

Le nuove regole in materia di progettazione delle opere pubbliche

Tariffe, prestazioni gratuite, consorzi stabili e appalto integrato



Centro Studi Consiglio Nazionale Ingegneri



CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - 00186 ROMA - VIA ARENULA, 71

dott. ing. Sergio Polese	<i>Presidente</i>
prof. ing. Giancarlo Giambelli	<i>Vice Presidente</i>
dott. ing. Alberto Dusman	<i>Segretario</i>
dott. ing. Alessandro Biddau	<i>Tesoriere</i>
dott. ing. Leonardo Acquaviva	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Renato Buscaglia	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Ugo Gaia	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Alcide Gava	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Romeo La Pietra	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Ferdinando Luminoso	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Domenico Ricciardi	<i>Consigliere</i>

Presidenza e Segreteria: 00187 Roma - Via IV Novembre, 114

Tel. 06.6976701, fax 06.69767048

www.tuttoingegnere.it



Centro Studi Consiglio Nazionale Ingegneri

CONSIGLIO DIRETTIVO

dott. ing. Giovanni Angotti	<i>Presidente</i>
dott. ing. Alberto Speroni	<i>Vice Presidente</i>
dott. ing. Renato Cannarozzo	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Alberto Dusman	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Giancarlo Giambelli	<i>Consigliere</i>
dott. Massimiliano Pittau	<i>Direttore</i>

COLLEGIO DEI REVISORI

dott. Domenico Contini	<i>Presidente</i>
dott. Stefania Libori	<i>Revisore</i>
dott. Francesco Ricotta	<i>Revisore</i>

Il presente testo è stato redatto dall'avv. Lorenzo Passeri con il coordinamento del dott. Massimiliano Pittau.

Sommario

Premessa	pag. 11
1. Applicabilità del D.M. 4 aprile 2001	» 13
2. Inderogabilità delle tariffe e gratuità delle prestazione professionali	» 21
2.1. <i>Considerazioni di sintesi</i>	» 21
2.2. <i>Il quadro normativo</i>	» 25
2.3. <i>L'inderogabilità dei minimi tariffari</i>	» 27
2.4. <i>La prestazione d'opera intellettuale gratuita</i>	» 36
3. Consorzi stabili e appalto integrato	» 47
3.1. <i>Considerazioni di sintesi</i>	» 47
3.2. <i>Il quadro normativo</i>	» 52
3.3. <i>I consorzi stabili nell'ordinamento dei lavori pubblici</i>	» 54
3.4. <i>I consorzi stabili di progettazione</i>	» 59
3.5. <i>L'applicazione distorta dell'appalto integrato</i>	» 81

Premessa

Con l'emanazione della legge n. 166 del 3 agosto 2002 il quadro normativo relativo ai lavori pubblici ha registrato l'ennesima rivoluzione. Quella che infatti può a tutti gli effetti considerarsi la "Merloni-quater" ha apportato significative innovazioni in un contesto normativo che origina dalla legge n. 109 dell'11 febbraio 1994.

In particolare importanti modifiche sono state apportate al quadro normativo afferente gli incarichi di progettazione, che più da vicino riguardano il ruolo delle professioni tecniche nel settore dei lavori pubblici.

In questa pubblicazione vengono raccolte le analisi concernenti alcuni tra gli aspetti più significativi della rinnovata legislazione afferente gli incarichi di progettazione.

In particolare nel primo capitolo si esamina la questione relativa all'applicabilità nel settore dei lavori pubblici del D.M. 4 aprile 2001 che ha aggiornato le tariffe professionali degli ingegneri e delle altre professioni tecniche; applicabilità che è stata inopinatamente negata dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

Nel secondo capitolo vengono affrontate due tematiche che contrappongono da tempo amministrazioni pubbliche e professionisti: l'inderogabilità dei minimi tariffari e la possibilità di subordinare il pagamento della prestazione all'effettivo finanziamento dell'opera progettata.

Nel terzo capitolo infine si concentra l'attenzione sulle due innovazioni più penalizzanti per i professionisti e più dannose per l'efficienza e l'efficacia dei lavori pubblici: l'istituzione dei consorzi stabili di progettazione e l'enorme estensione riconosciuta all'ambito di operatività dell'appalto integrato.

Giovanni Angotti

1. Applicabilità del D.M. 4 aprile 2001

Attualmente è indubbia l'efficacia del Decreto del Ministro della Giustizia del 4.4.2001 recante *"Corrispettivi delle attività di progettazione e delle altre attività, ai sensi dell'art. 17, comma 14-bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modifiche"* (pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* numero 96, del 26 aprile 2001).

L'articolo 7, 1° comma, lett. i), punto 6) della legge numero 166, del 3 agosto 2002, ha infatti introdotto all'articolo 17 della legge numero 109/1994, il comma 12-ter, che viene di seguito riportato:

"Il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, determina, con proprio decreto, le tabelle dei corrispettivi delle attività che possono essere espletate dai soggetti di cui al comma 1 del presente articolo, tenendo conto delle tariffe previste per le categorie professionali interessate. I corrispettivi sono minimi inderogabili ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo unico della legge 4 marzo 1958, n. 143, introdotto dall'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340. Ogni patto contrario è nullo. Fino all'emanazione del decreto continua ad applicarsi quanto previsto nel decreto del Ministro della giustizia del 4 aprile 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 96 del 26 aprile 2001".

Questa norma giunge a conclusione di un contenzioso sfociato fra il Ministero della Giustizia, da un lato, e l'Anci, l'Upi e i Consigli nazionali di alcune categorie professionali dall'altro, circa la legittimità del Decreto ministeriale 4 aprile 2001.

Il T.A.R. Lazio, Sez. I, con sentenza dell'8 agosto 2002, numero 7067 (che segue ad una precedente sentenza – n. 6552/2002 –, sempre del predetto T.A.R.) aveva accolto i ricorsi presentati contro la legittimità del Decreto del 4 aprile 2001, annullandolo di conseguenza.

Le motivazioni addotte dal Tribunale a sostegno della decisione di annullamento riguardano la violazione dei principi di partecipazione al procedimento: il Decreto ministeriale del 4 aprile 2001 detta, infatti, una disciplina dei compensi applicabile a tutte le categorie professionali abilitate alle attività e, pertanto anche di professionisti diversi dagli ingegneri e dagli architetti, quali geologi, periti industriali, agronomi e forestali. Tutti i soggetti istituzionalmente rappresentativi delle diverse categorie professionali avrebbero dovuto partecipare al relativo procedimento di approvazione del Decreto, mentre ciò è avvenuto esclusivamente per le organizzazioni esponentziali degli ingegneri e degli architetti.

Questa omissione, riconosce il T.A.R. nella sua sentenza, comporta la sussistenza di un *vulnus* dei canoni di partecipazione al procedimento, rendendo di fatto illegittimo il provvedimento. Illegittimità che non riguarda, dunque, i contenuti sostanziali del Decreto, né la validità o meno degli aumenti tariffari, bensì un vizio di ordine meramente procedurale.

Nella stessa motivazione della sentenza, il Giudice amministrativo ha anche posto in evidenza come resti comunque salvo “...il potere discrezionale dell'Amministrazione di introdurre una regolamentazione di natura transitoria della materia anche, se del caso, differenziata per categorie professionali, a questi limitati fini avvalendosi eventualmente anche dei contenuti del decreto in epigrafe”.

Proprio questo potere discrezionale ha voluto applicare il legislatore con la legge numero 166/2002 la quale, nell'introdurre il comma 12-ter all'articolo 17 della legge numero 109/1994, detta una disciplina transitoria della materia in attesa dell'emanazione del decreto definitivo. A fron-

te di una espressa previsione normativa di rango legislativo (quale è quella della legge n.166/2002) le sentenze del TAR Lazio perdono senza ombra di dubbio ogni loro valore.

Tale impostazione è stata di recente avallata, su sollecitazione del Consiglio Nazionale degli Ingegneri, anche dal Ministero della Giustizia che (con Nota prot. n. ep. 54/1-2 (5982/E) U.L.) ha precisato che *“La norma di legge (quella della legge n.166/2002 ndr) ha operato un rinvio al contenuto del D.M. 4.4.2001, facendo proprio così sostituendo la fonte legislativa primaria a quella regolamentare secondaria. Si tratta, dunque, di un rinvio di carattere materiale contenutistico rispetto al quale non appare rilevante l'avvenuta caducazione della fonte originaria operata dal Giudice amministrativo.”*

Di diverso avviso è, invece, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici che con la recente determinazione n. 27, del 16.10.2002 ha sulla questione così argomentato: *“ Al riguardo potrebbe sostenersi sia che il richiamo al decreto indicato contenuto nell'ultimo periodo del comma 12-ter, aggiunto dall'articolo 17 della legge quadro abbia comportato una sorta di legificazione dello stesso su cui non può avere inciso la sentenza di annullamento del Tar, con la conseguenza della sua perdurante applicazione fino all'emanazione del nuovo previsto decreto interministeriale, sia l'inconfigurabilità di una legificazione, per rinvio, di un provvedimento amministrativo annullato, per giunta antecedentemente all'entrata in vigore della legge che allo stesso rinvia.”*

Di queste due opzioni, la prima è conforme all'impostazione recepita dal Centro Studi, anche se discutibile è l'uso del termine “legificazione” fatto dall'Autorità. La norma di cui all'art. 17 comma 12-ter ha infatti inteso disciplinare in via transitoria il problema della determinazione delle tariffe per le attività professionali afferenti la progettazione e l'esecuzione dei lavori pubblici e, a tal fine, ha richiamato, conferendogli valore normo-legislativo, il contenuto di cui al D.M., ma non lo ha elevato al rango di atto legislativo. La norma di cui al citato comma 12-ter prevede

espressamente l'applicazione, per il periodo transitorio che si concluderà con l'emanazione del regolamento ministeriale, non del D.M. 4.4.2001, bensì “*di quanto previsto*” nel medesimo, conferendo valore legislativo al contenuto del D.M. e non all'atto formale.

La seconde opzione – sposata dall'Autorità – è quella della negazione della sussistenza di una legificazione del regolamento ministeriale in quanto, la legge n. 166/2002, pur avendo inserito il suddetto comma 12-ter all'art. 17 della legge 109/94, non ha soppresso il comma 14-ter dello stesso articolo il quale stabilisce che, fino all'emanazione del decreto previsto dal comma 12-bis (che è poi quello annullato dal T.A.R.) continuano ad applicarsi le tariffe professionali in vigore e cioè quelle della legge 2.3.1949, n. 143. Risulta opportuno, conclude pertanto l'Autorità, al fine di evitare contestazioni in sede di liquidazione dei corrispettivi, che di detta interpretazione ne sia fatta esplicita indicazione nei bandi di gara e nei contratti dei professionisti.

L'interpretazione espressa dall'Autorità nella sua determinazione (che, ricordiamo, non ha comunque valore vincolante né può essere considerata quale “interpretazione autentica” delle norme esaminate¹) non può assolutamente essere condivisa in quanto contraddice espressamente la *ratio* che supporta l'intervento del legislatore, come desumibile da una interpretazione sistematica del quadro normativo di riferimento.

È infatti vero, come afferma l'Autorità, che il comma 14-ter dell'art. 17 della legge n. 109/94 non è stato abrogato dalla legge n. 166/2002, ma è altrettanto vero che ciò evidenzia esclusivamente un difetto di raccordo fra il vecchio testo e quello “novellato”; i due commi dell'articolo 17 (il

1. Si veda tra le altre la recentissima sentenza 10 luglio 2002 n. 6241, Sezione III, T.A.R. Lazio.

12-ter introdotto dalla legge 106/2002 e il 14-ter già esistente) hanno infatti il medesimo ambito oggettivo di operatività, ossia la predisposizione di una disciplina transitoria per la determinazione dei corrispettivi per le attività che possono essere espletate dai soggetti di cui al comma 1 dell'art. 17 della legge n. 109/94.

Se è identico l'ambito di operatività – circostanza, questa, se non condivisa quanto meno non confutata dall'Autorità – la questione si riduce, dunque, alla verifica di quale delle due previsioni normative – comma 12-ter introdotto dalla legge 166/2002 e comma 14-ter preesistente – possa essere applicata nel caso della disciplina del regime transitorio della determinazione delle tariffe professionali; sotto quest'ultimo profilo non sussistono dubbi circa l'applicazione della previsione normativa di cui al comma 12-ter (e dunque del D.M. 4 aprile 2001) e non solo per la generale applicabilità del principio *lex posterior derogati priori* (la legge successiva – in questo caso il comma 12-ter introdotto all'articolo 17 della legge 109/94 dalla legge 166/2002 – abroga la preesistente – in questo caso la previsione di cui al previgente comma 14-ter dell'art 17 della legge 109/94), bensì anche per ragioni di ordine logico sistematico: che senso avrebbe mai avuto la “novella” legislativa che prevede l'applicazione al periodo transitorio del D.M. 4.4.2001, se poi la normativa applicabile deve essere quella del tutto differente della legge n. 143/1949 citata dal comma 14-ter già esistente?

Discutibile è anche il fatto che il comma 14-ter richiami automaticamente la legge 143/1949 e dunque le vecchie tariffe. Esso prevede, infatti, che fino all'emanazione del decreto interministeriale di cui al comma 12-bis continuano ad applicarsi le tariffe professionali in vigore; ebbene sulla scorta delle modifiche di cui alla legge n. 166/2002 le tariffe in vigore, seppure transitoriamente, sono quelle di cui al comma 12-ter che rinvia al contenuto del D.M. 4.4.2001 e non quelle di cui alla legge n. 143/1949.

Discorso diverso andrebbe fatto qualora si ritenga (ma l’Autorità non si è espressa in questi termini) che la norma di cui al comma 12-ter, abbia un ambito oggettivo di operatività diverso da quello di cui al comma 14-ter. Si potrebbe, difatti, ipotizzare che le attività contemplate dal comma 12-ter siano differenti da quelle di cui al comma 14-ter; mentre in quest’ultimo infatti sono contemplate solo le attività di progettazione, di supporto al responsabile del procedimento, di responsabile di progetto e di coordinatore in materia di sicurezza, il comma 12-ter fa riferimento alle attività dei soggetti di cui al 1° comma dell’art. 17 legge n. 109/1994 che, invece, ricomprende anche gli incarichi di direzione dei lavori e di formazione del programma triennale.

Sposando tale interpretazione il regime transitorio di cui al comma 14-ter sarebbe diverso da quello di cui al nuovo 12-ter e diverrebbe necessario un secondo D.M., aggiuntivo rispetto al D.M. 4 aprile 2001, per la determinazione transitoria degli onorari relativi agli incarichi professionali contemplati dal comma 14-ter. Per quanto sostenibile sotto il profilo esegetico formale, tale impostazione, a nostro avviso, si scontra inevitabilmente con quei profili di logicità che, comunque, devono sorreggere una previsione normativa. Sembra infatti del tutto illogico prevedere due D.M. distinti per la determinazione dei corrispettivi afferenti prestazioni professionali sostanzialmente correlate in quanto pertinenti al medesimo settore di intervento. Inoltre, e tale notazione ci pare decisiva, lo stesso D.M. 4 aprile 2001 (indicato nel “novellato” comma 12-ter) richiama espressamente il comma 14-bis, e dunque gli incarichi relativi al comma 14-ter, per l’individuazione del proprio ambito oggettivo di intervento.

I contenuti della determinazione n.27/2002 dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici sono quindi triplamente inopportuni;

- sono inopportuni in quanto, come abbiamo visto e dimostrato,

infondati nel merito (il D.M. 4 aprile 2001 è indiscutibilmente applicabile);

- sono inopportuni in quanto, in una materia tanto delicata, sarebbe stato più corretto attenersi a quanto deliberato dal Ministero competente (il Ministero della Giustizia che si è espresso per l'applicabilità del D.M. 4 aprile 2001 con la Nota sopra citata) e dall'autorità giudiziaria (che ha riconosciuto il potere discrezionale dell'Amministrazione di introdurre una regolamentazione di natura transitoria della materia avvalendosi dei contenuti del D.M. 4 aprile 2001, così come è avvenuto);
- sono inopportuni infine, e questo è l'aspetto più preoccupante, in quanto potenzialmente forieri di comportamenti ed atti illegittimi da parte delle amministrazioni pubbliche e degli stessi professionisti.

