

1  
2016

NUOVE AUTONOMIE

# NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXIV

Nuova serie  
1/2016

ISSN: 1122-228X



Editoriale Scientifica



Università degli Studi di Palermo  
Dipartimento di Scienze Giuridiche,  
della Società e dello Sport



Assemblea Regionale Siciliana

## NUOVE AUTONOMIE

Rivista fondata da Guido Corso, Franco Teresi e dall'Editore Danilo Pupillo

### Direzione

Maria Immordino (*Direttore responsabile*)

Guido Corso, Marco Ruotolo, Mario R. Spasiano, Giuseppe Verde

### Comitato scientifico

Francisco Balaguer Callejón, José Bermejo Vera, Agatino Cariola, Paolo Carrozza, Sabino Cassese, Maria Cristina Cavallaro, Alfonso Celotto, Alfredo Contieri, José Cuesta Revilla, Inés D'Argenio, Enrico Follieri, Aldo Loiodice, Laura Lorello, José Luis Martínez López Muñiz, Roberto Mastroianni, Fabio Merusi, Jacqueline Morand – Deviller, Pietro Pinna, Andrea Piraino, Giovanni Pitruzzella, Aristide Police, Salvatore Raimondi, Angelo Rinella, Antonio Ruggeri, Fabio Saitta, Filippo Salvia, Maria Alessandra Sandulli, Rosario Sapienza, Franco Gaetano Scoca, Fabrizio Scinè, Antonella Sciortino, Andrea Simoncini, Antonello Tancredi, Giovanni Tarli Barbieri, Alberto Zito

### Coordinatori della redazione

Marco Calabrò, Elisa Cavasino, Cristiano Celone

### Comitato di redazione

Stefano S. Scoca, Anna Simonati, Caterina Ventimiglia, Marco Ragusa,  
Paola Savona, Giovanni Scala, Rosario Papania, Jole Buggea, Nicola Gullo, Stefano Salvatore Scoca

### Editore

Editoriale Scientifica srl  
Via San Biagio dei Librai 39 – 80138 Napoli  
tel/fax 081/5800459  
info@editorialescientifica.com  
www.editorialescientifica.com

### Direzione Redazione Amministrazione

c/o Editoriale Scientifica srl

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli  
Abbonamento 2015: Italia Euro 150,00 – Estero Euro 250,00

### Stampa

La Buona Stampa s.r.l. Caserta

### Registrazione

Tribunale di Palermo n. 23 dell'11.09.1992

Proprietà letteraria riservata. Non è consentita la riproduzione anche parziale. In caso di autorizzazione va citata sempre la fonte.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista "Nuove Autonomie" sono vagliati dalla Direzione che si avvale della collaborazione del Comitato scientifico. I contributi sono sottoposti ad un processo di "double blind peer review": sono inviati in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità, a due referees, esperti esterni al Comitato Scientifico e alla direzione della rivista. I referees sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari di università italiane sia in servizio che in pensione e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti deve attenersi a criteri previamente definiti dal Comitato scientifico ed è comunicato in via riservata al predetto Comitato.

In caso di parere non unanime dei referees, il Comitato di direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione.

## AVVISO

**I lavori devono essere originali, non pubblicati né destinati ad altre Riviste**, e devono essere inviati al seguente indirizzo: [nuoveautonomie@unipa.it](mailto:nuoveautonomie@unipa.it), utilizzando un programma di scrittura in ambiente windows o compatibile. La lunghezza dei contributi non deve superare 80.000 caratteri per gli articoli da inserire nella sezione *Dottrina* e 25.000 caratteri per le note a sentenza.

## ISTRUZIONI PER GLI AUTORI

Il testo deve essere suddiviso in paragrafi numerati, il titolo dei paragrafi deve essere in carattere corsivo. Eventualmente i paragrafi possono essere suddivisi in sezioni distinte con doppio numero (1.1.; 1.2.). Il titolo deve essere centrato in carattere tondo, pt. 12. Per il testo deve essere usato un carattere pt. 12, per le note carattere pt. 10.

Il testo dei saggi di dottrina deve essere preceduto da un indice sommario, in carattere pt. 10. Deve essere altresì predisposto un breve *abstract*, comprensivo di titolo, in inglese, in carattere pt. 10.

Le note a commento della giurisprudenza devono essere completate con la redazione delle massime e dei titoli di riferimento.

