

**Cade il divieto per il progettista
di “partecipare” alle gare di affidamento dei lavori¹**

di Massimo Gentile²

1. La Legge 30 ottobre 2014 n. 161 - recante “*Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea - Legge europea 2013-bis*” - è intervenuta anche nel settore della contrattualistica pubblica introducendo alcune interessanti novità in tema di avvalimento e di incarichi di progettazione.

In particolare, per quanto concerne gli incarichi di progettazione, l’articolo 20 della richiamata legge ha modificato la disposizione di cui al comma 8 dell’articolo 90 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, la quale poneva il divieto per gli affidatari di incarichi di progettazione di “*partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione*”.

E’ utile rammentare che la disciplina delineata dall’articolo 90 comma 8 del Codice ha formato oggetto di censura da parte della Commissione europea. Più nel dettaglio, la Commissione ha ritenuto che la disposizione codicistica in questione - laddove vieta ai soggetti affidatari di incarichi di progettazione di partecipare alle procedure di affidamento degli appalti o delle concessioni delle opere dagli stessi progettate – si pone in contrasto con il diritto dell’Unione europea.

Secondo la Commissione, infatti, per effetto della suddetta disposizione, l’esclusione dalla partecipazione alla gara avviene in modo automatico, senza che sia consentito al soggetto interessato di dimostrare che, pur avendo eseguito la progettazione dell’opera, l’espletamento di tale incarico non lo abbia posto in una posizione di vantaggio rispetto agli altri concorrenti.

¹ In corso di pubblicazione su Appalti&Contratti

² Studio Legale Associato Gentile – Varlaro Sinisi - www.studiogvs.it

E' sorta quindi l'esigenza di conformare il divieto sancito all'articolo 90 del Codice alle esigenze rappresentate dalla Commissione europea.

2. La legge europea 2013-bis ha, quindi, apportato le seguenti modifiche all'articolo 90:

- sostituzione delle parole "**partecipare** agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi" con le parole "**essere affidatari** degli appalti o delle concessioni di lavori pubblici, nonché degli eventuali subappalti o cottimi";
- introduzione del comma 8bis, secondo cui "*I divieti di cui al comma 8 non si applicano laddove **i soggetti ivi indicati dimostrino** che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non e' tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori*".

Le modifiche - che non eliminano la causa di "incompatibilità", limitandosi piuttosto a regolarne le modalità applicative – inducono ad alcune prime riflessioni.

La prima muove dalla intervenuta traslazione del divieto dalla fase di gara a quella dell'affidamento.

L'eventuale "incompatibilità" non è più, dunque, un elemento suscettibile di incidere sulla possibilità per un concorrente di partecipare alla gara e, pertanto, non potrà formare oggetto di qualsivoglia accertamento da parte della Commissione di gara.

Tale accertamento andrà invece espletato in sede di "affidamento", atteso l'espresso riferimento contenuto nell'articolo 90 comma 8 così come novellato.

Il punto è comprendere se con "affidamento" il legislatore intenda l'aggiudicazione dell'appalto ovvero la sottoscrizione del contratto.

La questione non è meramente formale, considerato che optare per l'uno o per l'altro momento (aggiudicazione o sottoscrizione del contratto) può determinare conseguenze anche in termini di individuazione del giudice competente a decidere su eventuali controversie scaturenti da contestazioni di terzi (TAR o giudice ordinario).

E' opinione di chi scrive che l'accertamento vada effettuato al momento della verifica dei requisiti in capo all'aggiudicatario e, dunque, prima che l'aggiudicazione divenga efficace ai sensi dell'articolo 11, comma 8, del Codice. Ciò in quanto, l'aggiudicazione costituisce l'atto conclusivo della procedura di affidamento così come precisato

all'articolo 11 comma 4 del Codice, secondo cui *“le procedure di affidamento selezionano la migliore offerta, mediante uno dei criteri previsti dal presente codice. Al termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente”*.

E' evidente comunque che lo spostamento della verifica dalla *“partecipazione”* alla gara, al momento dell'*“l'affidamento”* (*rectius* aggiudicazione) dell'appalto costituisce, all'atto pratico, una modifica priva di sostanziale rilevanza, visto che il concorrente in *“odore”* di incompatibilità sarà comunque chiamato dalla stazione appaltante a rendere conto e fornire chiarimenti prima della effettiva conclusione della procedura di affidamento.

Pertanto, la sua partecipazione alla gara potrebbe risultare del tutto vana.

Ben più significativa è l'altra novità introdotta dalla legge europea.

Trattasi, come già detto, dell'affievolimento del divieto di cui occupa, visto che il soggetto che ha redatto la progettazione può comunque dimostrare che *“l'esperienza acquisita”* nell'espletamento di detto incarico non costituisce *“un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori”*.

La domanda che si pone è come possa essere fornita tale dimostrazione da parte del concorrente.

