pubblici, la qualificazione degli operatori economici costituisce un elemento centrale e indefettibile ai fini dell’ammissione dei medesimi alla competizione concorrenziale.

Al tema della qualificazione, in effetti, sono dedicate una serie di disposizioni normative, di rango comunitario, prima ancora che nazionale.

Con il termine di “qualificazione”, in particolare, si indicano tutte quelle funzioni di controllo, esercitate da soggetti di natura pubblica, privata (in rari casi) o mista, compiute sugli operatori economici interessati a partecipare alle procedure ad evidenza pubblica.

Tale funzione di controllo si esplica, come noto, attraverso la valutazione sul possesso di determinati requisiti (noti come requisiti di qualificazione o di ordine speciale), ritenuti dalle stazioni appaltanti indispensabili per la realizzazione dell’interesse pubblico sotteso all’indizione della gara.

I requisiti di qualificazione, inoltre, comprendono essenzialmente la capacità economico-finanziaria e la capacità tecnico-organizzativa degli operatori economici, a cui si aggiungono i requisiti di idoneità professionale dei medesimi.

¹ Managing Partner e Coordinatore del Dipartimento Amministrativo dello Studio Legale Associato Piselli & Partners.

Il modello comunitario, al riguardo, è incentrato su tale attività di controllo, propria delle stazioni appaltanti, ma prevede, in alcuni casi, una forma preesistente e anticipata di certificazione degli operatori economici, che può (*recte*, deve) essere verificata dalle stazioni appaltanti nel corso della singola procedura di affidamento.

Al riguardo, in passato, si è fatto ricorso all'efficace concetto di *predeterminazione degli operatori economici* (propria di tutti gli albi e dei sistemi di qualificazione in generale).

Più in particolare, siffatto modello consente (in via di esercizio di un potere discrezionale) a ciascuno Stato membro (art. 64, Direttiva 2014/24/UE, già art. 52 Direttiva 2004/18/CE, “settori ordinari”) di istituire degli “*Elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti*” e certificati (dal punto di vista del possesso dei requisiti di ordine speciale) ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento.

Ebbene, nei casi in cui viene istituito tale modello², l'iscrizione nell'elenco consente all'operatore economico di presentare il relativo certificato, che indicherà le referenze che ne hanno consentito l'iscrizione.

Su tale sistema di certificazione la Corte di Giustizia è intervenuta più volte, definendo i poteri regolatori degli enti di certificazione (*ex multis* Corte di giustizia, 26.9.2000, C-225/98, Commissione vs. Repubblica francese; Corte di giustizia, Quarta Sezione, 12.7.2012, C-171/11, Fra.bo S.p.A.).

Alla stazione appaltante, in ogni caso, spetta il compito di esercitare il potere di controllo sui concorrenti in gara, per verificare la sussistenza di quei requisiti, già attestati dall'ente certificatore.

A livello comunitario, in effetti, “*l'iscrizione in un elenco ufficiale certificata dalle autorità competenti o il certificato rilasciato dall'organismo di certificazione costituisce una presunzione di idoneità ai fini dei requisiti di selezione qualitativa previsti dall'elenco³ ufficiale o dal certificato*” (cfr. paragrafo 4, art. 64, Direttiva 2014/24/UE).

² Il nostro sistema ne conosce una particolare applicazione nel regime SOA.

³ Non sembra escluso che l'elenco possa prevedere anche solo taluni dei requisiti che in via generale possono essere richiesti per la partecipazione alle gare.

In altri casi (art. 77 Direttiva 2014/25/UE, già art. 53 Direttiva 2004/17/CE, “settori speciali”), gli stessi soggetti aggiudicatori (“*se lo desiderano*”, così testualmente l’art. 77, paragrafo 1 in commento) possono istituire un proprio sistema di qualificazione degli operatori economici (albi di fornitori, di prestatori di servizi, di esecutori di lavori pubblici), con la possibilità, una volta istituito il sistema, di invitare alle gare solo le imprese qualificate⁴.

Chiarite le modalità di qualificazione disciplinate dall’ordinamento comunitario, appare utile verificare le modifiche intervenute in ambito comunitario tra la normativa del 2004 e quella da ultimo licenziata nel 2014.

2. Modifiche intervenute in ambito comunitario tra la normativa del 2004 e quella da ultimo licenziata nel 2014

2.1 La qualificazione gara per gara (nei settori ordinari)

Il modello comunitario della qualificazione delle Imprese attribuisce in via generale alle stazioni appaltanti il compito di prevedere nella singola gara i requisiti di qualificazione da richiedere in sede di gara.

Le norme sulla qualificazione, in effetti, sono storicamente rivolte alle amministrazioni aggiudicatrici (con la non trascurabile conseguenza, nei casi in cui esse siano sufficientemente dettagliate, della loro diretta applicabilità in caso di mancato recepimento delle Direttive entro il termine assegnato).

Non fa eccezione a tale regola l’art. 58 della Direttiva 2014/24/UE, recante “*Criteri di selezione*”, che peraltro si segnala per aver previsto con maggior vigore la regola del *numerus clausus* dei requisiti (art. 58, paragrafo 1 della Direttiva 2014/24/UE: “*Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre agli operatori economici, come requisiti di partecipazione, unicamente i criteri di cui ai paragrafi 2, 3 e 4*”).