Va infatti evidenziato che il connotato istituzionale della determinazione n. 27/2002 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, pur non avendo in alcun modo valore vincolante, potrebbe comunque indurre amministrazioni pubbliche e professionisti a non ritenere applicabili i corrispettivi determinati dal D.M. 4 aprile 2001. Tali corrispettivi sono invece, allo stato attuale, "*minimi inderogabili*" e ogni patto ad essi contrario "*è nullo*"; illegittimi risulterebbero dunque gli atti delle amministrazioni pubbliche e dei professionisti che ad essi non facessero riferimento. Illegittimità la cui responsabilità non potrebbe che ricadere sull'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

2. Inderogabilità delle tariffe e gratuità delle prestazioni professionali

2.1. Considerazioni di sintesi

La questione dell'inderogabilità dei minimi tariffari e quella connessa, ma concettualmente e sostanzialmente da essa distinta, della possibilità di subordinare il pagamento della prestazione del professionista all'effettivo finanziamento dell'opera progettata divide da tempo amministrazioni pubbliche e prestatori d'opera intellettuale.

Sono le prime a spingere – forti della loro posizione contrattuale e agevolate da una giurisprudenza che su tali materie riesce ancora ad esprimere giudizi contrastanti – per contrarre al massimo le spese di realizzazione delle opere pubbliche e per far partecipi anche i professionisti dei “rischi” derivanti dall'ideazione delle opere.

Recentemente la Provincia di Avellino ha predisposto un documento che, sulla base dell'analisi del quadro normativo e giurisprudenziale, giunge alle seguenti conclusioni:

- a) è da ritenersi valida la convenzione conclusa tra un libero professionista (progettista) ed un ente locale nella quale il pagamento della prestazione professionale sia subordinato all'ottenimento del finanziamento dell'opera progettata;
- b) in tale tipo di convenzione è possibile prevedere il riconoscimento

- al progettista di un rimborso spese nel caso di mancato finanziamento dell'opera;
- c) l'ente locale deve specificare chiaramente ed esplicitamente nel bando di gara per la selezione del progettista che il pagamento del compenso sarà subordinato all'ottenimento del finanziamento dell'opera progettata;
 - d) per le prestazioni che i professionisti svolgono a favore degli enti locali non vige il principio della inderogabilità dei minimi tariffari.

L'analisi puntuale del vigente quadro normativo nella materia dei lavori pubblici svolta nelle pagine che seguono, porta a confutare nettamente gran parte delle conclusioni a cui è giunta la Provincia di Avellino.

Per ciò che attiene i minimi tariffari è *infatti indiscutibile che essi siano inderogabili per tutte le attività professionali relative alla progettazione e per quelle connesse in genere alla materia dei lavori pubblici*. La semplice disamina cronologica dei provvedimenti normativi intervenuti sulla materia lo dimostra senza ombra di dubbio.

Tale inderogabilità è infatti stata sancita inizialmente dall'articolo unico della legge 4.3.1958, n. 143 (il secondo comma di tale articolo, introdotto dalla legge 5.5.1976, n. 340, statuisce che: *"I minimi di tariffa per gli onorari a vacazione, a percentuale ed a quantità, fissati dalla legge 2 marzo 1949, n. 143, o stabiliti secondo il disposto della presente legge, sono inderogabili..."*).

Successivamente l'articolo 6, 1° comma della legge 1.7.1977, n. 404, interpretando autenticamente il citato articolo unico della legge n. 143/1958, ha disposto che tale inderogabilità (*"L'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340, deve intendersi applicabile esclusivamente ai rapporti intercorrenti tra privati."*) dovesse applicarsi ai soli rapporti tra privati, escludendo quindi implicitamente l'ambito dei lavori pubblici.

L'art. 4, comma 12-bis, della legge n. 155, del 1989, di conversione del

D.L. 2.3.1989, n. 65 (*“Per le prestazioni rese dai professionisti allo Stato e agli altri enti pubblici relativamente alla realizzazione di opere pubbliche o comunque di interesse pubblico, il cui onere è in tutto o in parte a carico dello Stato e degli altri enti pubblici, la riduzione dei minimi di tariffa non può superare il 20 per cento.”*) è poi intervenuto a porre un limite ai ribassi praticati dai professionisti nei confronti delle pubbliche amministrazioni, statuendo che essi non potessero essere superiori al 20 per cento rispetto ai minimi tariffari.

L'art. 17 della legge 109/94, comma 14-*quater* (*“I corrispettivi determinati dal decreto di cui al comma 14-bis nonché ai sensi del comma 14-ter del presente articolo, fatto salvo quanto previsto dal comma 12-bis dell'articolo 4 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155, sono minimi inderogabili ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo unico della legge 4 marzo 1958, n. 143, introdotto dall'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340. Ogni patto contrario è nullo.”*) ha poi esteso all'ambito dei lavori pubblici il principio della inderogabilità dei minimi tariffari (in precedenza valido per i soli rapporti tra privati) salvando contemporaneamente il limite del 20 per cento per gli eventuali ribassi.

L'art. 17, comma 12-*ter*, della legge n. 109/1994, sì come introdotto dall'art. 7, 1° comma, lett. h) della legge n. 166/2002 (*“Il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, determina, con proprio decreto, le tabelle dei corrispettivi delle attività che possono essere espletate dai soggetti di cui al comma 1 del presente articolo, tenendo conto delle tariffe previste per le categorie professionali interessate. I corrispettivi sono minimi inderogabili ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo unico della legge 4 marzo 1958, n. 143, introdotto dall'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340 (...).”*) infine, oltre a ribadire il principio della inderogabilità dei minimi tariffari, ha di fatto eliminato la possibilità di praticare ribassi fino ad un massimo del 20 per cento.

Si può quindi affermare senza ombra di dubbio che il vigente regime normativo in materia di tariffe per le prestazioni professionali aventi oggetto la progettazione delle opere pubbliche (e le altre attività ad essa correlate) preveda esclusivamente l'inderogabilità dei minimi tariffari con esclusione del ribasso limitato alla soglia del 20% precedentemente in vigore.

Per quanto attiene invece la questione della possibilità di subordinare il pagamento della prestazione all'effettivo finanziamento dell'opera, *non vi è alcuna norma che imponga al professionista l'onerosità della propria prestazione professionale, sia in ambito generale che relativamente al settore dei lavori pubblici.*

È quindi legittimo il caso in cui la previsione dell'evento condizionante sospensivamente il diritto di credito del professionista nei confronti della pubblica amministrazione per la prestazione a quest'ultima resa, sia fondata su di un accordo fra le parti.

Ciò che non è possibile, (stante la legge n. 415/1998 – che ha introdotto il comma 12-bis nell'art. 17 della legge 109/94 –) è che sia l'amministrazione pubblica ad imporre tale convenzione e tanto meno a specificare sin nella formulazione del bando di gara che il pagamento della prestazione sarà subordinato all'eventuale finanziamento dell'opera.

La concessione della gratuità della prestazione è legittima solo nel caso sia effettivamente il professionista a concederla successivamente all'assegnazione dell'incarico; con tale concessione il professionista si assume il "rischio" di non essere remunerato per la propria prestazione. Rischio che però non può essere aggirato dalla previsione di un "rimborso spese" che si configuri come un corrispettivo in deroga ai minimi tariffari.

Un rimborso che di fatto non sia relazionato alle spese effettivamente sostenute dal professionista, bensì rappresenti piuttosto una compen-

sazione del mancato pagamento della prestazione condizionata deve ritenersi chiaramente illegittimo per contrasto con le norme imperative inerenti l'inderogabilità dei minimi tariffari. La sua accettazione da parte del professionista determina implicitamente una responsabilità disciplinare.

Si può infatti affermare che una responsabilità disciplinare del professionista conseguirà automaticamente dalla sottoscrizione di un contratto "simulato" nel quale sia apparentemente sancita la rinuncia al compenso e venga contemporaneamente previsto un rimborso spese che rappresenti un effettivo corrispettivo per l'attività prestata, in deroga ai minimi tariffari.

2.2. Il quadro normativo

Per esaminare la problematica dell'inderogabilità dei minimi tariffari afferenti le prestazioni professionali aventi ad oggetto la progettazione e le attività tecniche a quest'ultima connesse, occorre far riferimento alle norme di cui all'art. 17 della legge n. 109/1994, sì come modificata dalla legge n. 415/1998, che al comma 12-bis prevede che: *"Le stazioni appaltanti non possono subordinare la corresponsione dei compensi relativi allo svolgimento della progettazione e delle attività tecnico-amministrative ad essa connesse all'ottenimento del finanziamento dell'opera progettata. Nella convenzione stipulata fra stazione appaltante e progettista incaricato sono previste le condizioni e le modalità per il pagamento dei corrispettivi con riferimento a quanto previsto dagli articoli 9 e 10 della legge 2 marzo 1949, n. 143, e successive modificazioni. Ai fini dell'individuazione dell'importo stimato il conteggio deve ricomprendere tutti i servizi, ivi compresa la direzione dei lavori qualora si intenda affidarla allo stesso progettista esterno."*

La norma citata prospetta una duplice problematica: a) quella attinente l'inderogabilità dei minimi tariffari; b) quella relativa la legittimità di una convenzione nella quale non sia previsto alcun compenso per il progettista, a cui è riconducibile il caso – vietato espressamente dalla norma – del condizionamento della corresponsione del compenso all'eventuale finanziamento dell'opera pubblica progettata.

Con riferimento al primo profilo alcuni Autori sono pervenuti alla conclusione di una sostanziale legittima derogabilità dei minimi tariffari adducendo a sostegno di tale tesi una serie di argomentazioni che possono così riassumersi:

1. l'art. 17, comma 14-quater, della legge n. 109/1994 fa esplicito richiamo alla legge n. 143/1959 anziché all'articolo 4, comma 12-bis della legge n. 155/1989; la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire – anche sulla scorta dell'interpretazione autentica fatta dalla legge n. 404/1977 – che le disposizioni di cui alla legge n. 143/1959 sarebbero applicabili esclusivamente ai rapporti fra privati e non a quelli fra un soggetto pubblico e privato;
2. l'art. 2233 del Codice civile² inoltre stabilisce una gerarchia di carattere preferenziale fra i vari criteri di liquidazione del compenso facendo rinvio, in primo luogo, alla convenzione, quindi alle tariffe ed agli usi ed, infine, alla determinazione del giudice; le tariffe professionali sarebbero dunque derogabili sulla base di una libera convenzione e determinazione tra le parti;

2. L'art. 2233, 1° comma del Codice civile, dispone: *“Il compenso, se non è convenuto dalle parti e non può essere determinato secondo le tariffe o gli usi, è determinato dal giudice, sentito il parere dell'associazione professionale a cui il professionista appartiene”*.

3. l'orientamento della giurisprudenza amministrativa che ritiene generalmente rilevante, ai fini dell'aggiudicazione di una gara avente ad oggetto servizi professionali, anche il prezzo offerto; se fosse applicabile il principio dell'inderogabilità dei minimi tariffari il prezzo offerto non potrebbe avere alcuna rilevanza ai fini dell'aggiudicazione dell'incarico professionale;
4. la necessità di salvaguardare il principio della libera concorrenza che rappresenta l'obiettivo principale della direttiva n. 93/37/Ce; libera concorrenza che non potrebbe esplicitarsi pienamente se fosse valido il vincolo dei minimi tariffari.

Al di là della pregnanza di tali argomentazioni è necessario tenere distinta la fattispecie del negozio giuridico invalido perché concluso in deroga ai "minimi tariffari", rispetto a quella diversa del contratto che prevede la prestazione gratuita dell'attività professionale, la cui validità è stata di recente confermata dalla Corte di Cassazione³.

2.3. L'inderogabilità dei minimi tariffari

Prima di affrontare la problematica afferente la derogabilità delle tariffe professionali è quanto mai opportuno ricostruire il quadro normativo di riferimento, sia generale che speciale, avente ad oggetto i lavori pubblici. L'articolo unico della legge 4.3.1958, n. 143 recante "*norme sulla tariffa degli ingegneri e degli architetti*" dispone al secondo comma, introdotto dalla legge 5.5.1976, n. 340, che: "*I minimi di tariffa per gli onorari a vacanza, a percentuale ed a quantità, fissati dalla legge 2 marzo 1949, n.*

3. Cass., 9.1.2001, n. 247.

143, o stabiliti secondo il disposto della presente legge, sono inderogabili (...).”

L'articolo 6, 1° comma della legge 1.7.1977, n. 404, interpretando autenticamente il citato articolo unico della legge n. 143/1958, dispone che: *“L'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340, deve intendersi applicabile esclusivamente ai rapporti intercorrenti tra privati.”* Di tale interpretazione ha, ovviamente, preso atto la giurisprudenza che nella maggioranza dei casi ha limitato l'applicazione della norma sulla inderogabilità dei minimi tariffari ai soli rapporti fra soggetti privati⁴ ai quali non sarebbero riconducibili i rapporti fra ente pubblico ed ingegnere affidatario dell'incarico.

In senso inverso, peraltro depone un orientamento minoritario della giurisprudenza; secondo tale orientamento nell'ambito di un rapporto fra un ingegnere ed un ente pubblico territoriale quest'ultimo quando *“...si sia avvalso del professionista esterno per la redazione del progetto di un'opera pubblica agisce nella veste di soggetto privato”*⁵. Non mancano, inoltre, altre voci discordanti; è stato difatti affermato che *“la pattuizione di compensi inferiori ai minimi tariffari è invalida”*⁶ ferma restando, poi, la necessità di individuare la sanzione connessa a tale invalidità, ossia se di ordine civilistico – ed in questo caso se nullità⁷ o annullabilità – ovvero di ordine esclusivamente disciplinare⁸.

Su tali ultimi profili problematici si tornerà successivamente; valga per il momento considerare che, pur in presenza di una norma interpre-

4. *Ex multis*: Cass. 26.1.2000, n. 863; Cass. 19.7.2001, n. 9806.

5. In questi termini testualmente Cass. Sent. 26.1.2000, n. 863.

6. In questi termini Cass. 9.1.2001, n. 247; Cass. 3.12.1994, n. 10393.

7. In questo senso depone Cass. n. 10393/1994 cit.

8. Nel senso di una inderogabilità dei minimi tariffari anche per i rapporti pubblici si veda Cass. 9.1.2001, n. 247.

tativa quale quella di cui alla legge n. 404/1977, la materia è caratterizzata da una contrapposizione di orientamenti giurisprudenziali circa l'estensione del principio della "inderogabilità dei minimi tariffari" anche ai rapporti pubblici, nonché dalla tendenza ad inquadrare l'azione della pubblica amministrazione, nel caso di affidamento esterno di incarichi di progettazione, come azione *iure privatorum* e, pertanto, comunque soggetta alla previsione di cui alla legge n. 143/1958.

Per completare il quadro normativo sulla materia, va rilevato quanto disposto dall'art. 4, comma 12-bis, della legge n. 155, del 1989, di conversione del D.L. 2.3.1989, n. 65⁹:

"Per le prestazioni rese dai professionisti allo Stato e agli altri enti pubblici relativamente alla realizzazione di opere pubbliche o comunque di interesse pubblico, il cui onere è in tutto o in parte a carico dello Stato e degli altri enti pubblici, la riduzione dei minimi di tariffa non può superare il 20 per cento." Tale norma, intrinsecamente collegata alla legge n. 143/1958, ha una finalità prevalentemente di carattere restrittivo per i professionisti e garantista per la pubblica amministrazione; la sua introduzione risponde infatti non solamente ad esigenze degli ordini professionali (che possono contare sulla definizione di un limite all'applicazione degli "sconti" verso il committente pubblico) ma, soprattutto, è posta a tutela dell'interesse pubblico a che la prestazioni professionali riguardanti un'opera pubblica siano rese con sicura competenza e diano adeguate garanzie di serietà e di affidabilità¹⁰ (cosa che non potrebbe avvenire se fossero "svendute" alla pubblica amministrazione). Sicché è stato riconosciuto che tale disposizione debba trovare applicazione per le procedure volte all'affidamento di incarichi di progettazione di lavori pubblici da aggiudicarsi con il cri-

9. Recante disposizioni in materia di "finanza pubblica".

10. TAR Molise 30.1.2001, n. 26.

terio del prezzo più basso¹¹, ma anche che, in mancanza di specifiche indicazioni dirette a limitarne la sfera di applicazione, deve necessariamente essere ritenuta operante per le tariffe degli ingegneri e degli architetti¹².