Per le citazioni vanno osservati i seguenti criteri:

per la *legislazione* si deve indicare, la prima volta, il provvedimento per esteso, completo di data e numero, in seguito, lo stesso provvedimento deve essere indicato in forma abbreviata (l. n. 59/1997).

Per la *giurisprudenza* i provvedimenti devono essere indicati, la prima volta, con l'indicazione per esteso dell'organo giudicante, del tipo, della data e del numero. In seguito, lo stesso provvedimento dovrà essere indicato in forma abbreviata (Corte cost. n. 282/2002).

Per la *dottrina* le monografie devono essere citate, con il cognome dell'autore, preceduto dall'iniziale del nome in maiuscolo, il titolo completo dell'opera in corsivo, il luogo e l'anno di pubblicazione e la pagina di riferimento in carattere tondo. Gli scritti contenuti in opere collettive devono essere citati con l'indicazione dell'opera di cui fanno parte secondo i seguenti criteri: titolo completo dell'opera in corsivo, indicazione "a cura di", seguito dall'iniziale del nome e dal cognome del curatore in carattere tondo, luogo e anno di pubblicazione e pagina di riferimento in carattere tondo. Gli articoli in riviste devono essere citati con indicazione, oltre che dell'autore e del titolo, della rivista, dell'anno di pubblicazione e della pagina di riferimento. Se si tratta di riviste *on-line* deve essere indicata la *home page* della rivista (es. [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)). Citando la stessa opera per la seconda volta deve essere indicato l'autore e le prime parole del titolo seguito dall'abbreviazione "cit."

Le note vanno inserite a piè di pagina. In alternativa può essere inserita, alla fine del testo, una nota bibliografica ragionata.

Unitamente al contributo gli autori devono far pervenire l'indicazione della propria posizione. A parte devono essere comunicati anche indirizzo, recapito telefonico ed e-mail.

Le bozze devono essere restituite dagli autori improrogabilmente entro 4 giorni lavorativi dall'invio a mezzo posta elettronica, dopodiché si procederà alla pubblicazione del testo a disposizione della rivista.

Contributi che siano redatti senza rispettare le presenti istruzioni non potranno essere accettati per la pubblicazione.

# NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXV – Nuova serie

N. 1/2016 (gennaio-aprile)

## INDICE

### DOTTRINA

MARCO MAZZAMUTO

*Esiste una nozione giuridica di periferia?* 5

JOSEF RAMON FUENTES I GASÓ Y MARINA RODRÍGUEZ BEAS

*La protezione delle coste nell'ordinamento giuridico spagnolo* 17

ANNA ROMEO

*Autonomia scolastica e diritti fondamentali* 55

VITTORIA BERLINGÒ

*Per un nuovo rapporto tra Scuola e Territorio: Il Piano Nazionale per la prevenzione della dispersione scolastica nelle periferie* 65

CRISTIANO CELONE

*Una postilla su una delle novità introdotte dall'art. 84 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016). L'obbligo delle stazioni appaltanti di controllare anche gli attestati di qualificazione rilasciati alle imprese dalle SOA*

75

SARA FORASASSI

*Gli strumenti finanziari derivati in mano pubblica. Parte I*

81

LUCA GRISELLI

*Le novità in materia di S.C.I.A. in seguito al Decreto Legislativo 30 giugno 2016 n.126: luci ed ombre*

115

## **GIURISPRUDENZA**

ALESSANDRA BIFANI SCONOCCHIA

*Il diritto fondamentale all'istruzione degli studenti disabili e i confini della giurisdizione amministrativa esclusiva*

139

# Una postilla su una delle novità introdotte dall'art. 84 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016). L'obbligo delle stazioni appaltanti di controllare anche gli attestati di qualificazione rilasciati alle imprese dalle SOA

di Cristiano Celone

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La precedente disciplina ed i differenti indirizzi della dottrina. – 3. L'art. 84 del nuovo codice impone alle stazioni appaltanti di controllare i requisiti di qualificazione delle imprese attestati dalle SOA.