⁴ La differenza, rispetto ai settori ordinari, è data dal fatto che in questi ultimi la scelta di istituire l’elenco dipende dallo Stato membro, mentre nel caso dei settori speciali la scelta dipende, appunto, dall’Ente.

Al riguardo, nonostante la scelta compiuta da ultimo dal Legislatore comunitario si inserisca nel solco già tracciato dalla Direttiva 2004/18/CE, è possibile evidenziare alcune modifiche rispetto al paradigma normativo previgente.

Innanzitutto, la Direttiva 2014/24/UE include in un solo articolo (art. 59) le disposizioni già contenute agli artt. 44, 46, 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE.

Anche in questo caso vengono recepite tutte le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia circa le indebite limitazioni degli Stati Membri nell'individuazione di criteri di partecipazione che violano i principi fondamentali dell'Unione Europea, quali la libertà di stabilimento e di circolazione delle merci (per tutti si vedano i casi: Corte di Giustizia, Terza Sezione, 10.5.2012, C-368/10, Commissione europea vs. Regno dei Paesi Bassi; Corte di Giustizia, Seconda sezione, 10.5.2012, cause riunite C-357/10, C-358/10 e C-359/10, Duomo Gpa Srl).

L'art. 58 in commento, in ogni caso, distingue tre tipologie di criteri di selezione, che possono riguardare:

- a) l'abilitazione all'esercizio dell'attività professionale;
- b) la capacità economica e finanziaria;
- c) la capacità tecniche e professionali.

Viene, innanzitutto, confermata la previsione del principio di proporzionalità nella scelta di tutti i requisiti di partecipazione, con conseguente pieno recepimento dell'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia più volte affermato sul tema (Corte di Giustizia, Settima sezione, 18.10.2012, C-218/11).

Per quanto riguarda i certificati o le abilitazioni all'esercizio dell'attività professionale, rilevante appare l'inserimento nell'allegato XI della direttiva 24/2014 anche dell'albo nazionale dei gestori ambientali.

Per quanto riguarda la capacità economica e finanziaria, rispetto alla precedente Direttiva 18/04/UE, vi sono invece significative novità.

Nella vigente versione della Direttiva scompare, ad esempio, nel testo il riferimento alle idonee dichiarazioni bancarie, anche se tale requisito di capacità economico-finanziaria viene qualificato come strumento di prova della capacità nell'allegato XII della Direttiva stessa.

La novità, in ogni caso è data dal fatto che le amministrazioni aggiudicatrici possono pretendere che gli operatori economici *“forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino i rapporti, ad esempio, tra attività e passività. Possono inoltre esigere un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali”* (art. 58, paragrafo 3 della Direttiva 2014/24/UE).

L'art. 58 della direttiva 24/2014 introduce, pertanto, la possibilità di utilizzare requisiti nuovi quali le informazioni sui rapporti tra attività e passività nei conti annuali (sul tema si era già incidentalmente espressa la Corte di Giustizia, Settima sezione, 18.10.2012, C-218/11) ovvero l'indice di “indipendenza finanziaria”, attribuendo così ampi margini di discrezionalità valutativa alle amministrazioni aggiudicatrici.

Tuttavia, al fine di non rendere altamente discrezionali tali nuovi indici di selezione, il Legislatore comunitario ha previsto che ogni Stazione Appaltante debba specificare negli atti di gara i metodi e i criteri valutativi adottati che devono risultare trasparenti, oggettivi e non discriminatori.

Quanto all'antesignano riferimento al requisito di capacità di economico-finanziaria dato dalla presentazione di bilanci o estratti di bilanci, esso scompare nell'attuale formulazione del testo della Direttiva (anche se viene qualificato come mezzo di prova nell'allegato XII della stessa), mentre resiste – ed anzi viene più compiutamente disciplinato – il requisito del fatturato.

A tal fine, in effetti, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere in particolare che gli operatori economici abbiano un determinato fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto (concetto meglio noto come fatturato c.d. specifico).

Proprio il fatturato minimo annuo, tuttavia, rischia di porsi quale requisito restrittivo, specie se si considera che *“Il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono avere **non***

***supera il doppio del valore stimato dell'appalto**, salvo in circostanze debitamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei lavori, servizi o forniture” (art. 58, paragrafo 3 della Direttiva 2014/24/UE).*

Laddove non è chiaro se il “doppio del valore stimato dell'appalto” debba considerarsi con riferimento al singolo anno (ipotesi preferibile e certamente maggiormente protesa al rispetto del principio di massima partecipazione) o a tutto il periodo (in ipotesi pluriennale) di esecuzione della prestazione.