Sulla scorta di tali premesse, è possibile chiarire i rapporti fra la norma di cui all'art. 4, comma 12-*bis* della legge n. 155/1989 e quella che prevede l'inderogabilità dei minimi tariffari di cui al 2° comma, dell'articolo unico della legge n. 143/1958. Si tratta, come si è fatto cenno sopra, di un rapporto di *genus ad species*, nel senso che l'art. 4 della legge del 1989, lungi dal codificare il principio della inderogabilità dei minimi tariffari – già codificato nella legge del 1958 – si preoccupa unicamente di introdurre in capo ai professionisti che svolgono prestazioni in favore dello Stato e degli altri Enti pubblici un freno ai ribassi dei prezzi praticati in ragione della loro attività professionale¹³; prima del 1989, di fatto, tali ribassi dovevano ritenersi praticabili liberamente senza alcuna limitazione in quanto la legge n. 143/1955 non trovava applicazione – pur nell'ambito della controversa interpretazione della giurisprudenza di cui sopra – ai rapporti fra pubblica amministrazione e progettista “esterno” di opere pubbliche.

L'ambito oggettivo di operatività della disciplina generale sulla inderogabilità dei minimi tariffari sopra delineato, deve essere vagliato alla luce della disciplina speciale vigente nel settore dei lavori pubblici ed in particolare della legge n. 109/1994 così come modificata dalla legge n. 415/1998 ed, infine, dalla legge n. 166/2002.

L'art. 17 della legge “Merloni”, difatti, dispone al comma 14-*quater* che: “*I corrispettivi determinati dal decreto di cui al comma 14-bis nonché ai*

11. In questi termini TAR Umbria - Perugia, 6.5.1997, n. 189.

12. Così TAR Puglia - Bari, 28.9.1995, n. 951.

13. TAR Umbria - Perugia, 6.5.1997, n. 189.

sensi del comma 14-ter del presente articolo, fatto salvo quanto previsto dal comma 12-bis dell'articolo 4 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155, sono minimi inderogabili ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo unico della legge 4 marzo 1958, n. 143, introdotto dall'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340. Ogni patto contrario è nullo"¹⁴. La sola lettura della norma testé riportata è di per sé stessa sufficiente a chiarire quale sia la disciplina delle "tariffe professionali" nel settore specifico dei lavori pubblici, nonché idonea, inequivocabilmente, a confutare alcune delle ragioni poste a sostegno della tesi della "derogabilità" dei minimi tariffari.

È indiscutibile infatti che, relativamente alle attività professionali della progettazione ed a quelle connesse alla materia dei lavori pubblici, debba essere espressamente applicato il principio della "inderogabilità" dei minimi tariffari; la norma di cui alla legge n. 143/1958 – che appunto sancisce tale inderogabilità – viene infatti espressamente richiamata dalla disciplina "speciale" in materia di lavori pubblici. È appena il caso di rilevare, poi, che con siffatto "richiamo" normativo viene inevitabilmente, ed indiscutibilmente, a cadere l'interpretazione giurisprudenziale che limita la portata della norma richiamata ai soli rapporti privatistici; difatti il richiamo alla legge n. 143/1958, operato dalla legge n. 109/1994 estende l'ambito di operatività della prima legge a quello della seconda ossia alla materia dei lavori pub-

14. Giova a questo proposito precisare che la norma recata dal comma 14 quater dell'art. 17 va letto in raccordo con i commi 14-bis e 14-ter del medesimo articolo afferenti la determinazione delle tariffe medesime. Non è questa la sede per soffermarsi sulla dibattuta questione della efficacia delle nuove tariffe professionali approvate con il D.M. 4.4.2001 oggetto sia di pronunce caducatorie da parte del Giudice amministrativo che di rivisitazione legislativa con la legge n. 166/2002, valga in questa sede ricordare che la tematica è stata trattata dal Centro Studi nella "Nota sull'applicabilità del D.M. 4 aprile 2001", ottobre 2002.

blici. Se infatti la legge n. 109/1994 disciplina l'aggiudicazione ed esecuzione dei lavori pubblici da parte delle amministrazioni aggiudicatrici a carattere, se non esclusivo, quanto meno prevalentemente pubblico, anche la legge n. 143/1958 deve ritenersi applicabile a tali rapporti.

In buona sostanza, alla luce della ricostruzione effettuata è possibile ragionevolmente ritenere che in materia di progettazione – ed attività connesse – di opere pubbliche vige il principio della inderogabilità dei minimi tariffari attenuato dall'eccezione, recata dal richiamato art. 4 del D.L. n. 65/1989, della possibilità di praticare sui predetti minimi un ribasso che non sia, comunque, superiore al 20%.

Tale esplicita previsione normativa, priva di qualsivoglia rilevanza anche il richiamo, operato da alcuni Autori alla previsione di cui all'art. 2233 del Codice civile in quanto, sulla scorta del principio generale *lex specialis derogat generali*, nella materia dei lavori pubblici la disciplina speciale di cui alla legge n. 109/1994, richiamando la legge n. 143/1958, implicitamente supera il disposto di cui alla norma civilistica. Va quindi ribadito che il richiamo, operato dall'art. 17, comma 14-*quater* della legge n. 109/1994, alla legge n. 143/1958 e all'art. 4, comma 12-*bis*, del D.L. n. 65/1989, comporta – seppur limitatamente alla progettazione ed attività connesse afferenti la materia dei lavori pubblici – l'inderogabilità dei minimi tariffari temperata dall'eccezione del ribasso sull'offerta relativa a tali prestazioni non superiore al 20%.

Tale generale impostazione, relazionata alla sola legge n. 415/1998 merita, a nostro avviso, un'ulteriore rivisitazione alla luce delle modifiche intervenute ad opera della legge n. 166, dell'1.7.2002 che ha ulteriormente modificato la legge n. 109/1994.

Difatti l'art. 17, comma 12-*ter*, della legge n. 109/1994, sì come introdotto dall'art. 7, 1° comma, lett. h) della legge n. 166/2002 prevede fra l'altro che: *“Il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infra-*

strutture e dei trasporti, determina, con proprio decreto, le tabelle dei corrispettivi delle attività che possono essere espletate dai soggetti di cui al comma 1 del presente articolo, tenendo conto delle tariffe previste per le categorie professionali interessate. I corrispettivi sono minimi inderogabili ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo unico della legge 4 marzo 1958, n. 143, introdotto dall'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340 (...)."

Ferme restando le perplessità circa la necessità di una norma siffatta in presenza di un impianto normativo che già disciplina la determinazione dei corrispettivi dei soggetti individuati dall'art. 17, 1° comma, legge n. 109/1994, va rilevato come quest'ultima disposizione nel ribadire l'inderogabilità dei minimi ai sensi della legge 4.3.1958, n. 143 non richiama espressamente, diversamente da quanto fatto nel comma 14-*quater* del medesimo articolo, l'eccezione recata dall'art. 4 del D.L. n. 65/1989 che rende possibile, come più volte detto, un ribasso non superiore al 20% sui predette minimi tariffari.

Da tale omissione si potrebbe, pertanto concludere che il legislatore della novella del 2002 abbia inteso superare la menzionata eccezione; considerando il generale principio secondo cui *lex posterior derogat priori*, si può quindi ragionevolmente affermare che il vigente regime normativo in materia di tariffe per le prestazioni professionali aventi oggetto la progettazione delle opere pubbliche prevede esclusivamente l'inderogabilità dei minimi con esclusione del ribasso limitato alla soglia del 20%. Si può certamente discutere sul difetto di raccordo della "novella" del 2002 con l'impianto precedente della legge "Merloni", ma non certo sul fatto che la *ratio* che supporta la modifica testé menzionata sia riscontrabile proprio nell'esigenza di evitare ribassi, quale che nei sia la misura, sui minimi tariffari.

Anche a non voler considerare siffatta impostazione, alcune precisazione sono necessarie in merito alla possibilità di ribasso sui minimi tariffari nel caso di gare da aggiudicare in forza del criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa. Qualora si volesse ancora convenire con quanto sostenuto da alcuni Autori circa la possibilità di esercitare un ribasso sul prezzo della prestazione professionale, è del tutto evidente come tale ribasso non possa comunque eccedere il 20% fissato dalla legge del 1989.

Superato, infine, è l'argomento, ulteriormente posto a supporto della tesi circa la possibile derogabilità dei minimi tariffari, secondo il quale la previsione di una loro inderogabilità sarebbe contrastante con il principio della libera concorrenza e sancita dalla Comunità Europea.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto non sono assolutamente condivisibili le preoccupazioni palesate da alcuni Autori, in merito alla circostanza che la fissazione di tariffe inderogabili agirebbe con effetti distorsivi sul mercato ed in particolare lederebbe il principio della libera concorrenza. È appena il caso di ricordare che siffatta preoccupazione è stata di recente smentita proprio dalla Corte di Giustizia della Ce la quale ha precisato come gli artt. 81 e 10 del Trattato Ce *“non ostano all'adozione di uno Stato membro di una misura legislativa o regolamentare che approvi sulla base di un progetto stabilito da un Ordine professionale, una tariffa che fissa dei minimi e dei massimi per gli onorari dei membri dell'Ordine.”*¹⁵ L'orientamento menzionato, pur lasciando ferma la configurazione giuridica dell'attività del professionista come impresa, rivaluta la funzione della determinazione delle tariffe e dei relativi minimi facendone un elemento indefettibile della disciplina normativa delle professioni¹⁶. In particolare il Giudice Comunitario mette in evidenza come l'intervento dell'Autorità statale nella determinazione dei minimi tariffari è diretto a tutelare un interesse pubblico che può essere individuato nella tutela della *“qualità*

15. In questi termini Corte di Giustizia Ce, sent. 19.2.2002 C-35/99 *Arduino*.

della prestazione” e, pertanto, la disciplina afferente tali minimi, ivi ovviamente compreso il principio normativo della inderogabilità, non configura un accordo in violazione delle regole afferenti la libertà di concorrenza.

2.3.1. *Le sanzioni*

Affrontata la questione circa la derogabilità o meno delle tariffe nell’ambito della materia dei lavori pubblici si pone il problema di verificare quale sia il regime sanzionatorio di ordine civilistico e disciplinare qualora fosse accertata la violazione dei predetti minimi tariffari. In verità la disciplina di settore interviene a chiarire in maniera più che esaustiva la materia in questione: il più volte citato art. 17, comma 14-*quater*, della legge n. 109/1994, statuita la inderogabilità dei minimi tariffari, dispone anche che: *“ogni patto contrario è nullo.”*; analoga prescrizione è poi contenuta nel “nuovo” comma 12-*ter*, del medesimo articolo.

In sostanza *il contratto concluso fra l’Amministrazione ed un professionista deputato all’espletamento dell’attività di progettazione ovvero altre attività connesse in deroga ai “minimi” fissati dalla legge 2.3.1949, n. 143 e sue modifiche non solamente dovrà ritenersi invalido, ma tale invalidità andrà configurata come “nullità” ai sensi dell’art. 1418, 3° comma del Codice civile che testualmente dispone: “Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge.”*

Quest’ultima norma introduce un criterio residuale di determinazione dei casi nei quali sia prospettabile la nullità dei contratti, individuandolo nella legge; d’altra parte anche il prevalente orientamento giu-

16. Sul punto sia rinvia a *Il riparto delle competenze normative in materia di professioni. Stato, Regioni, Ordini*, Centro Studi CNI, Roma, 2002.

risprudenziale nega che l'inderogabilità dei minimi tariffari comporti di per sé la nullità del patto "nella carenza di una esplicita previsione in tal senso"¹⁷; dove tale previsione è presente (come appunto nella materia delle prestazioni professionali nell'ambito dei lavori pubblici), alcuna remora potrà essere mossa alla declaratoria della nullità dell'atto negoziale, ove ne ricorrano i presupposti che, nel caso di specie, sono individuati nella violazione dei minimi tariffari.

Nessun dubbio, poi, circa la sussistenza di responsabilità disciplinare in capo al professionista che contravvenga alla previsione normativa della inderogabilità dei minimi tariffari.

2.4. La prestazione d'opera intellettuale gratuita

La gratuità della prestazione d'opera intellettuale è cosa ben diversa dalla prestazione professionale resa in deroga ai minimi tariffari in quanto nel primo caso le tariffe non vengono applicate, mentre nel secondo caso esse sono applicate, ma in maniera distorta.

Chiarita la diversità della fattispecie il problema che si pone è se il nostro ordinamento consenta al libero professionista di rendere gratuitamente la propria prestazione in particolare per ciò che attiene la materia dei lavori pubblici. Da una lettura del quadro normativo di riferimento, sia esso di ordine generale che speciale con riferimento specifico alla materia dei lavori pubblici, non emerge alcuna preclusione al professionista di rendere la propria prestazione professionale gratuitamente, qualsiasi sia la ragione che lo spinga a ciò.

La normativa sulle tariffe presuppone, infatti, l'onerosità della pre-

17. V. *ex multis*: Cass, 26.01.2000, n. 863, Cass 19.10.1988, n. 5675.

stazione professionale ma tale requisito non deve ritenersi, in via assoluta, elemento essenziale ai fini della validità del contratto stipulato fra il professionista e il committente nell'ambito dei lavori pubblici.

L'art. 17 della legge n. 109/1994 sanziona con la nullità l'eventuale patto in deroga ai minimi tariffari, ma non impone che siffatta prestazione sia necessariamente onerosa e, conseguentemente, alcuna sanzione di ordine civilistico prevede a carico del professionista che presti gratuitamente la propria prestazione. *Non vi è quindi alcuna norma specifica che imponga al professionista l'onerosità della propria prestazione professionale, sia in ambito generale che relativamente al settore dei lavori pubblici.* Qualora, però, intenda farsi corrispondere il compenso dovrà farlo nel rispetto delle tariffe professionali la cui inderogabilità è espressamente sancita dal quadro normativo di riferimento.

Sono dunque concettualmente distinte e fondate su presupposti causali diversi le ipotesi di contratto di prestazione professionale concluso in violazione delle tariffe professionali ovvero concluso gratuitamente. Secondo un prevalente e sostanzialmente condivisibile orientamento della giurisprudenza, solamente nel primo caso si verserebbe in un'ipotesi di invalidità del contratto per contrasto con norme imperative.

Ciò premesso la questione, relativamente ai lavori pubblici, si sposta sull'interpretazione della norma recata dall'art. 17, comma 12-bis, della legge n. 109/1994, non modificata dalla legge n. 166/2002 – nella parte in cui dispone che: *“le stazioni appaltanti non possono subordinare la corresponsione dei compensi relativi allo svolgimento della progettazione e delle attività tecnico – amministrative ad essa connesse all'ottenimento del finanziamento dell'opera progettata.”*

È del tutto evidente che tale norma non può essere inquadrata come strumento idoneo a consentire la derogabilità dei minimi tariffari, bensì, piuttosto, come *previsione indiretta* di un'ipotesi di prestazione professio-

nale gratuita da parte del prestatore d'opera intellettuale che acconsente di svolgere la propria attività professionale gratuitamente salvo, poi, la possibilità di essere pagato qualora l'opera pubblica progettata sia ammessa a finanziamento.

Occorre sottolineare che la norma di cui al citato art. 17 L. n. 109/1994 fa esplicito riferimento al caso in cui la pubblica amministrazione condizioni al verificarsi dell'evento – futuro ed incerto – del finanziamento dell'opera progettata, *“la corresponsione dei compensi”* al progettista. Per quanto tale situazione vada inquadrata nell'ambito della fattispecie di una prestazione condizionata sospensivamente, è del tutto evidente che essa è implicitamente connessa alla fattispecie della prestazione gratuita in quanto qualora l'evento condizionante non si verifichi (ossia il finanziamento dell'opera non venga concesso) il professionista sarà tenuto a prestare i propri servizi senza che alcun compenso gli possa venire corrisposto.

La disposizione di cui all'art. 17 è stata considerata da qualche commentatore come una *“previsione indiretta”*, nei confronti del professionista in quanto soggetto della norma è la pubblica amministrazione e non quest'ultimo; il legislatore, consapevole della posizione di forza che l'Amministrazione è – generalmente – in grado di esercitare nei confronti del professionista, ha con essa inteso tutelare la posizione di quest'ultimo nei confronti della prima, ponendo fine alla prassi distorsiva alla quale la pubblica amministrazione abitualmente ricorreva e che consisteva nel condizionare il pagamento del compenso del professionista al finanziamento dell'opera progettata o alla cui ideazione il medesimo avesse contribuito.

Va, però, sottolineato che la norma in questione non contiene alcun riferimento al prestatore d'opera intellettuale il quale, pertanto, resta libero di prestare la propria opera gratuitamente.

A nostro avviso quello che il legislatore della legge n. 109/1994 ha inteso prevenire e vietare, è che la condizione sospensiva fosse posta dalla pubblica amministrazione; tale previsione non è però in grado di incidere sulla libertà negoziale del professionista; a quest'ultimo la legge non vieta la possibilità di condizionare la corresponsione del compenso per l'attività svolta.