## 1. Premessa

Tra le novità introdotte dal nuovo codice dei contratti pubblici a proposito dei requisiti di qualificazione delle imprese che intendono aggiudicarsi lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro - in cui si conferma, sebbene in modo non definitivo<sup>1</sup>, il precedente sistema unico di qualificazione, basato sulle attestazioni rilasciate dalle SOA (a loro volta) autorizzate dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) - ve n'è una, all'art. 84<sup>2</sup>, meno evidente e significativa rispetto a quella concernente l'attribuzione all'ANAC di un ampio potere di regolamentazione della materia. Mi riferisco alla disposizione di cui al comma 6, che prevede, tra l'altro, l'obbligo a carico delle stazioni appaltanti di effettuare controlli, almeno a campione e secondo modalità predeterminate, sulla sussistenza dei requisiti oggetto degli attestati di qualificazione rilasciati dalle SOA alle imprese.

La previsione di siffatto *obbligo* di controllo posto a carico della stazione appaltante merita anch'esso di essere sottolineato, se non altro perché risolve gli orientamenti contrastanti espressi in passato dalla dottrina sulla questione.

---

<sup>1</sup> Dal momento che il legislatore, al comma 3, ha imposto all'ANAC, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del codice, una ricognizione straordinaria ed una relazione al Governo ed alle Camere sull'attuale regime organizzativo e funzionale degli organismi di attestazione, al fine di decidere eventuali interventi di riforma in materia. Così come, sulla stessa linea, all'ultimo comma dello stesso articolo, ha previsto che, entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice, siano individuate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'ANAC, sentite le competenti Commissioni parlamentari, modalità di qualificazione, anche alternative o sperimentali, da parte di stazioni appaltanti ritenute particolarmente qualificate (ai sensi dell'articolo 38), e ciò al precipuo scopo di «migliorare l'effettività delle verifiche e conseguentemente la qualità e la moralità delle prestazioni degli operatori economici, se del caso attraverso un graduale superamento del sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici».

<sup>2</sup> Per un'analisi dell'art. 84 e delle novità in esso contenute, sia consentito rinviare a C. CELONE, in *Commentario al nuovo Codice degli Appalti e delle Concessioni*, a cura di G. M. Esposito, Padova, in corso di pubblicazione.

## 2. *La precedente disciplina ed i differenti indirizzi della dottrina*

Nel precedente regime riguardante gli appalti di lavori di importo superiore a 150.000 euro non era chiaro, infatti, se, al di là dell'ANAC e, prima di essa, dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP)<sup>3</sup>, anche le stazioni appaltanti potessero controllare ed eventualmente contestare la sussistenza dei requisiti di partecipazione e di qualificazione attestati dalle SOA.

Secondo una parte della dottrina, le stazioni appaltanti non avrebbero potuto procedere a verifiche autonome dei contenuti dell'attestazione SOA, essendo tenute, *ex lege*, a considerarli come veritieri<sup>4</sup>, dovendosi limitare soltanto ad effettuare un controllo esterno e formale circa il possesso o meno dell'attestato, la sua autenticità e validità temporale<sup>5</sup>.

Nello stesso senso si era orientata l'AVCP, nella determinazione n. 1 del 15 gennaio 2014, contenente le linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del codice previgente (d.lgs. n. 163/2006), dedicato ai controlli delle stazioni appaltanti sul possesso da parte delle imprese partecipanti alle gare dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria. L'Autorità, nello specifico, aveva affermato, con riferimento agli appalti di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro, sia l'obbligatorietà dell'attestazione rilasciata dalle SOA, sia che la stessa è condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti speciali di qualificazione ai fini dell'affidamento di lavori. Con conseguente inapplicabilità della procedura di verifica di cui all'art. 48. E ciò in quanto l'attestato SOA costituisce, in questo caso, la prova del possesso dei suddetti

<sup>3</sup> Per un'analisi sistematica dei profili organizzativi e funzionali dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, sia consentito rinviare a C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012.

<sup>4</sup> A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010, 157; P. MANTINI, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Milano, 2015, 206. Sulla stessa linea, H. GARUZZO, *Qualificazione per eseguire lavori pubblici*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, diretto da G. F. Ferrari e G. Morbidelli, Milano, 2013, 697, 726-727, secondo la quale, il controllo (sia preventivo, sia successivo) da parte delle stazioni appaltanti sul possesso da parte delle imprese partecipanti alle gare dei requisiti di qualificazione ha ad oggetto soltanto gli appalti di lavori di importo pari o inferiore a euro 150.000, oppure quelli di importo superiore a euro 20.658.000,00, per i quali sono chiesti requisiti aggiuntivi rispetto all'attestazione SOA; mentre, per i lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro e fino a euro 20.658.000,00, il possesso dell'attestazione SOA costituisce condizione necessaria e sufficiente ai fini dell'affidamento degli stessi. In questi termini anche la giurisprudenza: T.A.R. Milano, sez. I, 4 settembre 2012, n. 2219; Consiglio di Stato, sez. IV, 19 ottobre 2007, n. 5470; T.A.R. Roma, sez. III, 24 maggio 2005, n. 4116; T.A.R. Roma, sez. III, 9 giugno 2004, n. 5418; T.A.R. Bari, sez. I, 29 ottobre 2003, n. 3997.