Per quanto riguarda le capacità tecniche e professionali, rispetto alla precedente Direttiva 18/04/UE, l'attuale versione propende per una definizione più ampia e generica, prevedendo ora che *“Per quanto riguarda le capacità tecniche e professionali, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici **possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità.***

*Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere, in particolare, che gli operatori economici dispongano **di un livello sufficiente di esperienza comprovato da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza.** Un'amministrazione aggiudicatrice può ritenere che un operatore economico non possieda le capacità professionali richieste quando essa abbia accertato che l'operatore economico ha conflitti di interesse che possono influire negativamente sull'esecuzione del contratto.*

*Nelle procedure d'appalto per forniture che necessitano di lavori di posa in opera o di installazione, servizi o lavori, la capacità professionale degli operatori economici di fornire tali servizi o di eseguire l'installazione o i lavori **può essere valutata con riferimento alla loro competenza, efficienza, esperienza e affidabilità**”.*

Anche in tal caso, tuttavia, tutti i precedenti requisiti di capacità tecnica e professionale (cfr. art. 48 Direttiva 04/18/CE) vengono per così dire recuperati come mezzi di prova della capacità.

L'articolo 58, a differenza del previgente articolo 48, non contempla un elenco tipizzato delle referenze atte a dimostrare la capacità tecnica professionale, ma si limita, dunque, a definire dei principi generali molto ampi (quali *“le amministrazioni possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessaria per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità”*) scendendo talvolta nel dettaglio (*“le amministrazioni possono esigere che gli operatori dispongano di un livello d'esperienza comprovato da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza..”* o *“per forniture che necessitano di lavori di posa in opera o di installazioni, servizi o lavorila capacità professionale può essere valutata con riferimento alla loro competenza, efficienza, esperienza e affidabilità”*), rinviando altresì la tipizzazione delle fattispecie all'allegato XII.

Altro aspetto rilevante, che si interseca con istituti definiti da altri articoli della stessa direttiva (artt. 24 e 57) è il c.d. “conflitto d'interessi”.

Per “conflitto di interessi” si intendono (art. 24) *“...i casi in cui il personale di un'amministrazione aggiudicatrice o di un prestatore di servizi che per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o può influenzare il risultato di tale procedura ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto”*.

Ebbene, se si accerta una situazione di conflitto d'interessi che, a parere dell'Amministrazione, può influire negativamente sull'esecuzione del contratto, l'operatore economico può essere ritenuto privo delle capacità professionali richieste (ma tale situazione deve essere accertata, ad avviso dello scrivente, con un procedimento in contraddittorio).

È in ogni caso indubitabile la forza dirompente di una simile previsione, che lascia alle Stazioni Appaltanti (ma evidentemente ancora di più ai Giudici competenti) il compito di vigilare sulla sussistenza o meno di interessenze tra l'Amministrazione procedente e i

concorrenti in gara, giungendo sino *all'extrema ratio* della “non considerazione” delle capacità professionali possedute (con una causa escludente di natura quasi “ibrida”, sospesa a metà tra le categorie dei requisiti di ordine generale e quelli di ordine speciale).

2.2 Gli elenchi ufficiali di operatori economici (in particolare nei settori ordinari)

L'art. 64, Direttiva 2014/24/UE, non contiene modifiche consistenti rispetto all'impianto normativo precedente.

Dunque, sul solco della continuità, il Legislatore comunitario ha riproposto il modello di certificazione già vigente, confermando la facoltatività della scelta di istituire tali elenchi (“*Gli Stati membri possono istituire...*”).

In caso di esercizio della facoltà anzidetta, ora come allora, gli Stati membri devono adeguare le condizioni di iscrizione negli elenchi ufficiali alle altre disposizioni previste dalla stessa Direttiva in tema di selezione dei partecipanti e aggiudicazione degli appalti (Sezione III, Capo III, Titolo II, Direttiva 2014/24/UE).

Il modello di certificazione, inoltre, oggi come nel 2004, consente agli operatori economici iscritti in elenchi ufficiali o in possesso del certificato, di presentare, in occasione della partecipazione alle singole gare di appalto, il certificato di iscrizione rilasciato dalla competente autorità, o il certificato rilasciato dall'organismo di certificazione competente.

Gli enti che gestiscono la qualificazione provvedono, altresì, affinché gli operatori economici possano chiedere in qualsiasi momento di essere qualificati.

Un significativo elemento di discontinuità rispetto alla disciplina precedente è, invece, previsto in tema di presunzione di idoneità del possesso dei requisiti attestati dagli organismi di certificazione.

Mentre, in effetti, la precedente versione della Direttiva 04/18/CE (art. 52, paragrafo 3) prevedeva una presunzione di idoneità ai fini del possesso di taluni requisiti⁵, l'attuale

⁵ “...**ai soli fini** dell'articolo 45, paragrafo 1 e paragrafo 2, lettere da a) a d) e g), dell'articolo 46, dell'articolo 47, paragrafo 1, lettere b) e c), e dell'articolo 48, paragrafo 2, lettere a)ii), b), e), g) e h) per gli imprenditori, paragrafo 2, lettere a)ii), b), c) d) e j) per i fornitori e paragrafo 2, lettere a)ii) e da c) a i) per i prestatori di servizi”.

versione dell'istituto (art. 64, paragrafo, 4 Direttiva 2014/24/UE) comporta l'estensione della presunzione a tutti i requisiti che possono essere oggetto di certificazione, e quindi di qualificazione.

Al riguardo, pertanto, sembra possibile affermare che il sistema SOA, adottato dal Legislatore nazionale, incarna fedelmente (oggi più che mai) il modello comunitario, essendo il modello di qualificazione nazionale preordinato alla dimostrazione del possesso di tutti i requisiti di qualificazione (nell'attuale sistema, salvo limitate eccezioni, l'attestazione SOA costituisce condizione necessaria e sufficiente per partecipare alle procedure di affidamento).