In tema di prestazione d'opera intellettuale, infatti, *“la onerosità del relativo contratto, che ne costituisce elemento normale, come risulta dall'art. 2233 cod. civ., non ne integra, peraltro, un elemento essenziale, né può essere considerato un limite di ordine pubblico alla autonomia contrattuale delle parti, le quali, pertanto, ben possono prevedere espressamente la gratuità dello stesso”*¹⁸.

In sintesi, *nel caso in cui la previsione dell'evento condizionante sospensivamente il diritto di credito del professionista nei confronti della pubblica amministrazione per la prestazione a quest'ultima resa, sia fondata su di un accordo fra le parti – e non su di una unilaterale determinazione del committente pubblico – essa deve ritenersi legittima*. In questo caso, infatti, il professionista, condizionando il pagamento della sua prestazione ad un evento futuro ed incerto accetta, di rendere tale ultima prestazione gratuitamente lì dove tale evento non venga a realizzarsi.

18. Cass. civ., sez. II, 20-07-1999, n. 7741. Nella fattispecie in applicazione di detto principio, è stata confermata la decisione della Corte di merito, la quale aveva ritenuto legittima la clausola contrattuale che condizionava il diritto al compenso per la prestazione di un ingegnere, cui il Comune di Castellana Grotte aveva commissionato un progetto relativo alla sistemazione delle strade esterne di quel centro, al conseguimento delle approvazioni richieste e dei finanziamenti pubblici delle opere, eventi non verificatisi, con conseguente, mancata corresponsione dell'onorario al professionista per la prestazione svolta dallo stesso.

Ad ulteriore chiarimento di quanto testé affermato è opportuno rimarcare che la fase presa in considerazione dal legislatore è quella successiva all'avvenuta aggiudicazione della gara, sicché quest'ultima è irrilevante ai fini della questione trattata. L'amministrazione dovrà quindi prima aggiudicare l'incarico nel rispetto delle regole di trasparenza fissate dalla legge n. 109/1994 e dal relativo regolamento generale approvato con il D.P.R. n. 554/1999; in sede di predisposizione del bando di gara, essa non potrà condizionare il pagamento della prestazione professionale al verificarsi del finanziamento dell'opera pubblica progettata quale che ne sia la fonte, essendogli ciò espressamente vietato dall'art. 17, comma 12-bis, della legge n. 109/1994.

Potrà essere invece il medesimo professionista vincitore della gara al momento della stipula dell'atto contrattuale e sulla scorta della propria autonomia negoziale, a decidere condizionare il pagamento della propria prestazione professionale al verificarsi di un evento futuro ed incerto quale è appunto il finanziamento dell'opera pubblica progettata.

Le ragioni di tale liberalità da parte del professionista potranno essere le più svariate e, pertanto, su di esse non è il caso di indagare più di tanto, ma va, invece, ribadito che, anche nella fase negoziale della stipula della convenzione, per nessuna ragione la pubblica amministrazione potrà imporre al professionista tale condizione; quest'ultima dovrà trovare la propria origine direttamente ed esclusivamente nella volontà del professionista; qualora quest'ultimo decida di non apporla, l'amministrazione sarà comunque tenuta a remunerare la prestazione svolta secondo le vigenti tariffe professionali.

È ben nota la prassi – fortemente distorsiva – invalsa presso alcune amministrazioni che all'atto della stipula del contratto impongono, prevedendolo espressamente, il condizionamento del pagamento della prestazione professionale all'ottenimento del finanziamento; in questa sede

non ci si può esimere dal rilevare l'assoluta illegittimità di siffatto *modus operandi* attraverso il quale si perviene alla *fictio iuris* di una clausola contrattuale che, pur formalmente riconducibile al professionista viene, di fatto, posta dalla pubblica amministrazione

Il libero professionista può (e non deve) rendere gratuitamente la propria prestazione se autonomamente e liberamente determinatosi a fare ciò; egli può parimenti rifiutarsi di condizionare il pagamento della propria prestazione ove tale condizionamento non sia il frutto della sua libera determinazione negoziale, bensì la conseguenza di una autonoma statuizione della pubblica amministrazione che ne abbia fatto previsione nel contratto stipulando. quest'ultima statuizione è sempre illecita, in quanto lesiva della libera volontà negoziale del professionista, nonché illegittima in quanto contrastante con l'art. 17, comma 12-bis, della legge n. 109/1994. Si ribadisce che, qualora non sia apposto l'evento condizionate, la pubblica amministrazione sarà tenuta a corrispondere regolarmente il compenso al professionista anche qualora l'opera non venga finanziata.

Al caso di specie non è conferente, poi, il richiamo all'art. 1335 del Codice civile che vieta, prevedendone la nullità, *“l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata ad una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, da quella del debitore.”* La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire, in proposito, come: *“La clausola contrattuale con la quale il sorgere del diritto al compenso da parte del professionista incaricato del progetto di un'opera viene condizionato all'ottenimento del finanziamento per l'opera progettata non è configurabile come condizione meramente potestativa, come tale nulla, atteso che, se è vero che il verificarsi di essa dipende dalla volontà e dall'attività di una sola delle parti, è anche vero che tale accadimento non è indifferente per la parte in questione, alla stregua di un mero “si voluero”, non potendosi dubitare della piena funzionalità*

della pattuizione ad uno specifico interesse dedotto come tale nel contratto e perciò oggetto del medesimo.”¹⁹ Qualunque dissertazione circa la natura giuridica della condizione in questione perde comunque valore ove si tenga presente quanto statuisce la legge n. 109/1994 che, come visto, vieta, in ogni caso, alla pubblica amministrazione di apporla.

Anche l’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con la determinazione n. 18/2001 del 26.7.2001, ha precisato come, successivamente all’entrata in vigore della legge n. 415/1998 – che ha introdotto il comma 12-bis nell’art. 17 – non sia “possibile l’affidamento di incarichi di progettazione subordinando la corresponsione dei compensi al finanziamento dell’opera successivamente alla data del 18.12.1998, di entrata in vigore della legge 415/98.” Anche questa statuizione dell’Autorità va comunque letta alla luce di quanto in precedenza esposto. Se per “affidamento” si intende fare riferimento all’espletamento della procedura di aggiudicazione del servizio è già stato precisato che *l’Amministrazione non può mai prevedere nel bando di gara un condizionamento della remunerazione della prestazione del professionista al finanziamento dell’opera progettata in quanto ciò gli è espressamente vietato dalla legge n. 109/1994 e successive modifiche*. Diversa è la situazione qualora tale condizione sia apposta direttamente e volontariamente dal professionista incaricato; in quest’ultimo caso, infatti, la giurisprudenza non ha ritenuto la norma di cui all’art. 17, comma 12-bis, della legge n. 109/1994 come norma preclusiva della facoltà del professionista di rendere gratuitamente la propria prestazione professionale affermando in generale che: *“Quando un contratto d’opera professionale concluso da un ingegnere con un Comune prevede l’alternativa tra il pagamento del compenso secondo tariffa ovvero la prestazione gratuita dell’attività professionale in caso di mancato finanziamento dell’opera si è fuori dall’ipotesi della violazione dei mini-*

19. Cass., 21.7.2000, n. 9587.

mi tariffari e si versa nella fattispecie della prestazione gratuita dell'attività professionale."

Va evidenziato che il carattere essenzialmente oneroso del contratto ex art. 2233 del Codice civile non esclude la gratuità della prestazione dell'opera professionale. Infatti, per costante giurisprudenza di legittimità, al professionista è consentita la prestazione gratuita per i motivi più vari, che possono consistere nell'*affectio*, nella *benevolentia*, in considerazioni di ordine sociale o di convenienza anche con riguardo ad un personale ed indiretto vantaggio²⁰. Si fa sempre riferimento comunque alla volontà del professionista e non a quella dell'amministrazione alla quale viene resa la prestazione.

Va evidenziato che il comma 12-*bis* dell'art. 17 della legge n. 109/1994 e sue modifiche e integrazioni, pur vietando alla pubblica amministrazione di condizionare la corresponsione del relativo compenso al professionista al finanziamento dell'opera, non prevede alcuna sanzione in caso di violazione di tale obbligo. Non essendo ipotizzabile un obbligo che non sia seguito da relativa sanzione in caso di violazione, si ritiene che l'invalidità della fattispecie negoziale conclusa in violazione della norma di cui all'art. 17 vada ricercata nell'art. 1418 del Codice civile che prevede, come già visto, la nullità dei negozi quando siano contrari a norme imperative.

Non ci si può peraltro esimere dal rilevare come la norma di cui al comma 12-*bis* dell'art. 17 della legge n. 109/1994 si presti anche ad una interpretazione restrittiva e sostanzialmente contrastante con quella fatta propria dalla giurisprudenza. È difatti innegabile come l'evento condi-

20. Vedi *ex multis*: Cass. 3 dicembre 1994, n. 10393; 20 luglio 1999, n. 7741; 30 dicembre 1993, n. 13038; Cass. 28 aprile 1992, n. 5061; 10 maggio 1980, n. 3096; 15 aprile 1970, n. 1060; 6 luglio 1976, n. 2507.

zionante, seppur riconducibile alla volontà di una sola delle due parti, deve comunque essere accettato dall'altra; anche quando è il professionista nella sua libertà negoziale a voler condizionare il pagamento della propria prestazione al finanziamento dell'opera, l'Amministrazione che vi aderisce viola la previsione normativa di cui al più volte citato art. 17, comma 12-bis, della legge n. 109/1994. Sulla scorta di tale impostazione, allora, potrebbe essere invocata la nullità della clausola menzionata per contrarietà ad una norma imperativa ai sensi dell'art. 1354 del Codice civile che testualmente dispone: *"È nullo il contratto al quale è apposta una condizione, sospensiva o risolutiva, contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume."*

Pur tenendo presente tale argomentazione si ritiene che essa contrasti con il generale principio della libera determinazione negoziale delle parti. Infatti se il condizionamento sospensivo del pagamento della parcella del professionista comporta – qualora il finanziamento dell'opera non si realizzi – la gratuità della prestazione professionale ed esso derivi da una diretta ed effettiva volontà del professionista, ancorché presupponga l'accettazione da parte della pubblica amministrazione contraente, esso sarà espressione della libera determinazione negoziale della parte ed è, pertanto, pienamente lecito e legittimo.

Con riferimento alla condotta del professionista, va comunque biasimata la prassi – ulteriormente distorsiva – della determinazione di un rimborso spese da corrispondere in favore del progettista qualora l'opera non venga finanziata e a quest'ultimo non sia stato corrisposto il compenso professionale per la prestazione resa in favore della pubblica amministrazione.

Sotto il profilo eziologico il rimborso spese è cosa diversa dal compenso per la prestazione professionale e, di conseguenza, rivendica presupposti differenti; *un rimborso che di fatto non sia relazionato alle spese effet-*

tivamente sostenute dal professionista, bensì rappresenti piuttosto una compensazione del mancato pagamento della prestazione condizionata deve ritenersi chiaramente illegittimo per contrasto con le norme imperative inerenti l'inderogabilità dei minimi tariffari.

Se il professionista decide di rendere gratuitamente la propria prestazione professionale, non può più ottenere il compenso per essa; qualora il rimborso spese "nasconda" anche parzialmente tale compenso si versa in una ipotesi di contratto simulato che deve ritenersi invalido per contrasto con le norme imperative che statuiscono l'inderogabilità dei minimi tariffari. In quest'ultimo caso infatti, non si può parlare di prestazione gratuita, bensì di prestazione onerosa in deroga ai minimi tariffari ed in quanto tale illecita. Va sottolineato che tale ultima condotta è palesemente lesiva dei principi della libera concorrenza previsti dalla normativa comunitaria in materia di prestazione dei servizi.

2.4.1. Le sanzioni

Non ci si può, infine, esimere dal valutare anche in questo caso i profili di responsabilità civilistica e disciplinare in capo al professionista che renda gratuitamente la propria prestazione "accettando" la condizione del finanziamento dell'opera progettata.

Sotto il profilo civilistico, il negozio concluso e condizionato dovrà ritenersi pienamente valido; diversi sono, invece, gli aspetti afferenti la responsabilità disciplinare del professionista. Su questo punto è stato affermato che *"La rinuncia al compenso è valida tra le parti e non può, dunque, ritenersi in sé, cioè automaticamente, suscettibile di rilievo disciplinare, occorrendo invece che il comportamento del professionista, per la particolarità del caso concreto, sia idoneo ad incidere negativamente sulle norme di deontologia pro-*

fessionale"²¹. Secondo tale impostazione dunque, l'individuazione di una responsabilità disciplinare in capo al professionista che rinuncia al compenso non consegue *de plano* a tale rinuncia, ma richiede una delibazione, operata dagli organi competenti, sul concreto e puntuale comportamento del professionista eventualmente idoneo a palesare la violazione delle regole deontologiche poste a presidio dell'attività professionale.

Si può qui affermare che una responsabilità disciplinare del professionista conseguirà *de plano* dalla sottoscrizione di un contratto "simulato" nel quale sia apparentemente sancita la rinuncia al compenso e venga contemporaneamente previsto un rimborso spese che rappresenti un effettivo corrispettivo per l'attività prestata, in deroga ai minimi tariffari.

21. In questi termini Cass. n. 247/2001.

3. Consorzi stabili e appalto integrato

3.1. Considerazioni di sintesi

Le innovazioni recentemente introdotte dalla legge n. 166 del 3 agosto 2002 alla già plurimodificata legge n. 109 dell'11 febbraio 1994, "legge quadro" sui lavori pubblici, vanno ad incidere su aspetti rilevanti dell'attività dei professionisti impegnati negli incarichi di progettazione.

In particolare due sono i profili sui quali si è concentrata l'attenzione del Centro Studi, uno è quello relativo all'istituzione dei *consorzi stabili di progettazione* e l'altro attiene all'enorme estensione riconosciuta all'ambito di operatività dell'*appalto integrato*.

Per quanto attiene *i consorzi stabili di progettazione*, l'art. 7, 1° comma, lettera i) della legge 166/2002 introduce nel primo comma dell'art. 17 della legge 109/94 la lettera g-bis), la quale dispone che essi possano essere formati esclusivamente da "*società di professionisti di cui al comma 6, lett. a)*"²², e

22. Il comma 6, lettera a dell'art. 17 della legge 109/94 definisce le "*società di professionisti le società costituite esclusivamente tra professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, nelle forme delle società di persone di cui ai capi II, III e IV del titolo V del libro quinto del codice civile ovvero nella forma di società cooperativa di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazione di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale (...)*".

società di ingegneria di cui al comma 6, lettera b)²³, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano nel settore dei servizi di ingegneria e architettura, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, e che abbiano deciso di operare in modo congiunto secondo le previsioni del comma 1 dell'articolo 12²⁴.

In primo luogo va evidenziato che *l'attuale formulazione dell'art. 17 della legge 109/94 esclude la possibilità per i liberi professionisti singoli e associati (non in forma societaria) di partecipare ai consorzi stabili di progettazione.* Tale esclusione è da un lato incomprensibile e dall'altro fortemente penalizzante; incomprensibile perché essa pone una illegittima ed immotivata differenziazione fra i soggetti preposti all'espletamento delle attività di progettazione che non trova alcun fondamento nel quadro relativo alla materia dei lavori pubblici né tanto meno nella normativa civilistica (la quale ultima non pone alcuna preclusione alla partecipazione dei liberi professionisti a qualsiasi tipologia di consorzi); penalizzante in quanto l'esclusione dei professionisti determina l'impossibilità per essi di accedere ai meccanismi premiali che la legge riconosce in termini fiscali e di qualificazione ai *consorzi stabili di progettazione.*

23. Il comma 6, lettera a dell'art. 17 della legge 109/94 definisce le *"società di ingegneria le società di capitali di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro quinto del codice civile, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale. (...)"*.

24. L'art. 12 della legge 109/94 dispone *"Si intendono per consorzi stabili quelli, in possesso, a norma dell'articolo 11, dei requisiti stabiliti dagli articoli 8 e 9, formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura d'impresa"*.

L'art. 17 comma 1 lettera g-bis della legge 109/94 prevede, ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrativa ad essa connesse, che il fatturato globale in servizi di ingegneria e architettura realizzato da ciascuna società partecipante al consorzio stabile di progettazione nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara sia incrementato di una percentuale pari al 20 per cento nel primo anno, al 15 per cento nel secondo anno, al 10 per cento nel terzo anno fino al compimento del quinquennio.