<sup>5</sup> R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, 250, «una volta entrato a regime il nuovo sistema di qualificazione incentrato sull'attestazione rilasciata dalle SOA, il controllo a campione [da parte delle stazioni appaltanti] si riduce al controllo del possesso o meno dell'attestazione stessa, nonché della sua autenticità e validità temporale».

requisiti, mentre, le stazioni appaltanti si devono limitare a verificarne il possesso e la validità temporale in capo a tutti i concorrenti, mediante accesso alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici<sup>6</sup>.

Altra parte della dottrina distingueva, invece, l'accertamento da parte della SOA dei requisiti morali di partecipazione, di ordine generale e di idoneità professionale, previsti dagli articoli 38 e 39 del precedente codice, in quanto riteneva che questo non sostituisse il successivo esame degli stessi da parte della stazione appaltante, in capo alla quale permaneva un potere di apprezzamento circa la loro sussistenza, secondo quanto previsto dallo stesso art. 38; dalla certificazione dei requisiti speciali di qualificazione, di ordine economico-finanziario e tecnico-organizzativo, rispetto alla quale considerava che l'attestato SOA avesse, al contrario, un rilievo esaustivo, decisivo e vincolante per la stazione appaltante, che al riguardo non avrebbe avuto alcun margine di valutazione discrezionale<sup>7</sup>.

Secondo un altro orientamento, infine, le Commissioni aggiudicatrici avrebbero ben potuto effettuare un controllo effettivo su tutto il contenuto dell'attestazione SOA. Questa dottrina rifiutava un approccio formalistico al sistema di qualificazione, ritenendo che ciascuna Commissione sarebbe stata legittimata a spingersi sino alla verifica dell'esistenza della certificazione di qualità, attraverso l'esame del contenuto dell'attestato SOA<sup>8</sup>.

D'altra parte, anche in base all'art. 40, del vecchio codice, che, al comma 9, recitava «Le attestazioni rilasciate dalle SOA devono indicare espressamente le referenze che hanno permesso il rilascio dell'attestazione e i dati da esse risultanti

---

<sup>6</sup> Determinazione dell'AVCP n. 1 del 15 gennaio 2014 (pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 34 del 11.02.2014), *Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it). Un'eccezione alla regola sopra enunciata era prevista dall'art. 61, co. 6, del Regolamento (d.P.R. n. 207/2010), ove, per gli appalti di lavori di importo superiore ad euro 20.658.000, il concorrente, oltre a possedere l'attestazione SOA nella categoria richiesta con classifica VIII (appalti di importo illimitato), doveva realizzare, 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. Tale ultimo requisito, infatti, era soggetto, in gara, alla verifica *obbligatoria* da parte delle stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 48. La predetta norma regolamentare, tuttavia, può considerarsi implicitamente abrogata per incompatibilità con quanto disposto oggi dall'art. 84, che, al comma 7, rimette, al contrario, alla *discrezionalità* della stazione appaltante la decisione di richiedere alle imprese, per gli appalti di lavori di importo pari o superiore a 20 milioni di euro, requisiti di qualificazione ulteriori rispetto all'attestazione SOA.

<sup>7</sup> G. BERGONZINI, *I requisiti di partecipazione agli appalti pubblici*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala, Padova, 2014, tomo I, 343-346.

<sup>8</sup> G. PESCE, *Requisiti di partecipazione, accesso alle gare pubbliche e riflessi sulla tutela della concorrenza tra le imprese*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, 2010, 305-306. *Contra*, H. GARUZZO, *Qualificazione per eseguire lavori pubblici*, cit., 697, la quale afferma che la stazione appaltante non può che rimettersi al contenuto dell'attestato di qualificazione SOA, che la richiesta da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di documenti o informazioni complementari, prevista dall'art. 46, non può incidere né sulla forma né sul contenuto dell'atto.

non possono essere contestati immotivatamente», la stazione appaltante avrebbe potuto, a ben vedere, controllare ed eventualmente contestare motivatamente i contenuti dell'attestazione SOA.