L'effetto di tale presunzione si esplica, in particolare, nel grado di resistenza dei dati raccolti dagli enti preposti alla certificazione rispetto alle verifiche compiute dalle Stazioni appaltati: non a caso, i dati risultanti dall'iscrizione negli elenchi ufficiali o dalla certificazione non possono essere contestati senza valida giustificazione.

Viene poi ribadita anche la previsione del divieto di *overdesign* trasfrontaliero, ovvero il divieto per gli Stati Membri di richiedere altre prove e dichiarazioni diverse da quelle richieste agli operatori economici nazionali.

È stata, infine, confermata anche la scelta della non obbligatorietà dell'iscrizione in un elenco ufficiale o della certificazione, che non possono quindi essere imposte agli operatori economici degli altri Stati membri in vista della loro partecipazione a un appalto pubblico.

Le amministrazioni aggiudicatrici riconoscono, inoltre, i certificati equivalenti di organismi stabiliti in altri Stati membri. Esse accettano altresì altri mezzi di prova equivalenti.

3. Sistema di qualificazione nei settori speciali

Negli appalti realizzati nei cd. "settori speciali", il Legislatore comunitario ha confermato la possibilità per le Stazioni Appaltanti di dotarsi di sistemi di qualificazione propri.

Anche in questo caso, il contenuto dispositivo della norma che regola l'istituto è rimasto del tutto invariato, venendo così riproposta la scelta operata nel 2004.

Al riguardo, l'art. 77 Direttiva 2014/25/UE consente la predisposizione di elenchi di operatori economici ritenuti idonei alla conclusione di contratti pubblici.

Gli elenchi degli operatori economici così predisposti possono inoltre essere divisi in categorie in base al tipo di appalti per i quali la qualificazione è istituita.

Gli enti che istituiscono o gestiscono un sistema di qualificazione provvedono affinché gli operatori economici possano chiedere in qualsiasi momento di essere qualificati.

Tale disposizione, dunque, non fissa un termine minimo di ricezione delle domande, posto che il sistema di qualificazione costituisce, di norma, un sistema aperto, suscettibile di periodici aggiornamenti.

Pertanto, gli enti aggiudicatori, pur avendo facoltà di fissare un termine iniziale per la ricezione delle domande di iscrizione, nel rispetto dei principi di proporzionalità e di massima partecipazione degli operatori alla procedura medesima, devono, comunque, consentire agli operatori economici di accedere al sistema in qualunque momento.

4. La qualificazione nell'ambito nazionale

4.2. La qualificazione nell'attuale Codice vigente (D.Lgs. n. 163/06, di recepimento delle Direttive 04/17/CE e 04/18/CE)

Nell'ambito nazionale, tralasciando per un attimo l'imminente intervento normativo di disciplina delle Direttive, la disciplina della qualificazione non ha una collocazione unitaria, né nel D.Lgs. n. 163/06, né D.P.R. n. 207/2010.

Al riguardo, la disciplina della qualificazione è essenzialmente contenuta:

- a) nell'art. 40 del D.Lgs. n. 163/06 per quanto riguarda i lavori, ai quali ci dedicheremo con maggiore attenzione;
- b) negli artt. 41 e 42 del D.Lgs. n. 163/06, per quanto riguarda i servizi e le forniture.

Per quanto riguarda questi ultimi (servizi e forniture), la normativa di riferimento è storicamente sintonizzata sulla disciplina comunitaria e non vi sono di certo differenze significative da segnalare rispetto al testo comunitario.

Si deve, anzi, proprio a tale sintonia, la recente modifica⁶ del comma 2, art. 41 del D.Lgs. n. 163/06, secondo cui *“sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale”*

Per quanto riguarda, invece, i lavori, l'art. 40 del D.Lgs. n. 163/06 tende a delineare i principi della materia, delegando al regolamento la disciplina del sistema di qualificazione e, segnatamente, i requisiti dei soggetti (le SOA) che esercitano l'attività di qualificazione, la vigilanza su di essi, gli obblighi delle SOA e il sistema sanzionatorio nei loro confronti, i requisiti generali e speciali per la qualificazione, la durata e verifica periodica della qualificazione.

Nei lavori, come noto, la qualificazione mediante attestato SOA è obbligatoria per chiunque esegua i lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti, di importo superiore a € 150.000 e, al momento, costituisce condizione necessaria e sufficiente, per gli operatori stabiliti in Italia, per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici.

Come è noto, invece, per i lavori fino a 150.000 euro, non è previsto – e nemmeno l'imminente nuovo Codice lo prevede, almeno nell'attuale formulazione – il sistema di qualificazione tramite SOA.

Valgono poi specifiche regole per gli appalti di lavori oltre la soglia di € 20.658.000,00, ove l'art. 61, co. 6 del D.P.R. n. 207/10 prevede che *“Per gli appalti di importo a base di gara superiore a euro 20.658.000, l'impresa, oltre alla qualificazione conseguita nella classifica VIII, deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra di affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore a 2,5 volte l'importo a base di gara; il requisito è comprovato secondo quanto previsto all'articolo 79, commi 3 e 4, ed è soggetto a verifica da parte delle stazioni appaltanti”*.