È evidente la contrapposizione di tali disposizioni (che da un lato impediscono ad alcuni attori del mercato dei servizi di progettazione di partecipare ai consorzi, e dall'altro riconoscono a questi ultimi "premi" che ne accrescono sensibilmente la capacità di acquisire incarichi pubblici) con i principi che sorreggono l'ordinamento comunitario e in particolare quelli della libera concorrenza e della libera prestazioni di servizi.

La disciplina dei *consorzi stabili di progettazione* presenta altre evidenti lacune; *non sono infatti definiti dalla legge gli elementi organizzativi minimi che il consorzio deve possedere al fine di garantire l'esercizio professionale dell'attività di progettazione*. L'art. 17, 8° comma della legge 109/94 specifica che, prescindendo dalla natura giuridica del soggetto affidatario, l'incarico non possa che essere "*personale*" ossia espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta con la specificazione delle rispettive qualifiche professionali.

L'attuale riferimento recato dalla norma dell'articolo 12 della legge 109/94 ad una "*comune struttura d'impresa*" della quale i consorzi stabili devono essere forniti al fine di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici è del tutto inadeguato e insufficiente a soddisfare le con-

dizioni della personalità della prestazione professionale avente ad oggetto l'attività di progettazione e dunque a garantire la responsabilità solidale del professionista e della società per l'attività svolta.

Tale carenza è ostacolo alla immediata e piena operatività dei *consorzi stabili di progettazione* e può essere sopperita solo attraverso un ennesimo intervento del legislatore sulla legge 109/94.

Per quanto attiene l'istituto dell'*appalto integrato* l'art. 7, comma 1, lettera *l* della legge 166/2002 riformula l'art. 19, comma 1, lettera *b* della legge 109/94 statuendo che gli appalti pubblici possono avere ad oggetto *“la progettazione esecutiva di cui all'articolo 16, comma 5, e l'esecuzione dei lavori pubblici di cui all'articolo 2, comma 1, qualora: 1) riguardino lavori d'importo inferiore a 200.000 euro; 2) riguardino lavori la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 60 per cento del valore dell'opera; 3) riguardino lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici; 4) riguardino lavori di importo pari o superiore a 10 milioni di euro”*.

Rispetto alla precedente formulazione dell'articolo 19, comma 1, è evidente l'enorme ampliamento concesso all'operatività dell'*appalto integrato*; sono ora ad esso indistintamente assoggettati tutti i lavori d'importo inferiore ai 200.000 euro e quelli superiori a 10 milioni di euro, che insieme rappresentano per quantità e valore la parte più consistente di lavori messi ogni in anno in appalto in Italia.

Con tale innovazione viene di fatto superato il principio della separazione tra attività di progettazione e quella di esecuzione che continua ad ispirare nel complesso la legge quadro dei lavori pubblici e che viene tuttora sancito dall'art. 17, comma 9, della stessa (*“Gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni i lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione.”*).

Tale superamento cozza con tutta una serie di disposizioni che su tale principio sono basate (responsabilità del progettista nel caso di varianti causate da errori progettuali; obbligo del possesso di una polizza di responsabilità civile professionale per i progettisti della sola progettazione esecutiva).

Giova ribadire che la separazione tra le attività di progettazione ed esecuzione è stato posto quale principio fondante della legge quadro sui lavori pubblici a tutela della qualità della progettazione e dell'opera pubblica, e che esso trova eco e legittimazione anche nelle più recenti determinazioni del Parlamento europeo. Gli eventi antecedenti l'emanazione della legge 109/94, hanno infatti ampiamente dimostrato come una subordinazione dell'attività di progettazione a quella di esecuzione porti all'emergere di prassi e comportamenti che incidono significativamente sull'efficienza e l'efficacia dell'intervento pubblico in materia di lavori.

Ne sembra apportare sufficienti garanzie l'obbligo – posto in essere dalla legge 166/2002 (ora nuovo comma 1-ter dell'art. 19 della legge 109/94) – per l'appaltatore che partecipa all'aggiudicazione di un appalto integrato di doversi comunque avvalersi di un progettista qualificato alla realizzazione di un progetto esecutivo individuato in sede di offerta o, eventualmente, di associarlo successivamente, ovvero, ancora di possedere lui stesso i requisiti progettuali previsti dal bando.

È infatti evidente che i progettisti (impossibilitati, per tradizione e dimensione organizzativa, a partecipare ad appalti che prevedano anche l'esecuzione dei lavori) sono posti di fatto in subordinazione alle imprese costruttrici, le quali possono acquisire appalti per opere estremamente complesse associando solo in un secondo momento (e in posizione ovviamente non paritaria) i professionisti competenti per la fase di progettazione.

3.2. Il quadro normativo

L'ordinamento dei lavori pubblici è stato di recente oggetto di un nuovo consistente intervento di "ristrutturazione" che ha inciso sull'attuale regime in due modi: da un lato il legislatore ha previsto un autonomo regime di disciplina per ciò che attiene gli appalti aventi ad oggetto le opere pubbliche "strategiche" attraverso la legge n. 443/2001 e il relativo Decreto Delegato n. 190 del 20.08.2002; d'altro lato – per l'ennesima volta²⁵ – è stata modificata la legge 11 febbraio 1994, n. 109, "legge quadro" in materia di lavori pubblici, con la legge 3.8.2002, n. 166 nota come "collegato infrastrutture". In sostanza gli interventi di "ristrutturazione" normativa testè menzionati hanno delineato un regime normativo relativo agli appalti pubblici di lavori dicotomico, con l'istituzione di discipline sostanzialmente distinte che trovano il proprio *discrimen* nel concetto, a dire il vero alquanto generico, della natura "strategica" dell'intervento da realizzare.

Per quanto concerne le modifiche al regime "ordinario", la legge n. 166/2002 riverbera i propri effetti anche sugli altri atti normativi che comunque completano l'ordinamento dei lavori pubblici ed in particolare sul "regolamento generale" di cui al D.P.R. 21.12.1999, n. 554 e sul "capitolato generale" di cui al D.M. n. 145, del 2000; in tal senso depone l'art. 7, 4° comma, della citata legge n. 166 che testualmente reca: *"Nell'esercizio del potere regolamentare di cui all'articolo 3 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, il Governo provvede ad adeguare il regolamento di*

25. A tutti nota è la particolare complessità dell'*excursus* normativo che ha portato all'attuale testo della legge quadro sui lavori pubblici: la legge n. 109, dell'11.2.1994, è stata già modificata dapprima dalla legge n. 216/1995 (cd. "Merloni-bis"), quindi successivamente dalla legge n. 415/1998 (cd. "Merloni-ter").

cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, alle previsioni della presente legge, determinando in particolare i requisiti di idoneità e i criteri di remunerazione dei componenti della commissione istituita ai sensi del comma 1, lettera u), del presente articolo, e apportando altresì allo stesso le modificazioni la cui opportunità sia emersa nel corso del primo periodo di applicazione della medesima legge. Il Governo provvede altresì a modificare il regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, anche al fine di aggiornare i requisiti richiesti alle imprese, secondo regole che migliorino la qualificazione del mercato e la adeguata concorrenza". Tale norma acquista una particolare rilevanza soprattutto relativamente all'attività di progettazione, in quanto, come si avrà modo di chiarire in seguito, la legge n. 166/2002 interviene sulla disciplina ad essa connessa in maniera sostanziale²⁶ sì da rendere pressoché inevitabile la modifica anche dei citati atti regolamentari.

La complessità dell'intervento del legislatore è aggravata dalla presenza, nel *corpus* della legge n. 166/2002, di alcune norme che non hanno riferimento alcuno²⁷ alla legge n. 109/1994, nonché dalla circostanza, espressamente dichiarata, che esso si pone come intervento parziale e provvisorio, nonché urgente in quanto teso ad adattare la disciplina dei lavori pubblici alle recenti modifiche del Titolo V della parte seconda della Costituzione²⁸; sembra quindi logico attendersi nel breve un'ulteriore

26. Si pensi alle modifiche delle soglie di valore per l'affidamento degli incarichi di progettazione.

27. Art. 7, commi 2, 8, 9; art. 19, comma 2.

28. Dispone, difatti, l'art. 7, 1° comma, della legge n. 166/2002 che: "Nelle more della revisione della legge quadro sui lavori pubblici, anche allo scopo di adeguare la stessa alle modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione, alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni".

modifica della disciplina sui lavori pubblici (modifica che rappresenterebbe di fatto la “Merloni quinquies”).

Nel presente lavoro, la nostra attenzione sarà volta ad esaminare principalmente le modifiche apportate al regime ordinario di disciplina dei lavori pubblici, con particolare riferimento all'introduzione della nuova figura dei *consorzi stabili di progettazione* e dell'*appalto integrato*.

3.3. I consorzi stabili nell'ordinamento dei lavori pubblici

È quanto mai necessario, in via preliminare, porre attenzione alla figura generale dei *consorzi stabili di imprese* nell'ambito dell'attuale disciplina dei lavori pubblici, al fine di verificare se e come l'attività di progettazione possa calarsi in tale tipologia organizzativa.

In particolare la lettera g-bis), del comma, 1 dell'art. 17 della legge n. 109/94 rinvia all'art. 12 della medesima legge che disciplina espressamente²⁹ la figura dei *consorzi stabili di imprese* alla quale è, dunque, necessario fare riferimento quale forma tipica dei *consorzi di stabili di progettazione*.

Solo con l'entrata in vigore della legge 17.2.1987, n. 80 “*i consorzi di imprese sono ammessi a partecipare a gare e a trattative private per lavori pubblici o di pubblica utilità, alle medesime condizioni previste per i raggruppamenti temporanei di imprese*”³⁰; precedentemente, mancando qualsivoglia riferimento normativo, ne era preclusa la partecipazione ritenendosi insuffi-

29. Con l'art. 97 del D.P.R. n. 554, del 21.12.1999, che reca norme probabilmente destinate ad essere modificate sulla scorta della delega di cui sopra si è detto.

30. Art. 6 legge n. 80/1987.

ciente la iscrizione delle singole imprese consorziate essendo il consorzio soggetto a sé stante, distinto da queste ultime³¹.

Nelle successive evoluzioni della disciplina normativa afferente i lavori pubblici (ma anche i servizi e le forniture pubbliche), poi, la partecipazione di tali consorzi ha trovato definitivo consolidamento nell'art. 10, 1° comma, lett. c) della legge n. 109/1994³², nonché nell'art. 12 della medesima legge che ne disciplina le modalità di partecipazione.

Giova fin d'ora rilevare come la tipologia consortile prescelta dal legislatore per i consorzi di progettazione sia quella del *consorzio stabile*, figura che va distinta dalla figura del *consorzio di concorrenti*³³ di cui all'art. 2602 Codice Civile. Ciò che distingue le due figure menzionate è il regime di disciplina in quanto mentre per la prima trova applicazione l'art. 12 della legge n. 109/1994, per la seconda interviene l'art. 13 della medesima legge che si applica espressamente anche alle *associazioni temporanee di impresa*.

In sostanza il legislatore introduce due regimi differenziati a seconda che i consorziati decidano di partecipare ed eventualmente eseguire i lavori esclusivamente come il consorzio (*consorzio stabile*) ovvero decidano di costituire un raggruppamento d'impresa al solo fine di avvalersi della qualificazione posseduta dai componenti il "Gruppo" e per esegui-

31. *Ex multis*: TAR Campania, 9.6.1996, n. 311, in TAR, 1986, I, 3011.

32. Dispone l'art. 10, 1° comma, lett. c) della legge n. 109/1994 che possono partecipare alle gare di appalto: "i consorzi stabili costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprese individuali, anche artigiane, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 12 della presente legge".

33. Tanto è vero ciò che i *consorzi stabili* sono previsti dalla lett. c), mentre i *consorzi di concorrenti* - che possono anche essere formati da consorzi stabili - dalla successiva lett. d) dell'art. 10 della legge n. 109/1994.

re i lavori mediante i singoli e distinti consorziati come previsto per le associazioni temporanee di impresa.

Mentre nel primo caso il *consorzio stabile* è figura con propria autonoma qualificazione distinta da quella dei singoli consorziati che lo compongono, nel caso del *consorzio di concorrenti* e dell'associazione temporanea d'impresa esso non rappresenta altro che una *summa* delle qualificazioni delle singole imprese consorziate. Il *consorzio stabile*, dunque, si differenzia dalle associazioni temporanee di impresa e dal consorzio di concorrenti in quanto, diversamente da questi ultimi, esso è un autonomo "soggetto di qualificazione"³⁴, diretto centro di imputazione dell'attività svolta, avente un proprio patrimonio e propri organi necessari al suo funzionamento; si tratta, dunque, di un soggetto autonomo e distinto rispetto alle imprese consorziate.

Va comunque specificato che i *consorzi di concorrenti* di cui all'art. 2602 codice civile, pur accomunati dal legislatore alle associazioni temporanee di imprese per quanto concerne la qualificazione, si distinguono da queste in quanto non trovano fondamento in un rapporto di mandato, bensì in un contratto vero e proprio in forza del quale gli aderenti conferiscono agli organi del consorzio natura collettiva; "pertanto l'attività giuridica svolta dal mandatario deve ritenersi esercitata in nome e per conto sia del consorzio che dei singoli consorziati, con conseguente azionabilità, da parte di ciascuno, dei diritti che ne derivano limitatamente alla porzione di rispettiva competenza"³⁵.

La legge n. 166/2002 ha individuato nel *consorzio stabile* la forma giuridica tipica dei *consorzi di progettazione*, prevedendone l'applicazione del regime normativo tipico previsto dagli artt. 11 e 12 della legge n. 109/1994.

34. In questi termini R. Damonte, *Consorzi stabili di impresa*, in *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di F. Caringella, Milano, 2000, 506.

35. V. TAR Sicilia – Pa, I, 22.8.1994, n. 256, in TAR, 1994, I, 4705.

Ai sensi di tale ultima disposizione, i *consorzi stabili*³⁶ che possono essere costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art. 2615-ter del codice civile, sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei lavori pubblici qualora rispettivamente³⁷:

- a) siano in possesso, a norma dell'art. 11 della legge 109/94, dei requisiti di qualificazione di cui agli artt. 8 e 9 della stessa legge;
- b) siano formati da non meno di tre consorziati che abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici per un periodo di tempo non inferiore ai cinque anni,
- c) siano forniti di una comune struttura di impresa.

Giova altresì rilevare che l'art. 9, comma 22, della legge n. 415/1998 ha eliminato dal testo originario l'avverbio *esclusivamente* originariamente contemplato nel testo dell'art. 12 della legge n. 109/1994 sì da consentire il superamento di qualsiasi dubbio circa la possibilità dei singoli consorziati di operare in proprio anche nel settore dei lavori pubblici fatta eccezione, ovviamente, per la specifica gara alla quale partecipano quali membri del consorzio.

L'art. 97, del D.P.R. n. 554/1999 in attuazione del disposto di cui al 2° comma del menzionato art. 12, provvede a disciplinare le modalità ed i limiti del consorzio in questione di eseguire i lavori prevedendo espressamente *“la facoltà di far eseguire i lavori dai consorziati senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità sussidiaria e solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante”*³⁸. A sua volta l'art. 20 del D.P.R. n. 34/2000, relativamente alla qualificazione dei *consorzio stabile* prevede che esso “è

36. Nell'ambito dei quali va ricondotto il consorzio di progettazione.

37. Art. 12, 1° comma, legge n. 109/1994.

38. Dispone in particolare l'art. 97, D.P.R. n. 554/99 che: *“1. I consorzi stabili di imprese di cui all'art. 10, comma 1, lettera c), e art. 12 della legge, hanno la facoltà di*

qualificato sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. La qualificazione è acquisita, in riferimento ad una determinata categoria di opera generale o specializzata, per la classifica corrispondente all'importo pari o immediatamente inferiore alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato, è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione”.

La qualificazione dei *consorzi stabili* rinvia, inoltre, anche all'art. 11 della legge n. 109/1994 che prevede l'applicazione al caso di un criterio peculiare di ponderazione della capacità tecnico economica in quanto, da un lato dispone che i requisiti di idoneità tecnica – finanziaria debbano essere posseduti e comprovati dai medesimi *consorzi* ai sensi del D.P.C.M. n. 55/1991, salvo che per i requisiti relativi alla disponibilità delle attrezz-

segue nota 38.

far eseguire i lavori dai consorziati senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità sussidiaria e solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante.