Sulla stessa linea si poneva anche la norma contenuta nell'art. 46, laddove, al primo comma, stabiliva «...le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati».

Del resto, il dovere della stazione appaltante di controllare e chiedere, laddove necessario, integrazioni e chiarimenti sulla documentazione amministrativa presentata dai concorrenti, deriva anche dai principi e dalle regole generali che sovrintendono l'istruttoria procedimentale, con i quali anche il codice dei contratti pubblici deve coordinarsi. Quindi, anche nella procedura di gara devono essere seguite le previsioni contenute nella legge n. 241/1990, che disciplinano in generale tutti i procedimenti amministrativi e che, all'art. 6, per quanto qui rileva, stabiliscono i compiti di accertamento e valutazione del responsabile del procedimento, che, in materia di appalti, non possono non riguardare i requisiti di partecipazione e qualificazione degli offerenti, anche quando quelli speciali siano stati già oggetto di attestazione da parte delle SOA.

### 3. *L'art. 84 del nuovo codice impone alle stazioni appaltanti di controllare i requisiti di qualificazione delle imprese attestati dalle SOA*

La disposizione del nuovo codice, non solo conferma l'orientamento dottrinale, che, nel vigore del preesistente regime, aveva affermato che non potesse essere negato un potere di riesame da parte della stazione appaltante del contenuto dell'attestato di qualificazione rilasciato dalla SOA, al fine di accertare l'effettiva sussistenza in capo alle imprese dei requisiti generali e speciali di qualificazione per la partecipazione alle gare, ma va anche oltre, in quanto impone alle stazioni appaltanti un vero e proprio *obbligo* di controllo sulla sussistenza dei requisiti di qualificazione attestati dalle SOA.

Nella nuova disciplina, quindi, verosimilmente per l'obiettivo difficoltà degli uffici dell'ANAC di effettuare un controllo capillare sugli appalti, il legislatore ha aggiunto ai controlli dell'Autorità indipendente sulla veridicità ed esattezza dei requisiti di qualificazione, quelli delle stazioni appaltanti.

Gli accertamenti della stazione appaltante devono essere svolti, in ogni caso, secondo modalità predeterminate, ma non devono riguardare necessariamente tutti i concorrenti, essendo previste al riguardo dalla legge verifiche «almeno a campione».

Le eventuali irregolarità riscontrate dalla stazione appaltante devono essere segnalate immediatamente all'ANAC, la quale ha il potere di disporre la sospen-



sione cautelare dell'efficacia dell'attestazione dei requisiti entro dieci giorni dalla ricezione dell'istanza.

In base alla formulazione della norma, non è chiaro, tuttavia, se il provvedimento di sospensione sia una conseguenza automatica della segnalazione di una possibile irregolarità, oppure, se esso possa essere adottato, come sarebbe preferibile, solo all'esito di un giudizio motivato.

In ogni caso, le definitive determinazioni circa l'eventuale annullamento dell'attestazione devono essere assunte dall'ANAC entro sessanta giorni, secondo modalità stabilite nelle linee guida che la stessa dovrà dettare al riguardo.

Il legislatore, infine, nell'ottica di incentivare i suddetti controlli da parte delle stazioni appaltanti, ha stabilito che gli stessi costituiscano elemento positivo di valutazione ai fini dell'attribuzione della premialità prevista dal nuovo sistema di qualificazione delle amministrazioni aggiudicatrici all'art. 38 del codice.

### **Abstract**

A note on one of the new measures introduced by Article 84 of the Italian Public Procurements Code (Legislative decree No 50/2016). The obligation of contracting authorities to verify the qualification certificate of contractors issued by SOA

by Cristiano Celone

Article 84 of the new Italian Public Procurements Code, which (along with other provisions) sets out the qualification system for economic operators offering the execution of works for an amount equal to or over 150,000 Euro, introduces several new provisions. In addition to the widely publicised and certainly significant one attributing broad regulatory powers to ANAC (the Italian Independent Authority supervising public procurements), Article 84 imposes an obligation on contracting administrations to perform certain spot checks, in accordance with pre-agreed modalities, to verify the qualification requirements of contractors certified by SOA (Italian certification bodies established under public law).

The obligation now imposed on these administrations is certainly noteworthy, particularly as it finally reconciles the conflicting views expressed by scholars on this issue to date.