⁶ Comma così modificato dall'art. 1, comma 2-bis, lett. b), D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 135.

In materia di lavori pubblici, il legislatore nazionale ha poi previsto obblighi rigorosi a carico delle SOA (in particolare l'attività di attestazione deve essere 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) e pregnanti poteri di intervento sostitutivo dell'ANAC.

Le SOA, in ogni caso nell'esercizio della propria attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici, svolgono funzioni di natura pubblicistica e tale connotazione in termini pubblicistici dell'attività di attestazione comporta che gli attestati vengano qualificati alla stregua di provvedimenti amministrativi e siano quindi impugnabili innanzi ai Tribunali Amministrativi.

Per conseguire l'attestazione di qualificazione occorre senz'altro anche il possesso di tutti i requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 e di quelli professionali di cui all'art. 39, co. 1 e co. 2, del D.Lgs. n. 163/2006 (cfr. anche art. 78, co. 1, del D.P.R. 207/2010).

I requisiti di ordine speciale necessari per la qualificazione sono:

- a) adeguata capacità economica e finanziaria;
- b) adeguata idoneità tecnica e organizzativa;
- c) adeguata dotazione di attrezzature tecniche;
- d) adeguato organico medio annuo.

In tale quadro normativo, si è venuto, di recente, a innestare il Manuale sulle attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro⁷,

⁷ Recentissimamente, è stato diffuso il comunicato del 9.3.2016 (pubblicato in G.U. in data 11.4.2016) che contiene numerose precisazioni riguardanti il Manuale sulla qualificazione per l'esecuzione dei lavori pubblici di importo superiore a 150 mila euro.

Si tratta di 22 chiarimenti che, nelle more di quanto verrà stabilito con il nuovo Codice, conferma l'utilizzo di regola del sistema basato sulle Soa.

In particolare:

- non sarà utilizzabile il silenzio-assenso nella verifica dei documenti come prova dei lavori privati per ottenere gli attestati Soa;
- le Soa devono acquisire perizia giurata per tutte le operazioni che si traducono di fatto in un trasferimento di azienda, anche nel caso di scissioni e fusioni (in tal modo, per l'Anac altri documenti previsti dal Codice Civile non risultano idonei);
- è stato risolto un problema di diritto transitorio riguardante l'applicazione delle nuove regole di valutazione alle operazioni di cessioni, trasferimenti, affitti perfezionati prima dell'entrata in vigore del Manuale alle imprese che richiedono il rinnovo dell'attestazione: l'Anac ha rivisto l'impostazione iniziale, ritenendo possibile

che aggiorna, integra e razionalizza circa trecento atti tra Determinazioni, Comunicati e Deliberazioni – emanati negli ultimi 15 anni dall’Autorità.

4.3 La qualificazione nella Legge n. 11/2016, recante “Deleghe al Governo per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”.

Nella corposa Legge Delega n. 11/2016, entrata in vigore solo in data 13.2.2016, diversi sono i criteri direttivi specifici previsti in tema di qualificazione per il recepimento delle Direttive comunitarie.

Tra questi si segnalano, essenzialmente i seguenti, tutti previsti all’art. 1, co. 1 della Legge n. 11/2016:

- “r) *definizione dei requisiti di capacità economico-finanziaria, tecnica, ivi compresa quella organizzativa, e professionale, attinenti e proporzionati all’oggetto dell’appalto, che gli operatori economici devono possedere per partecipare alle procedure di gara, tenendo presente l’interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali*

ammettere l’inapplicabilità delle disposizioni del Manuale alle operazioni di trasferimento aziendale sottoscritte in epoca antecedente alla sua entrata in vigore e già oggetto di valutazione ai fini del conseguimento dell’attestato di qualificazione;

- nell’ambito delle verifiche sull’oggetto sociale dell’impresa richiedente la qualificazione, è ammessa la richiesta del codice Ateco per tutte le società al fine di compiere una ricognizione delle attività svolte dalle imprese;
- per quanto concerne le verifiche dei certificati di esecuzione lavori (C.E.L.) l’Autorità ha statuito che la copia autenticata del progetto approvato risulta tra la documentazione individuata in modo specifico dal Regolamento attuativo e va necessariamente prodotta a corredo dei C.E.L., riferiti a lavori eseguiti da committenti non tenuti all’applicazione del Codice;
- è stata esclusa la possibilità di sottoscrivere il contratto di attestazione nel periodo di interdizione dell’impresa, specificando per le dimostrazioni dello stato di fallimento e delle relative procedure concorsuali l’Anac le Soa dovranno rivolgersi alle cancellerie dei Tribunali fallimentari di riferimento;
- per quanto concerne il Durc acquisibile dallo Sportello unico previdenziale, non servirà più l’autodichiarazione e le imprese potranno ottenere in tempo reale una certificazione di regolarità contributiva valida per 4 mesi.