2. I consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti.

3. Il conseguimento della qualificazione da parte del consorzio stabile non pregiudica la contemporanea qualificazione delle singole imprese consorziate, ma il documento di qualificazione di queste ultime deve riportare la segnalazione di partecipazione ad un consorzio stabile, nonché l'indicazione di tutti gli altri soggetti partecipanti.

4. Per i primi cinque anni dalla costituzione ai fini della partecipazione del consorzio alle gare i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente, posseduti dalle singole imprese consorziate, vengono sommati. Alle singole imprese consorziate si applicano le disposizioni previste per le imprese mandanti dei raggruppamenti temporanei di imprese.

5. In caso di scioglimento del consorzio stabile ai consorzati sono attribuiti pro quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio. Le quote di assegnazione devono tenere conto dell'apporto reso dai singoli consorzati nell'esecuzione dei lavori”.

zature e dei mezzi d'opera, nonché dell'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al *consorzio* ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.

3.4 I consorzi stabili di progettazione

L'art. 17, della legge 11.2.1994, n. 109 recante la disciplina relativa alla *"Effettuazione delle attività di progettazione direzione lavori e accessorie"*, ed in particolare il 1° comma di tale articolo, che provvede ad individuare i soggetti legittimati all'espletamento delle attività indicate, è stato integrato dall'art. 7, 1° comma, lett. i) della legge n. 166/2002 che, introducendo la lett. g-bis), ha espressamente annoverato fra tali soggetti anche i *"consorzi stabili di società di professionisti di cui al comma 6, lettera a), e di società di ingegneria di cui al comma 6, lettera b), anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nel settore dei servizi di ingegneria e architettura, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, e che abbiano deciso di operare in modo congiunto secondo le previsioni del comma 1 dell'articolo 12. È vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile. Ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad essa connesse, il fatturato globale in servizi di ingegneria e architettura realizzato da ciascuna società consorziata nel quinquennio o nel decennio precedente e' incrementato secondo quanto stabilito dall'articolo 12, comma 8-bis, della presente legge; ai consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria si applicano altresì le disposizioni di cui ai commi 4, 5, 6 e 7 del predetto articolo 12."*

Tale disposizione, non contemplata dal testo del Disegno di legge 2032 A.C. approvato dalla Camera dei Deputati il 13.03.2002, è stata successivamente introdotta nel testo riformulato dalla Commissione lavori

pubblici del Senato³⁹ (d.l. n. 1246) successivamente approvato da tale Assemblée il 26.06.2002 e conservato dal testo definitivo approvato dalla Camera in data 1.7.2002.

La *ratio* giustificatrice della norma menzionata, va ricercata nell'esigenza di favorire, anche relativamente al settore *lato sensu* della progettazione l'aggregazione degli operatori, aggregazione che dovrebbe determinare un miglioramento della qualità delle prestazioni, e soprattutto della capacità degli stessi di competere sul mercato nazionale estero.

Alla base dell'ammissione agli incarichi di progettazione dei consorzi di società di professionisti e/o società di ingegneria vi è dunque l'esigenza di favorire una loro maggiore competitività sul mercato, in particolare europeo e internazionale, competitività che viene garantita dalla maggiore capacità tecnica del soggetto consortile rispetto a quello singolo.

La regolamentazione dei *consorzi stabili di progettazione* fa, come visto, pressoché totale riferimento a quella afferente i *consorzi stabili* di cui all'art. 12 della legge n. 109/1994 tanto è vero che tale norma non solo viene espressamente richiamata dalla lettera g-bis) del comma 1 dell'art. 17, ma ne viene integralmente riprodotto il contenuto; sicché requisiti fondamentali dei *consorzi stabili di progettazione* sono:

39. In particolare veniva introdotto un primo emendamento (7.344 del 18.4.2002 -Grillo) che però contemplava le sole società di ingegneria fra le società consorziate; tale emendamento è stato successivamente modificato dal successivo emendamento 7.2014 (Cicolani) che testualmente disponeva: "*Al comma 1, lettera i), numero 1), capoverso g-bis) sostituire le parole: "di società di ingegneria di cui al comma 6, lettera b)" con le seguenti: "di società di professionisti di cui al comma 6, lettera a) e di società di ingegneria di cui al comma 6, lettera b), anche in forma mista"; all'ultimo periodo sostituire le parole: "di società di ingegneria" con le seguenti: "di società di professionisti e di società di ingegneria".*

1. la specificità dei consorziati che devono necessariamente essere società fra professionisti ovvero società di ingegneria fermo restando che il consorzio può anche essere “misto”;
2. il numero minimo dei soggetti consorziati non inferiore a tre che abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore della progettazione dei lavori pubblici per un periodo di tempo non inferiore ai cinque anni;
3. siano forniti di una comune struttura di impresa.

Resterebbe incerta, ad una prima lettura, la portata dell'inciso “*per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni*” contemplata dalla norma in esame; in particolare è necessario individuare se esso vada riferito alla durata del consorzio stabile ovvero al tempo, anteriore alla costituzione del consorzio, che le società consorziate hanno operato nell'espletamento dei servizi di ingegneria, nel senso che queste devono avere operato in tale ultimo settore per almeno cinque anni.

Considerato che la norma di cui all'art. 12, 1° comma, legge n. 109/1994 è stata integralmente richiamata dall'art. 17, lett. *g-bis*) della medesima legge, è preferibile ritenere che in tale richiamo sia ricompresa anche la durata minima del consorzio (pari a cinque anni) e che, pertanto, l'ulteriore richiamo a tale arco temporale vada riferito all'esperienza minima che le società consorziate devono avere maturato nell'espletamento dei servizi di ingegneria per poter costituire i consorzi in esame.

Per quanto concerne la disciplina sostanziale di tali *consorzi* la legge vieta la partecipazione a più di un consorzio stabile e, relativamente alla partecipazione alle gare per l'affidamento degli incarichi di progettazione e attività amministrative ad essa connesse, stabilisce il beneficio dell'incremento percentuale forfetario del fatturato globale afferente i predetti servizi realizzato da ciascun consorziato nel quinquennio o decennio precedente la pubblicazione del bando di gara. In particolare tale in-

cremento viene disciplinato dall'art. 12, comma 8-bis, legge n. 109/1994, si come introdotto dalla legge n. 166/2002 che testualmente prevede: *“Ai fini della partecipazione del consorzio stabile alle gare per l'affidamento di lavori⁴⁰, la somma delle cifre d'affari in lavori realizzate da ciascuna impresa consorziata, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, e' incrementata di una percentuale della somma stessa. Tale percentuale e' pari al 20 per cento nel primo anno; al 15 per cento nel secondo anno; al 10 per cento nel terzo anno fino al compimento del quinquennio”*.

Viene inoltre richiamata la disciplina di cui ai commi 4,5,6,7 dell'art. 12 della legge n. 109/1994. Il comma 5 prevede il già menzionato divieto di partecipazione del consorzio e dei consorziati alla medesima procedura di affidamento degli incarichi di progettazione, mentre il 4° comma prevede l'applicazione ai *consorzi stabili* in quanto compatibili, delle norme di cui al Capo II, Titolo X Libro V del codice civile⁴¹, nonché l'art. 18 della legge 19.3.1990, n. 55 e sue modifiche afferente la disciplina del subappalto. I commi 6 e 7 della medesima norma disciplinano i benefici fiscali per i consorzi stabili (imposte di registro, ipotecarie e catastali ecc.) superando la limitazione temporale del 31.12.1997 prevista per i *consorzi stabili di esecuzione di lavori* dall'8° comma dell'art. 12 nella legge 105/94, il quale, però, non viene richiamato dalla norma relativa ai *consorzi stabili di progettazione*.

40. Nel caso dei consorzi di progettazione il riferimento ai lavori deve considerarsi riferito ai servizi di progettazione.

41. Artt. 2602 – 2620 codice civile.

3.4.1. *La lacuna della titolarità della prestazione professionale*

È circostanza oramai nota che l'art. 24 della legge 7.8.1997, n. 266, abrogando l'art. 2 della legge 23.11.1939, n. 1815⁴² ha implicitamente ammesso la possibilità di esercizio delle attività libero professionali (protette e non protette) non solamente in forma societaria, bensì anche mediante istituti, uffici, agenzie ed enti per i quali comunque prima vigeva il divieto posto dalla norma di cui sopra; sotto tale profilo di ordine generale pare indiscutibile che il "superamento" normativo attuato dal menzionato art. 24 includa anche i consorzi fra i soggetti potenzialmente idonei all'esperienza delle attività di progettazione.

Il problema è però, quello di accertare e verificare la rispondenza di tale modello organizzativo ai requisiti necessari per lo svolgimento dell'attività libero professionale; solamente lì dove "il mezzo", e cioè la determinata tipologia organizzativa prescelta, "*sia legittimamente idonea al perseguimento delle finalità di cui è depositaria la disciplina normativa delle libere professioni*"⁴³, potrà infatti parlarsi di possibilità di esercizio in forma organizzativa consortile (o più in generale societaria) di quella determinata professione.

Va infatti evidenziato che l'attuale disciplina dei *consorzi stabili di progettazione* pone in essere una significativa ed assolutamente ingiustificata discriminazione fra soggetti singoli e collettivi relativamente al possesso dei titoli, nonché al regime giuridico applicabile all'esercizio dell'attività professionale con particolare riferimento alla tipologia di responsabilità gravante su tali soggetti. Come è già stato autorevolmente affer-

42. Afferente al divieto di esercizio in forma societaria delle libere professioni.

43. In questi termini C.S., II, 11.05.1998, n. 72.

mato, “il regime della responsabilità civile del professionista nei confronti del cliente o di chi comunque usufruisce del suo servizio di carattere professionale non può che vedere il professionista individuale e la società professionale in posizione di perfetta equiordinazione giuridica”⁴⁴; tale principio deve necessariamente trovare applicazione anche per i *consorzi stabili di progettazione* che, contrariamente a quanto previsto dalla 109/94-*quater*, devono poter essere formati anche dai professionisti singoli; in caso contrario tale tipologia organizzativa di svolgimento dell’attività di progettazione non potrebbe sottrarsi alle censure di illegittimità costituzionale, quanto meno sotto il profilo della responsabilità patrimoniale e nei confronti dei terzi, per violazione dell’art. 3 della Costituzione⁴⁵.

Andando più in dettaglio con l’analisi, il novellato comma *g-bis*) dell’art. 17 della legge n. 109/1994 prevede espressamente che possano espletare servizi di progettazione i *consorzi stabili* di cui all’art. 12 della medesima legge composti però *esclusivamente* da società di ingegneria e società di professionisti.

Non è questa la sede per soffermarsi sulle problematiche connesse alla controversa ammissibilità delle società di ingegneria, nonché al loro ambito oggettivo di operatività, è però opportuno ricordare che nella specificità della disciplina che pertiene alla materia dei lavori pubblici l’art. 17, 8° comma, della legge n. 109/1994 specifica come, prescindendo dalla natura giuridica del soggetto affidatario, l’incarico non possa che essere “personale”, ossia espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsa-

44. In questi termini C.S. n. 72/1998 cit.

45. L’art. 3 della Costituzione statuisce: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali (...)”.

bili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali.

A sua volta l'art. 53 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 prevede che: *“la società delega il compito di approvare e controfirmare gli elaborati tecnici inerenti alle prestazioni oggetto dell'affidamento; l'approvazione e la firma degli elaborati comportano la solidale responsabilità civile del direttore tecnico o del delegato con la società di ingegneria nei confronti della stazione appaltante”*. La disciplina specifica della società di ingegneria (ed anche delle società fra professionisti) rispetta dunque i principi della personalità della prestazione professionale e della responsabilità solidale del professionista e della società nello svolgimento dell'attività *lato sensu* di progettazione.

Diventa necessario verificare se tali “principi” – a nostro parere indefettibili ai fini della piena legittimità dell'esercizio in forma societaria di un'attività professionale – siano rispettati anche nel caso dell'attuale disciplina dei *consorzi stabili di progettazione*.

Si è già detto sopra delle caratteristiche organizzative che contraddistinguono i consorzi stabili, va però rilevato come il più volte citato art. 17, comma 1, lettera g-bis) della legge n. 109/1994 prevede, fra l'altro, che a tali consorzi si applichi anche quanto previsto dal 4° comma dell'art. 12 della medesima legge (*“Ai consorzi stabili si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui al capo II, del titolo X del Libro quinto del codice civile, nonché l'art. 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55, come modificato dall'art. 34 della presente legge”*).

Proprio in riferimento alla responsabilità del *consorzio stabile* nei confronti di terzi, l'art. 2615 del Codice Civile testualmente dispone: *“Per le obbligazioni assunte in nome del consorzio dalle persone che ne hanno la rappresentanza, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo consortile. Per le obbligazioni assunte dagli organi del consorzio per conto dei singoli consorziati rispondono questi ultimi solidalmente col fondo consortile. In caso*

d'insolvenza nei rapporti tra i consorziati il debito dell'insolvente si ripartisce tra tutti in proporzione della quota".

La forma di responsabilità prevista per i *consorzi stabili di progettazione*, è dunque chiaramente differente da quella prevista per i soggetti societari nell'esercizio dell'attività libero professionale e per gli stessi singoli professionisti; per i *consorzi stabili di progettazione* viene espressamente derogata, e pertanto non è applicabile dall'art. 12, 2° comma, della legge n. 109/1994 e dall'art. 97, 1° comma, del D.P.R. n. 554/1999 che espressamente statuiscono la responsabilità solidale, ancorché sussidiaria, del consorzio nei confronti della stazione appaltante-committente.

Se, dunque, relativamente al profilo della responsabilità dell'ente associativo, l'adozione della struttura consortile per l'assunzione dell'incarico di progettazione è pienamente compatibile con i principi di cui sopra, alcune perplessità solleva, invece, l'intervento dei consorzi stabili in materia di progettazione sotto il profilo della personalità della predetta prestazione professionale. In particolare sia la norma di legge⁴⁶, che quella regolamentare⁴⁷, prevedono la "*facoltà di fare eseguire i lavori da consorziati senza che ciò costituisca subappalto*". Applicando tale previsione normativa all'esercizio dell'attività professionale della progettazione si rilevano immediatamente due ordini di problematiche: da un lato non viene in alcun modo garantita la personalità della prestazione professionale, dall'altro non vengono definiti gli elementi organizzativi "minimi" che il consorzio stabile deve possedere al fine di garantire l'esercizio personale dell'attività di progettazione.

Con riferimento a quest'ultimo profilo è appena il caso di rilevare che il *consorzio stabile* è entità chiaramente distinta dai singoli soggetti che

46. Art. 12, 2° comma, legge n. 109/1994.

47. Art. 97, 1° comma, D.P.R. n. 554/1999.

lo compongono e, dunque, nel caso specifico, dalle società di professionisti e di ingegneria. Di conseguenza definire, per queste ultime, una struttura organizzativa in grado di soddisfare le condizioni necessarie per l'esercizio in forma societaria dell'attività di progettazione, non equivale automaticamente a dotare il distinto soggetto consortile di una struttura equivalente; questo tanto più ove si venga a considerare che il *consorzio stabile* è struttura organizzativa prevista, almeno inizialmente dal legislatore della legge 109/04, per la sola esecuzione di lavori pubblici e non per l'attività di progettazione dei medesimi.

La circostanza che la disciplina dei lavori pubblici preveda espressamente che nel caso di società di ingegneria e di professionisti sia comunque il singolo professionista che reca in esecuzione la prestazione professionale non trova automatica estensione anche ai *consorzi stabili* che da tali società sono formate in quanto questi ultimi sono soggetti autonomi e distinti dalle società che li compongono. Il riferimento, recato dalla norma di cui all'art. 12, ad "*una comune struttura di impresa*" della quale i consorzi stabili devono essere forniti al fine di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici, è infatti del tutto inadeguato ed insufficiente a soddisfare la condizione della personalità dell'esecuzione richiesta, come visto, per una prestazione professionale avente, nel caso specifico, ad oggetto l'attività di progettazione.

Per i nuovi soggetti consortili il legislatore omette quindi di individuare l'obbligo di disporre di una struttura operativa adeguata alle esigenze sottese all'espletamento dell'attività di progettazione; è peraltro evidente come tale carenza sia di ostacolo ad una immediata e piena operatività dei consorzi di progettazione e non possa che esser sopperita da un dettagliato nuovo intervento del legislatore.