In altre parole, l'effettivo vantaggio derivante da *“l'esperienza acquisita”* non può considerarsi una situazione *“soggettiva”* che il concorrente è in grado di comprovare nei confronti della stazione appaltante, trattandosi piuttosto di una circostanza *“oggettiva”* che, al di là dell'opinione – perché di questo si tratta - del concorrente interessato, non potrà che formare oggetto di una valutazione della stazione appaltante. Più specificamente quest'ultima, una volta ricevuti gli elementi *“dimostrativi”* della (presunta) irrilevanza della pregressa esperienza progettuale, dovrà verificare ed accertare – anche sulla base dei dati in proprio possesso – se l'aver espletato l'attività progettuale possa, in effetti, aver arrecato all'aggiudicatario un vantaggio sugli altri concorrenti partecipanti alla gara per l'affidamento dell'appalto o della concessione di lavori.

In buona sostanza, se è vero che il legislatore ha eliminato l'automatismo nella valutazione dell'incompatibilità – così come richiesto dalla Commissione europea – è

altrettanto vero che, ad avviso di chi scrive, tale eliminazione non comporta una radicale modifica del previgente quadro.

3. Ciò maggior ragione se si consideri che, come rimarcato dalla giurisprudenza, l'articolo 90 comma 8 del Codice costituisce espressione di un principio generale, in forza del quale ai concorrenti ad una procedura di scelta del contraente da parte della Pubblica Amministrazione deve essere riconosciuta un'omogenea posizione, *ex se* implicante la più rigorosa parità di trattamento³; in tal senso – sempre secondo la giurisprudenza - la norma impone di valutare se lo svolgimento di pregressi affidamenti presso la stessa stazione appaltante possa aver creato, per taluno dei concorrenti stessi, degli speciali vantaggi incompatibili con i principi - propri non soltanto dell'ordinamento italiano, ma anche di quello comunitario - di libera concorrenza e di parità di trattamento⁴.

E' quindi compito della stazione appaltante operare siffatta valutazione, con eventuale sua verifica in punto di legittimità da parte del giudice amministrativo, nel contesto del vizio di eccesso di potere, ove reputato sussistente; il tutto al fine di garantire la “genuinità” della gara, preservandola da ogni rischio di alterazione della par condicio⁵.

I giudici di legittimità hanno, altresì, ritenuto non necessaria una ricerca di ipotesi tipiche di incompatibilità, ritenendo che vada verificata in concreto, di volta in volta, “*la sussistenza di una differente posizione di partenza nella partecipazione alla procedura per l'affidamento dell'incarico di progettazione, che avesse dato origine a un possibile indebito vantaggio per taluno dei partecipanti*”⁶.

In tal modo, quindi, è assicurata nel nostro ordinamento la materiale e costante applicazione del principio di libera concorrenza - notoriamente valorizzato al massimo grado dalla normativa comunitaria - alla stregua del quale la scelta del contraente, al di là delle ipotesi legislativamente disciplinate, incontra, in ogni caso, i limiti indicati dalle norme del Trattato istitutivo dell'UE in materia di libera prestazione di servizi e dai principi generali del diritto comunitario, tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento e la trasparenza, imponendosi per questa via una scelta ispirata a criteri

³ Tra le altre, Consiglio di Stato, Sez. V, 19 marzo 2007 n. 1302.

⁴ Consiglio di Stato Sez. IV 23 aprile 2012 n. 2402

⁵ Consiglio di Stato, Sez. VI 2 ottobre 2007 n. 5087.

⁶ Consiglio di Stato Sez. IV 23 aprile 2012 n. 2402.

obiettivi e trasparenti, tali dunque da assicurare la libera concorrenza tra i soggetti interessati⁷.

Tali pronunce già imponevano, quindi, alla stazione appaltante di operare una verifica in ordine alla effettiva sussistenza o meno di vantaggi in capo a colui che ha espletato l'incarico di progettazione, limitando così l'applicazione automatica dell'incompatibilità.

In tal senso, per colui che ha svolto la progettazione non si rinviene un ammorbidimento del divieto, considerato che, come detto, le sue giustificazioni andranno comunque valutate dalla stazione appaltante, la quale è ben a conoscenza degli eventuali vantaggi che possano essere derivati dalla pregressa esperienza progettuale.

Diverso è invece il caso degli altri soggetti sottoposti al divieto di cui all'articolo 90 comma 8, ossia i dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, i suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e i loro dipendenti, nonché gli affidatari di attività di supporto alla progettazione e i loro dipendenti.

In relazione a questo novero di soggetti la novella è infatti destinata ad incidere significativamente, atteso che agli stessi sarà consentito fornire ogni chiarimento e precisazione circa l'effettivo ruolo svolto nella fase progettuale, dando anche dimostrazione dell'oggetto dell'incarico loro affidato dal progettista.

Su tali chiarimenti e precisazioni il controllo della stazione appaltante sarà indubbiamente meno pregnante, in considerazione della circostanza che per la stessa non sarà agevole valutare e sindacare autonomamente gli elementi dimostrativi forniti, in quanto appartenenti ad un contesto contrattuale ad essa sostanzialmente estraneo.

⁷ *Ex plurimis* Consiglio di Stato, Sez. V, 4 marzo 2008 n. 889.