***partecipanti**, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione, **nonché a favorire l'accesso da parte delle micro, piccole e medie imprese**”;*

- “uu) *revisione del vigente sistema di qualificazione⁸ degli operatori economici in base a criteri di omogeneità, trasparenza e **verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali**, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite, introducendo, **inoltre, misure di premialità**, regolate da un'apposita disciplina generale fissata dall'ANAC con propria determinazione e connesse a **criteri reputazionali** basati su parametri oggettivi e misurabili e su accertamenti definitivi concernenti **il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi**, nonché assicurando gli opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di rating di legalità” (cfr. art. 1, co. 1, lettera uu).*

Prima di affrontare brevemente le disposizioni dell'attuale versione (in bozza) del nuovo Codice dei Contratti (che pure dovrebbe essere approvato di qui a pochi giorni, vale a dire il 18.4.2016), è necessario evidenziare che il Consiglio di Stato, Sezione Consultiva degli atti normativi, con parere n. 855 d.d. 1.4.2016 reso su tale versione ha di fatto evidenziato che la legge delega contiene essa stessa **alcune regole più severe rispetto a quelle comunitarie**, in funzione di necessaria tutela di valori di trasparenza e concorrenza, quali la qualificazione obbligatoria delle stazioni appaltanti e **i criteri reputazionali per gli operatori economici**.

Non vi è dubbio, pertanto, che in relazione a questi ultimi occorrerà individuare il giusto compromesso tra l'esigenza di recepire le Direttive e quella di garantire maggiormente la concorrenza, senza infrangere il divieto c.d. di *gold plating*.

4.4 La qualificazione nella bozza del nuovo Codice dei Contratti

4.4.a La qualificazione nei servizi e nelle forniture

⁸ A tale criterio è connesso un altro, che disciplina il procedimento per la decadenza e la sospensione delle attestazioni nei casi di decozione aziendale.

Per quanto riguarda la qualificazione nei servizi e nelle forniture, l'art. 83 della bozza del nuovo Codice (articolo sin troppo eterogeneo, visto che tratta addirittura del soccorso istruttorio) ripropone fedelmente il corrispondente articolo 58 della Direttiva 2014/24/UE.

Lo stesso, in particolare, ripropone la già evidenziata differenziazione tra requisiti di qualificazione (art. 83, commi 4, 5 e 6) e mezzi di prova (art. 86 e allegato XVII).

Sul punto, nel già citato parere, il Consiglio di Stato ha, tuttavia, posto in evidenza *“il non preciso coordinamento tra il sistema di qualificazione, i mezzi di prova indicati dall'art. 86, commi 4 e 5, e il documento di gara unico europeo di cui all'art. 85”* evidenziando che *“...si tratta di uno degli aspetti centrali delle direttive in recepimento e dei criteri di delega fissati dalla legge n. 11/2016, finalizzato a semplificare gli oneri documentali degli operatori economici e l'attività di verifica delle stazioni appaltanti”*.

Al riguardo, infatti, è stato suggerito di *“riformulare adeguatamente il comma 7, indicando con chiarezza il rapporti tra i diversi mezzi di dimostrazione dei necessari requisiti. Si suggerisce, inoltre, di prevedere tra le indicazioni necessarie dei bandi di gara anche le modalità attraverso cui la stazione appaltante intende verificare la sussistenza dei necessari requisiti”*.

In effetti, almeno allo stato, sembra mancare una compiuta disciplina circa la verifica del possesso dei requisiti di qualificazione (oggi contenuta nell'art. 48 del D.Lgs. n. 163/06).

4.4.b. La qualificazione nei lavori

L'art. 84 della bozza del nuovo Codice, sulla scia dell'art. 40 del D.Lgs. n. 163/2006, dispone che *“i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 di euro, provano il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 83, di regola, mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC”*.

Ambiguo è l'inciso *“di regola”* (come rilevato nel Parere reso dal Consiglio di Stato in data 1.4.2016) che sembra porsi in antitesi all'attuale concetto di necessità e sufficienza

dell'attestazione SOA o quanto meno, più verosimilmente, lascia aperta la strada alla previsione di possibili nuovi strumenti di qualificazione futuri (cfr. comma 12, art. 84).

La disciplina prevede, in ogni caso che, al fine di rendere più efficaci i controlli funzionali al rilascio dell'attestazione, l'ANAC potrà individuare, con proprie linee guida, livelli standard di qualità dei controlli che le SOA devono effettuare.

Nell'ambito, quindi, di tale attività di monitoraggio e controllo di rispondenza ai suddetti livelli standard di qualità, l'ANAC avrà una gamma di poteri sanzionatori che andranno dalla diffida fino alla sospensione o decadenza dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività da parte dell'ANAC.

Il vero elemento di novità, quindi, è rappresentato dall'effettuazione da parte dell'ANAC di una ricognizione straordinaria circa il possesso dei requisiti di esercizio dell'attività da parte dei soggetti attualmente operanti in materia di attestazione.

Non solo.

Con riferimento a tale ricognizione straordinaria, si dispone che l'ANAC relazioni al Governo e alle Camere, allo scopo di fornire elementi di valutazione circa la rispondenza del sistema attuale di qualificazione unica a requisiti di concorrenza e trasparenza, anche in termini di quantità degli organismi esistenti ovvero di necessità di individuazione di forme di partecipazione pubblica agli stessi e alla relativa attività di certificazione.