Questo *vulnus* nella disciplina dei *consorzi stabili di progettazione* non sembra poter essere sanato dalla circostanza in cui il quadro normativo

attuale obbliga ad individuare al proprio interno una professionalità specifica – persona fisica individuale – preposta all’espletamento concreto dell’attività di progettazione. Va infatti ribadito che il *consorzio* è persona distinta rispetto alle società che lo compongono, sembra ovvio ritenere che anche quest’ultimo debba possedere, all’interno di una propria specifica organizzazione, specifiche professionalità – persone fisiche individuali – preposte all’espletamento concreto dell’attività di progettazione; e tali persone fisiche individuali in possesso di adeguata professionalità non possano essere individuate nelle società di ingegneria o di professionisti che compongono il consorzio in quanto queste ultime non hanno – come più volte rilevato – una soggettività tale da soddisfare il requisito della personalità della prestazione progettuale. Tali professionalità potranno essere individuate all’interno di una struttura comune e specifica del consorzio, della quale però il legislatore ha ommesso di disciplinare le caratteristiche anche in termini generalissimi.

La disciplina dei *consorzi stabili di progettazione* è dunque non soltanto deficitaria negli aspetti sopra delineati, ma si rivela anche inopportuna in quanto complica l’esercizio dell’attività di progettazione nell’ambito dei lavori pubblici, attraverso una sovrapposizione di più strutture organizzative che dovendo, comunque, avere quale terminale operativo ultimo il professionista individuale (a cui deve spettare materialmente l’espletamento le attività di progettazione assegnate), nulla migliorano sotto il profilo dell’efficienza e dell’economicità dell’esercizio dell’attività professionale incidendo esclusivamente sotto il profilo dei requisiti di qualificazione.

Questa sembrava essere la vera preoccupazione che ha mosso il legislatore alla introduzione dei *consorzi stabili di progettazione*, ossia quella di consentire una sinergia, per altro esclusivamente fra soggetti già operanti in forma societaria, al fine di incrementare i requisiti di qualificazione

e, conseguentemente, la competitività delle nuove strutture nelle procedure di acquisizione degli appalti pubblici. Sembra essere sfuggito che l'espletamento di un'attività intellettuale, quale è appunto la progettazione, è cosa ben diversa dalla realizzazione dei lavori pubblici progettati; se in quest'ultimo caso la sommatoria dei requisiti di qualificazione delle imprese associate in una struttura consortile di fatto palesa una maggior capacità tecnica di quest'ultima all'espletamento dell'incarico attribuito, nel caso degli incarichi *lato sensu* di progettazione tale sommatoria, premiata dal legislatore automaticamente con una maggiorazione dei requisiti di qualificazione, non comporta alcun miglioramento delle capacità di progettare essendo in ogni caso il singolo professionista, persona fisica individuale, preposto all'espletamento di tale attività.

Nel caso dei *consorzi stabili di progettazione*, così come nel caso delle società di ingegneria, si potrà registrare dunque un miglioramento formale, quale è quello dei requisiti di qualificazione per partecipare ad una gara di appalto, ma non su quello sostanziale della capacità progettuale del soggetto. Con ciò non si vuole negare l'importanza dell'associazionismo (adeguatamente disciplinato dal legislatore⁴⁸) sotto il profilo della partecipazione dei professionisti all'aggiudicazione degli incarichi di progettazione; si contesta però l'opportunità della introduzione di una ulteriore struttura associativa (i *consorzi stabili di progettazione*) che potrà contare su benefici premiali in termini di qualificazione – che nulla aggiunge (in termini di miglioramento delle capacità progettuali) rispetto alle già esistenti (e meglio regolate) società di ingegneria e società tra professionisti.

48. Art. 17,1° comma lett. d) e g), della legge n. 109/1994.

3.4.2. *L'immotivata esclusione dei professionisti singoli e associati*

Particolarmente penalizzata dall'introduzione dei *consorzi stabili di progettazione* è la posizione dei liberi professionisti per i quali è prevista la possibilità di costituire un raggruppamento⁴⁹, nonché di partecipare ad una società di professionisti ovvero ad una società di ingegneria, ma sono del tutto esclusi dalla possibilità di partecipare al nuovo soggetto associato. Difatti, il novellato art. 17, 1° comma, lett. g-bis) legge n. 109/1994, nel prevedere l'istituzione dei *consorzi stabili di progettazione*, esclude i liberi professionisti singoli e/o associati fra i soggetti ammessi a parteciparvi, individuando questi ultimi esclusivamente nelle società di professionisti e/o di ingegneria. Tale norma pone una illegittima ed immotivata differenziazione fra i soggetti preposti all'espletamento delle attività di progettazione che non trova, alcun fondamento nel vigente quadro normativo relativo alla materia dei lavori pubblici, sia esso nazionale o comunitario.

In via generale e preliminare si deve precisare che la normativa civilistica non pone alcuna preclusione alla partecipazione dei liberi professionisti ai *consorzi*.

In particolare per quanto un consorzio stabile sia, un soggetto autonomo e distinto rispetto ai consorziati e comunque diverso, dunque, dai consorzi previsti dal Codice Civile, esso è comunque soggetto alle norme di cui al Capo II, Titolo X, Libro V del Codice Civile "in quanto compatibili"⁵⁰. L'art. 2602 Codice Civile prevede che con il contratto di consorzio "più imprenditori istituiscono una organizzazione comune per la disciplina o

49. C.S., V, sent. 27.12.2001, n. 6393.

50. Art. 17, 4° comma, legge n. 109/1994.

per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese"; dunque è ragionevole ritenere che "cellula fondamentale" di ciascuna organizzazione di tipo consortile avente ad oggetto il coordinamento della produzione e degli scambi sia proprio l'imprenditore. Sulla scorta di un consolidato orientamento della Corte di Giustizia della Ue⁵¹, quantomeno ai fini della tutela degli interessi economici, anche il libero professionista va inquadrato come "imprenditore" e la relativa attività professionale quale "attività di impresa". La Corte peraltro precisa che la disciplina normativa afferente l'esercizio delle attività professionali, pur avendo una indiscutibile connotazione economica, presenta peculiarità che precludono un assoggettamento *tout cour* alla disciplina normativa delle attività imprenditoriali.

Ciò che però nel caso di specie interessa e che, come meglio specificato dal Consiglio di Stato⁵², gli esercenti le professioni intellettuali sono da considerare imprese ai fini specifici della tutela della libera concorrenza, in quanto la loro attività consiste nell'offerta sul mercato di prestazioni suscettibili di valutazione economica e di acquisto delle stesse dietro corrispettivo. Ferme restando le peculiarità del caso specifico, in via generale dunque non sussistono preclusioni, quanto meno sotto il profilo soggettivo, alla partecipazione a consorzi – anche di progettazione – dei liberi professionisti; né tali preclusioni potranno mai risiedere sotto il profilo oggettivo dei requisiti che i componenti del consorzio devono possedere ovvero delle particolarità delle strutture organizzative. Relativamente al primo profilo si è già detto che anche i consorzi di progettazione – così

51. V. da ultimo Corte di Giustizia ce, 19.2.2002, C 35/99 (*Arduino*); *id.* 19.02.2002 C 309/99 (*j.c.j. Wouters e altri c. Algemene Raad Van de Nederlandse Orde Van Advocaten*).

52. C.S., sent. 1.10.2001, n. 5193 in *Consiglio di Stato*, I, 2242.

come le altre strutture associative – devono avere quale loro terminale ultimo per l'espletamento dell'attività di progettazione un libero professionista individuale, per quanto concerne il secondo profilo è già stato rilevato che il legislatore si limita a statuire che i consorzi di progettazione debbano avere *“una comune struttura di impresa”*.

Né, ancora, le preclusioni afferenti la partecipazione dei liberi professionisti ai consorzi di progettazione trovano suggello nella normativa specifica afferente i lavori pubblici se non limitatamente alla contestata previsione di cui alla lett. g-bis) dell'art. 17 che, come visto prevede che i consorzi di progettazione possano essere composti esclusivamente da società di ingegneria e di professionisti.

Oltre che priva di supporti normativi tale previsione è anche irragionevole perché si pone palesemente in contraddizione con la *ratio* che supporta la previsione normativa che la contiene in quanto, se obiettivo del legislatore è quello di incrementare le potenzialità e le capacità dei soggetti che partecipano all'aggiudicazione di un servizio di progettazione, l'esclusione dei professionisti singoli e associati raggiunge l'obiettivo inverso. Proprio questi ultimi rappresentano la quota più numerosa di soggetti che partecipano al mercato *“pubblico”* dei servizi di progettazione, e proprio essi lamentano le maggiori carenze sotto il profilo della dimensione organizzativa e della molteplicità delle competenze. Una loro esclusione dalla compagine dei *consorzi* di fatto contribuisce immotivatamente ad una ulteriore perdita di competitività rispetto ai soggetti societari che sono gli unici a poter accedere ai meccanismi premiali stabiliti per le strutture consorziate.

Va altresì rilevato come la preclusione in esame si riveli altresì lesiva della sfera giuridica degli interessi che pertengono al libero professionista delineando un sistema la cui legittimità va posta in discussione sia sotto il profilo costituzionale che comunitario. Il legislatore ha infatti pre-

visto⁵³ che: *“Ai fini della partecipazione alle gare per l’affidamento di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad essa connesse, il fatturato globale in servizi di ingegneria e architettura realizzato da ciascuna società consorziata nel quinquennio o nel decennio precedente è incrementato secondo quanto stabilito dall’art. 12, comma 8-bis, della presente legge”*. A sua volta quest’ultima norma dispone: *“Ai fini della partecipazione del consorzio stabile alle gare per l’affidamento di lavori, la somma delle cifre d’affari in lavori realizzate da ciascuna impresa consorziata, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, è incrementata di una percentuale della somma stessa. Tale percentuale è pari al 20 per cento nel primo anno; al 15 per cento nel secondo anno; al 10 per cento nel terzo anno fino al compimento del quinquennio^{54”}*.

Il combinato normativo in esame da un lato preclude al libero professionista, singolo o associato, la partecipazione a *consorzi stabili di progettazione*, e successivamente dispone, per questi ultimi, un automatico incremento della percentuale di lavori utile ai fini della qualificazione.

Non può non essere rilevata la palese disuguaglianza, in danno del libero professionista singolo o associato, perpetrata da siffatte disposizioni che prevedono un meccanismo premiale in favore di soggetti societari associativi immotivatamente limitando, fino al punto da esclu-

53. Art. 17, 1° comma, lett. g-bis della legge n. 109/1994.

54. Del tutto irrilevante ai fini della questione che in questa sede interessa è la disposizione normativa recata dall’art. 20 del D.P.R. 25.01.2000, n. 34 che dispone: *“Il consorzio stabile è qualificato sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. La qualificazione è acquisita, in riferimento ad una determinata categoria di opera generale o specializzata, per la classifica corrispondente all’importo pari o immediatamente inferiore alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato, è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione”*.

derla, la capacità dei professionisti “individuali” di parteciparvi. Sotto tale profilo traspare la illegittimità costituzionale delle medesime norme per violazione del principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost. il cui 2° comma, testualmente dispone: “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

La norma in questione lede il principio della parità di condizioni tra i possibili concorrenti e della stessa uguaglianza di trattamento fra posizioni potenzialmente simili in quanto le società di ingegneria e quelle di professionisti che partecipano ai consorzi sono beneficiarie della agevolazione dell’incremento della somma delle cifre d’affari a loro volta rilevanti ai fini della qualificazione per la partecipazione alle gare di appalto; beneficio premiale dal quale sono esclusi i liberi professionisti in quanto impossibilitati a partecipare ai predetti *consorzi di progettazione*.

In sintesi, premessa la posizione di sostanziale parità fra società e professionisti e constatata l’assenza di qualsivoglia razionale giustificazione della previsione preclusiva della partecipazione ai consorzi stabili per questi ultimi, la norma si carica di una valenza fortemente discriminatoria in quanto attribuisce a soggetti posti nelle medesime condizioni facoltà e capacità differenti relativamente ad un medesimo ambito di intervento (la gara di aggiudicazione del servizio pubblico).

Le argomentazioni testé menzionate trovano indirettamente sostegno in una recente pronuncia della Corte Costituzionale⁵⁵ la quale ha negato l’illegittimità costituzionale di un regime differenziato di trattamento nei confronti di soggetti che versino in situazioni analoghe solamente

55. V. Corte Costituzionale, 31.07.2002, n. 413.

lì dove tale regime sia transitorio; in questo caso, dispone la Corte, “è tutt’altro che manifestamente irragionevole che il regime transitorio sia determinato dal legislatore, nell’esercizio della sua discrezionalità” ove tale intervento sia supportato da adeguate motivazioni. Ciò induce a ritenere che lì dove, come avviene nel caso dei *consorzi stabili di progettazione*, il regime normativo che introduce irragionevoli disparità di trattamento non sia transitorio, esso dovrà ritenersi illegittimo.

3.4.3. *L’incompatibilità con il principio della libera concorrenza*

Non può, inoltre, negarsi la evidente contrapposizione delle norme in esame con i principi che sorreggono l’ordinamento comunitario ed in particolare quelli della libera concorrenza, e della libera prestazione di servizi.

La tutela della libera concorrenza nell’ambito del diritto comunitario persegue l’obiettivo di consentire alle imprese di competere a parità di condizioni sui mercati di tutti gli Stati membri, nonché quello di tutelare gli interessi dei consumatori facendo in modo che possano procurarsi beni e servizi a condizioni ottimali. In particolare, per quanto di nostro interesse, la politica europea in materia è diretta, fra l’altro, ad impedire che i Governi degli Stati membri falsino le regole del mercato comune attuando discriminazioni a favore di imprese pubbliche o erogando aiuti ad imprese private. Con riferimento a quest’ultimo aspetto l’art. 87 (ex articolo 92) del Trattato CE dichiara incompatibili con il mercato comune “nella misura in cui incidano sugli scambi fra gli Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza”. Sia la Commissione che la Corte di giustizia europea hanno dato una

interpretazione molto ampia del concetto di “aiuto” ancorando tale estensione al fatto che il Trattato fa esplicito riferimento agli aiuti “concessi sotto qualsiasi forma”; e nell’ottica di tale visione estensiva il divieto viene quindi esteso a moltissime forme di agevolazione, dirette ed indirette, indipendentemente dalla tipologia e quindi non solo le prestazioni positive, ma anche qualsiasi altra misura intesa ad agevolare, sotto il profilo economico-finanziario, una impresa.

Questione primaria è quella di verificare se la normativa afferente i *consorzi stabili di progettazione* ponga in essere un sistema di incentivazione che contrasti con il citato art. 87 del Trattato CE; sotto tale aspetto si ritiene che la risposta non possa che essere affermativa.

È stato, difatti, già rilevato come l’art. 17, 1° comma, lett. g-bis) della legge n. 109/1994 dispone espressamente che il “*fatturato globale in servizi di ingegneria e architettura realizzato da ciascuna società consorziata nel quinquennio o decennio precedente è incrementati secondo quanto stabilito dall’art. 12 comma 8-bis*” della legge n. 109/1994, e che ai sensi del citato comma 8-bis “*Ai fini della partecipazione del consorzio stabile alle gare per l’affidamento dei lavori, la somma delle cifre d’affari in lavoro realizzate da ciascuna impresa consorziata, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, è incrementata di una percentuale della somma stessa*”.

La semplice lettura delle disposizioni menzionate esemplifica come la partecipazione ad un *consorzio stabile di progettazione* rechi il “vantaggio” di un incremento della “cifra di affari” in servizi di ingegneria e architettura che indiscutibilmente rappresenta un “aiuto” (contrastante dunque con quanto previsto dall’art. 87 del trattato CE) – diremmo diretto – in favore delle società consorziate. La circostanza, poi, che tale incremento riguardi la sola partecipazione alle gare di affidamento dei servizi di ingegneria non incide certamente in senso negativo sulla configurazione quale “aiuto” del predetto incremento di fatturato, in quanto, come

è noto, l'affidamento di un appalto è comunque attività soggetta alle regole della concorrenza.

In secondo luogo è necessario verificare se l'incremento di fatturato concesso alle imprese riunite nei *consorzi stabili di progettazione* sia distorsivo della concorrenza ed in tal senso giova ricordare quanto previsto dal Trattato CE che definisce incompatibili con il mercato comune quegli "aiuti" che non solo falsino ma anche che "minaccino di falsare la concorrenza". Ora, premesso che le sole società di ingegneria e società di professionisti hanno la possibilità di partecipare ai *consorzi stabili di progettazione* e che solo a questi ultimi è concesso il beneficio di un consistente incremento del fatturato ai fini della qualificazione per gli appalti, ne consegue che solamente tali società potranno usufruire di tale beneficio, restandone invece esclusi i liberi professionisti (singoli o associati) che, a questo fine, vanno considerati comunque "imprese".