Il sistema unico di qualificazione degli esecutori di contratti pubblici verrà articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori e sarà quindi l'ANAC a disciplinare sempre con le linee guida i criteri per la determinazione dei corrispettivi dell'attività di qualificazione, in rapporto all'importo complessivo ed al numero delle categorie generali o specializzate cui si richiede di essere qualificati.

Nel parere reso dal Consiglio di Stato, è stato peraltro evidenziato che la norma non individua – come sarebbe stato auspicabile – le relative tipologie e l'importo dei lavori (*i.e.*: le categorie e le classifiche di cui all'art. 61 del d.P.R. 207/2010), rimettendo la definizione puntuale a linee guida dell'ANAC.

Al riguardo, quindi, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che il Governo dovrà valutare se riconfermare tale riparto di attribuzioni, ovvero modificarlo, affidando una parte di tale materia alle linee guida ministeriali adottate su proposta dell'ANAC, *“trattandosi di fatto di materia intrinsecamente normativa, che completa il dettato delle disposizioni di rango primario e che andrebbe più propriamente affidata alla sede regolamentare, con le relative implicazioni anche in termini di garanzie procedurali. Tra l'altro, in tale seconda ipotesi le competenze attribuite all'ANAC in tema di qualificazione avrebbero comunque piena esplicazione attraverso il potere di proposta, che costituisce tipico atto che predetermina il contenuto del provvedimento finale.”*

Una revisione delle categorie SOA non potrà, inoltre, non tener conto dello sviluppo di nuove tecnologie e della necessità di adeguarsi alle crescenti esigenze ambientali, energetiche e di sicurezza.

Si consideri, inoltre, che la vigilanza sul sistema di qualificazione è attribuita all'ANAC, **ma anche le stazioni appaltanti avranno l'obbligo di effettuare controlli, almeno a campione, secondo modalità predeterminate, sulla sussistenza dei requisiti oggetto dell'attestazione**, segnalando immediatamente le eventuali irregolarità riscontrate all'ANAC, che potrebbe disporre la sospensione cautelare dell'efficacia dell'attestazione dei requisiti entro dieci giorni dalla ricezione dell'istanza medesima.

In tal caso la norma andrebbe a ben sintonizzarsi con la disposizione di cui all'art. 64, paragrafo 5 della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui *“i dati risultanti dall'iscrizione negli elenchi ufficiali o dalla certificazione non sono contestati senza giustificazione”*.

Tale disposizione, infatti, implica che i dati possano essere contestati (attraverso l'esercizio di un potere di controllo) *“con giustificazione”*.

Anche tale disposizione, tuttavia, secondo il Consiglio di Stato andrebbe precisata.

Andrebbe, in particolare, chiarito se la sospensione cautelare dell'efficacia dell'attestazione dei requisiti rappresenti una conseguenza automatica della segnalazione di una *possibile*

irregolarità, ovvero se essa possa essere disposta (come sembra preferibile) solo all'esito di un giudizio motivato.

Sono, poi stabilite le modalità per l'irrogazione della sanzione da parte dell'ANAC, stabilendo anche che nei casi più gravi, in aggiunta alla sanzione amministrativa pecuniaria, l'applicazione della sanzione accessoria della sospensione dell'attività di impresa per un periodo da un mese a due anni (in questi termini la norma non trova conforto nella Direttiva), avvero della decadenza dell'autorizzazione (forse avrebbe avuto maggior senso parlare di decadenza dell'attestazione).

Come nell'attuale D.Lgs. n. 163/06, viene fissata in cinque anni la durata della qualificazione della SOA, con verifica triennale entro il terzo anno.

Il Consiglio di Stato ha, inoltre, osservato che non risulta pienamente recepito il criterio direttivo v), secondo cui, nel disciplinare la materia delle attestazioni, il codice dovrà consentire che *“il curatore del fallimento possa partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, che possa essere affidatario di subappalti e che possa stipulare i relativi contratti quando l'impresa fallita è in possesso delle necessarie attestazioni ed è stato autorizzato l'esercizio provvisorio”*.

4.4.c I requisiti reputazionali e i *rating* di premialità e di legalità

Su taluni aspetti, come anticipato, il Codice va a disciplinare nuovi istituti che non hanno una precisa derivazione comunitaria.

Su di essi, in effetti, si potrebbe profilare una specifica valutazione di conformità (esercitabile a seconda dei casi dalla Corte di Giustizia o dalla stessa Commissione Europea), ciò nell'ambito di un contesto in cui la stella polare è rappresentata dal rispetto e dalla corretta interpretazione del divieto di *gold plating* (inserimento di oneri aggiuntivi rispetto al livello minimo prescritto dalle Direttive).

In effetti, uno dei nuovi innovativi e rilevanti requisiti che le SOA dovranno attestare è il c.d. *rating* di impresa (art. 84, co. 4, lett. d) bozza nuovo Codice), che nel dettaglio verrà attribuito *“... sulla base di indici qualitativi e quantitativi che esprimono la capacità*

strutturale, di affidabilità e reputazionale dell'impresa secondo criteri individuati con linee guida dell'ANAC".

Il tema del *rating* di impresa (da non confondere con il *rating* di legalità, di cui si parlerà di qui a poco e previsto dall'art. 95, comma 6 della bozza del nuovo Codice, che costituirà un elemento premiale in sede di attribuzione del punteggio nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) e più in generale quello dei c.d. criteri reputazionali, si innesta all'interno delle norme che intendono rendere più incisiva ed effettiva l'analisi delle caratteristiche delle imprese, anche ai fini della qualificazione.

Nella Legge Delega (n. 11/2016), come anticipato, si prevede (lettera uu, dell'art. 1) un apposito riferimento ai criteri reputazionali ai fini della revisione del sistema di qualificazione degli operatori economici, basati su *"parametri oggettivi e misurabili e su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi, assicurando gli opportuni raccordi con la normativa vigente in materia di rating di legalità"*.

Tale criterio di delega (valido per tutti gli operatori economici) si ritrova attuato in primo luogo all'art. 83 (sui criteri di selezione), co. 10 dello schema del nuovo Codice, che istituisce un sistema di "premialità e di penalità" (per tutti gli operatori) gestito dall'Anac.

Merita, tuttavia, menzione quanto evidenziato dal Consiglio di Stato, che nel menzionato parere ha rilevato una evidente criticità per quanto riguarda il co. 4, lett. d) art. 84, che fa dipendere il c.d. rating di legalità (*inter alia*) *"[dall']assenza di contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto"*.

La Legge Delega, infatti fa riferimento *"[agli] accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e la gestione dei contenziosi"*, il che rende chiaro che non è l'esistenza di un contenzioso in quanto tale a poter influenzare il *rating* di impresa, quanto la sua definitiva conclusione in senso sfavorevole al concorrente (un sistema analogo viene previsto non a caso in tema di qualificazione delle stazioni appaltanti).

Perciò, non può che condividersi quanto suggerito dal Supremo Consesso amministrativo al riguardo, che suggerisce di inserire dopo le parole “*assenza di contenzioso*” le seguenti: “*all’esito del quale l’impresa sia risultata soccombente*”.

In senso lato il concetto di “premierità”, riferita ai *rating*, in realtà, ritorna anche quando si parla della valutazione delle offerte: l’art. 95, co. 6 della bozza del nuovo Codice, cita, infatti, il *rating* di legalità (insieme a varie certificazioni) nel criterio “qualità”, valutabile quando si utilizza il criterio di selezione dell’offerta economicamente più vantaggiosa; al successivo comma 13 si precisa, inoltre, che le stazioni appaltanti devono indicare i criteri premiali da applicare alla valutazione delle offerte “*in relazione al maggiore rating di legalità*”.

Sintomaticamente, tuttavia, si prevede che ciò deve avvenire “**compatibilmente con il diritto dell’Unione europea** e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità”.

Ebbene non può non segnalarsi come tale disposizione possa essere considerata in potenziale contrasto con un filone giurisprudenziale della Corte di Giustizia e con le nuove Direttive (in particolare con l’articolo 67 della Direttiva 24/2014) perché prende in considerazione nella valutazione delle offerte un elemento soggettivo come il rating di legalità dell’impresa, violando il divieto di commistione fra aspetti soggettivi (dell’offerente), da considerare in fase di ammissione alla gara, e aspetti oggettivi da valutare nella fase di offerta e ad essa relativi.

5. Brevi conclusioni

Il Convegno intende misurare e quasi anticipare il futuro rapporto tra la Corte di Giustizia (e gli altri organi istituzionali comunitari) e le norme adottate e in via adozione in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici.

La sensazione netta è che l’attuale Codice sia certamente in linea con l’ordinamento comunitario (del resto lo stesso è stato già modificato più volte a seguito dell’adozione di specifiche pronunce della Corte di Giustizia UE).

Sul Codice emanando, invece, su limitate parti dedicate al tema della qualificazione non può che sospendersi, allo stato attuale, la valutazione.

E ciò sia perché troppi sono i provvedimenti attuativi che dovranno dare concreta esecuzione allo stesso, sia perché non è agevole anticipare, attraverso una valutazione prognostica, il rapporto tra alcuni nuovi istituti (requisiti reputazionali e *rating* in genere) e la normativa comunitaria.

La sensazione è che in sede di recepimento delle Direttive, con un intento meritorio e *bipartisan* (visto che la qualificazione varrà anche per le stazioni appaltanti), si stia tentando di introdurre nuovi istituti volti alla tutela dei valori costituzionali della competitività e dell'efficienza.

Nel compiere tale complessa operazione, tuttavia, composta di *law* e *soft law*, sarebbe forse preferibile fare appello alla originaria e primigenia distinzione tra:

- a) requisiti di ordine morale, categoria all'interno della quale dovrebbe forse più correttamente rientrare il concetto di *rating* di legalità;
- b) requisiti di ordine speciale, o di qualificazione, nell'ambito della quale rientra il concetto di *rating* di impresa, con qualche dubbio di compatibilità costituzionale sulle ipotesi relative alla gestione del contenzioso;
- c) criteri di attribuzione del punteggio nell'offerta economicamente più vantaggiosa, nell'ambito dei quali, proprio per non incorrere in procedure di infrazione comunitaria, occorrerebbe correttamente applicare il principio del divieto di commistione tra criteri di selezione dell'offerente e criteri di selezione dell'offerta.

Roma, 14 aprile 2016

Avv. Gianni Marco Di Paolo