Il vantaggio riservato alle società (di ingegneria o di professionisti) unite nei consorzi è chiaramente selettivo e favorisce soltanto talune imprese operanti nel mercato dei servizi intellettuali a discapito di altre (i professionisti singoli e associati) non soltanto italiane, bensì anche appartenenti agli altri Stati membri. A questo proposito si deve rilevare dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia europea risulta che, allorché un aiuto concesso dallo Stato rafforza la posizione di un'impresa nei confronti di altre imprese concorrenti negli scambi intracomunitari, questi ultimi sono da considerarsi influenzati dall'aiuto. Infatti, quando uno Stato membro concede un aiuto ad un'impresa, la produzione interna può risultarne invariata o aumentare⁵⁶, con la conseguenza che le pos-

56. Nel caso specifico di nostro interesse si può fare chiaramente riferimento all'aumentata capacità partecipativa alle gara di appalto aventi ad oggetto l'aggiudicazione di servizi di ingegneria e, pertanto, a maggiori *chances* nell'aggiudicazione degli stessi.

sibilità delle imprese con sede in altri Stati membri di esportare i loro servizi in esso ne sono diminuite⁵⁷.

Parimenti, quando uno Stato membro concede aiuti a “imprese” che operano nei settori dei servizi e della distribuzione, non è necessario che le imprese beneficiarie esercitino le loro attività al di fuori dei confini dello Stato membro affinché gli aiuti influenzino gli scambi comunitari; così come la relativa esiguità dell’ “aiuto” connesso o la dimensione modesta dell’impresa beneficiaria non escludono a priori l’eventualità che gli scambi tra Stati membri ne siano influenzati⁵⁸.

Per concludere sul punto va rilevato che alcun dubbio potrà mai sollevarsi circa la riconducibilità alla nozione di “aiuto” distorsivo della concorrenza di quei benefici fiscali previsti dai commi 6 e 7 dell’art. 12 della legge n. 109/1994 che l’art. 17, 1° comma, lett. g-bis) della medesima legge estende espressamente anche ai *consorzi stabili di progettazione*.

3.4.4. *L’incompatibilità con i principi della libertà di prestazione e di stabilimento*

Il quadro normativo afferente i *consorzi stabili di progettazione* stride con l’ordinamento comunitario anche sotto il profilo della tutela della libera prestazione dei servizi.

In particolare l’art. 49 del Trattato CE⁵⁹ (ex art. 59) dispone che: “... e restrizioni alla libera prestazione dei servizi, all’interno della comunità sono vie-

57. Corte di Giustizia sentenze 14 settembre 1994, cause riunite da C-278/92 a C-280/92, Spagna/Commissione, Racc. pag. I-4103, punto 40.

58. Sentenza Spagna/Commissione, già citata, punto 42.

59. La numerazione è quella successiva al Trattato di Amsterdam del 1997

tate nei confronti dei cittadini degli stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello destinatario della prestazione”.

Il successivo art. 50 del medesimo Trattato dispone che per servizi vanno considerate *“le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone”*, espressamente indicando, poi, fra questi ultimi, le attività proprie delle libere professioni.

Con l’espressione *libera prestazione di servizi*, il Trattato si riferisce alla possibilità per *“l’impresa”* di prestare la propria opera in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza, senza però stabilirsi in esso (quest’ultima eventualità attiene il principio della *libertà di stabilimento* che è differente anche se correlata alla *libertà di prestazione*). Nell’ottica di un’interpretazione estensiva del principio della *libertà di prestazione* è stato rilevato come esso comporti non solamente la necessaria eliminazione di ogni discriminazione apportata a causa della nazionalità *“bensì anche la più generale soppressione degli ostacoli che possono comunque proibire o rendere altrimenti difficile l’attività del prestatore di servizi in altro Stato membro”*⁶⁰.

È indiscutibile che la norma di cui alla lett. g -bis) dell’art. 17 della legge n. 109/1994 concreta, per il professionista singolo e associato di un altro Stato membro, un *“limite”* alla libera prestazioni dei servizi – quale è quello del divieto alla partecipazione al *consorzio stabile di progettazione* – che, non solo non trova alcun supporto nel quadro normativo comunitario, ma si palesa maggiormente penalizzante, in quanto sono solo tali consorzi a beneficiare di un *“premio”* in fase di qualificazione.

Occorre ricordare, altresì, che l’art. 43 CE impone l’abolizione delle restrizioni alla *libertà di stabilimento* e che devono essere considerate come

60. In questi termini C.S., V, sent. 30.01.2002, n. 505.

tali tutte le misure che vietano, ostacolano o scoraggiano l'esercizio di tale libertà⁶¹; il quadro normativo relativo ai *consorzi stabili di progettazione*, lì dove ne limita la composizione alle sole società di ingegneria e di professionisti, costituisce di fatto per l'operatore economico (libero professionista individuale o associato) appartenente ad uno Stato membro diverso da quello italiano un ostacolo allo stabilimento nel nostro Paese attraverso una tipologia organizzativa consortile. Una giurisprudenza costante statuisce che, quando dette misure si applicano a persone o imprese che esercitano un'attività nel territorio dello Stato membro ospitante, esse sono giustificabili qualora rispondano a motivi imperativi di interesse pubblico, purché siano idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vadano oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo⁶².

Nel caso della norma in questione, però, nel silenzio del legislatore, unica *ratio* rinvenibile a supporto della stessa è esclusivamente quella di favorire l'implementazione di sinergie fra i soggetti consorziati al fine di accrescerne la competitività; tale *ratio* sembra del tutto insufficiente a palesare un interesse generale in grado di giustificare la limitazione del principio comunitario di libertà di stabilimento e libertà di prestazione.

61. V. in particolare Corte di Giustizia Ce, Sentenza 15 gennaio 2002, causa C-439/99, Commissione/Italia, Racc. pag. I-305, punto 22.

62. V. Corte di Giustizia sentenze 31 marzo 1993, causa C-19/92, Kraus, Racc. pag. I-1663, punto 32; Gebhard, già citata, punto 37; 9 marzo 1999, causa C-212/97, Centros, Racc. pag. I-1459, punto 34; 4 luglio 2000, causa C-424/97, Haim, Racc. pag. I-5123, punto 57.

3.5. L'applicazione distorta dell'appalto integrato

Un altro aspetto critico che contraddistingue la legge n. 166, dell'1.8.2002, è quello relativo al superamento dei limiti posti dall'art. 19, 1° comma, lettera b) legge n. 109/94 in materia di esperimento dell'*appalto integrato*.

La precedente formulazione dell'art. 19, 1° comma, lettera b) della legge n. 109/94 prevedeva testualmente che l'appalto potesse avere ad oggetto anche: *“la progettazione esecutiva di cui all'articolo 16, comma 5, e l'esecuzione dei lavori pubblici di cui all'articolo 2, comma 1, qualora:*

- 1) riguardino lavori la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 50 per cento sul valore dell'opera;
- 2) riguardino lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici”.

L'appalto “integrato” poteva quindi avere ad oggetto non solo l'esecuzione dei lavori, bensì anche la redazione della progettazione esecutiva, solamente nei casi in cui la componente impiantistica e tecnologica avesse una incidenza sui lavori superiore al 50% del valore dell'opera ovvero qualora tali lavori riguardassero la manutenzione, il restauro e gli scavi archeologici. In questi casi la gara viene indetta sulla base del progetto definitivo e non esecutivo come richiederebbe la regola generale⁶³.

Con l'introduzione dell'appalto “integrato” il legislatore aveva inteso configurare un sistema di realizzazione dei lavori pubblici avente un ambito oggettivo peculiare (opere di particolare complessità esecutiva) contraddistinto dall'unione in capo ad un solo soggetto, sia dell'attività di progettazione che di mera esecuzione. Esso configurava, evidentemente,

63. Nelle modifiche apportate dalla legge n. 166/2002 è previsto che qualora l'appalto abbia ad oggetto beni culturali, l'appaltatore sarà chiamato anche alla progettazione definitiva e non solamente a quella esecutiva.

una deroga a quello che è uno dei principi cardine della disciplina generale sui lavori pubblici: la separazione fra le attività di progettazione e quelle di esecuzione.

La separazione fra progettazione ed esecuzione risponde innanzitutto ad una sostanziale differenza fra le due attività delle quali, l'una (progettazione) è prettamente intellettuale e l'altra (esecuzione) attività materiale diretta alla concreta realizzazione dell'opera. Si tratta, di due profili di intervento che, seppur correlati, sono fra di loro nettamente distinti, e se può apparire logico subordinare l'esecuzione alla progettazione, non è – generalmente mai – logico fare il contrario. La progettazione è, infatti, la base indefettibile alla quale relazionarsi al fine di garantire la "qualità" di un'opera; se essa dovesse piegarsi alle esigenze connesse alla materiale esecuzione dell'opera (cosa che facilmente potrebbe verificarsi ove l'espletamento delle due attività fosse affidato ad un unico soggetto) sarebbe proprio la qualità ad essere sacrificata sull'altare degli interessi particolari dell'impresa costruttrice.

Tale principio, e preoccupazione, è stato assunto come proprio dal legislatore della "Merloni" che ha statuito, in via generale la separazione fra progettazione ed esecuzione e, conseguentemente fra progettista ed appaltatore. Nel quadro così disegnato l'appalto integrato si configura come istituto eccezionale

Non si può non riscontrare, dunque, l'evidente irragionevolezza delle modifiche apportate dalla novella legislativa di cui alla legge n. 166/2002. In particolare l'art. 7, comma 1, lettera l) della predetta legge riformula l'art. 19, 1° comma, lettera b) della legge n. 109/1994 prevedendo che gli appalti potranno avere ad oggetto: *"la progettazione esecutiva di cui all'articolo 16, comma 5, e l'esecuzione dei lavori pubblici di cui all'articolo 2, comma 1, qualora:*

1. riguardino lavori d'importo inferiore a 200.000 euro;

2. riguardino lavori la cui componente impiantistica e tecnologica incida per più del 60% del valore dell'opera;
3. riguardino lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici;
4. riguardino lavori d'importo pari o superiore ai 10 milioni di euro."

Le modifiche apportate sono assai rilevanti in quanto esse estendono notevolmente l'ambito generale di operatività dell'istituto dell'*appalto integrato*, liberalizzandolo di fatto seppur nei limiti di importo – massimo e minimo – rispettivamente di 10 milioni e di 200.000 euro. La limitazione introdotta ha però una incidenza ridotta, e consente di utilizzare le procedure dell'*appalto integrato* in una grossa "fetta" del mercato dei lavori pubblici, probabilmente la più consistente.

Il nuovo comma 1-ter dell'art. 19 prevede, inoltre, che l'appaltatore che partecipa all'aggiudicazione di un appalto integrato debba comunque avvalersi di un progettista qualificato alla realizzazione di un progetto esecutivo individuato in sede di offerta o eventualmente, di associarlo successivamente ovvero, ancora, possedere lui stesso i requisiti progettuali previsti dal bando.

Le spese della progettazione vanno indicate nel bando di gara, separatamente dalle altre e ricomprese nell'importo complessivo a base di gara; esse non sono soggette a ribasso d'asta⁶⁴.

La regola, tipica dell'appalto integrato, che vuole l'affidamento della progettazione esecutiva all'appaltatore subisce un temperamento nel caso di opere di particolare pregio architettonico, per le quali il *responsabile del procedimento* procede in contraddittorio con il progettista qualificato alla realizzazione del progetto esecutivo, a verificare la conformità

64. Si noti come la norma in esame faccia esplicito riferimento alle "spese" e non agli "onorari" della progettazione.

di quest'ultimo con il progetto definitivo di spettanza della stazione appaltante al fine di accertare l'unità progettuale. A tale contraddittorio partecipa anche il progettista titolare dell'affidamento del progetto definitivo e viene espressamente richiamato l'art. 47 del D.P.R. n. 554/1999 relativo al procedimento di verifica della progettazione esecutiva ai precedenti livelli di progettazione.

Non ci si può esimere dal rilevare come la "liberalizzazione" dell'appalto integrato, contrasti con la distinzione, concettuale e sostanziale, fra i "servizi intellettuali" e quelli "esecutivi" fatta oramai propria – come fra breve si avrà modo di specificare – anche dalle istituzioni europee.

Inoltre va evidenziato che la generale applicabilità di un tale istituto, nato "speciale", si pone in contraddizione con la filosofia della legge n. 109/94 che è supportata dal principio della separazione fra progettazione ed esecuzione.

A questo proposito va ribadito che l'art. 7 della legge n. 166/2002 introduce parziali modifiche alla legge n. 109 che rimane a tutti gli effetti in vigore nel proprio collaudato impianto originario ivi compreso, ovviamente, il principio di separazione fra progettazione ed esecuzione. Dispone, difatti, in proposito l'art. 17, 9° comma, della legge n. 109/1994, integrato dall'art. 6 della legge n. 415/1998 e non modificato dalla novella del 2002, che *"gli affidatari di incarichi di progettazione non possono 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."*

Il limite in esame, fra l'altro, grava non solamente in via diretta sui progettisti, bensì anche sui soggetti controllati da quest'ultimi; in proposito il medesimo art. 17, 9° comma, inequivocabilmente dispone: *"ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi"*

di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile". La norma in esame, con una rigidità non priva di significato, precisa ulteriormente che: "I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti".

Il legislatore dovrebbe spiegare come sia possibile – senza essere tacciato di incoerenza ed illogicità – armonizzare un provvedimento normativo, che fa della separazione fra progettazione ed esecuzione uno dei propri principi fondanti, con la liberalizzazione e la generalizzata applicazione di un istituto (l'appalto integrato) che proprio tale principio va apertamente a contraddire.

È difatti plausibile che la complessità tecnica dei lavori da eseguire ovvero le particolari caratteristiche del bene oggetto di intervento possano da soli giustificare l'operatività di quel principio *lex specialis derogat generali* sulla scorta del quale la progettazione e l'esecuzione del lavoro possono essere affidate ad un unico soggetto. È altrettanto chiaro che le ragioni giustificative dell'eccezione vengano a cadere quando la sua applicabilità si estende indistintamente a lavori "piccoli" (al di sotto dei 200.000 euro) e "grandi" (al di sopra di 10.000.000 euro).

L'applicazione del principio della separazione fra progettazione ed esecuzione risponde, infatti, all'esigenza di evitare in tutti i modi l'asservimento della prima alla seconda e, quindi, direttamente di tutelare la qualità dell'opera. È irragionevole ritenere, come ha fatto il legislatore con la legge 166/2002, che tale esigenza debba venir meno per tutte le opere al di sotto della soglia di valore di 200.000 euro e per quelle al di sopra di 10.000.000 euro. O tali esigenze sono valide per tutte le opere (con possibili eccezioni, come era previsto prima della legge 166/2002),

oppure è irragionevole ritenere che esse debbano essere tenute in considerazione per opere di importo pari a 201.000 euro e non per quelle di importo pari a 199.000 euro.

La previsione in esame si pone, inoltre, in una prospettiva *de iure condendo*, in aperto contrasto anche con i principi recepiti, in merito, dal legislatore comunitario. Il Parlamento europeo in seduta plenaria, il 17.01.2002, ha apportato diverse modifiche alla proposta di direttiva presentata dalla Commissione e relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, servizi e lavori. In particolare l'attenzione va posta sul Considerando 15-bis approvato dal Parlamento europeo il quale reca: *"Viste le diverse esigenze connesse agli appalti pubblici di lavori, l'amministrazione aggiudicatrice può prevedere sia l'aggiudicazione separata che l'aggiudicazione comune per quanto concerne l'esecuzione e la progettazione. La direttiva non è intesa a prescrivere un'aggiudicazione comune e separata."*

La decisione concernente l'aggiudicazione separata o complessiva si orienta su criteri qualitativi ed economici. Un'aggiudicazione complessiva deve essere motivata dall'amministrazione aggiudicatrice in relazione a questi aspetti."

A voler bene intendere il Considerando pare evidente la preferenza accordata dal Parlamento dell'Unione al principio della separazione fra progettazione ed esecuzione in quanto la direttiva impone all'ente appaltante di motivare, sia dal punto di vista qualitativo che da quello economico, il ricorso all'aggiudicazione congiunta di esecuzione e progettazione lì dove, invece, nulla prevede nel caso in cui si proceda ad una aggiudicazione separata delle due attività.

Di particolare pregio, in merito, è poi, la risoluzione legislativa votata dal Parlamento europeo il 17.01.2002 nella quale è espressamente riconosciuta l'inammissibilità di una subordinazione del servizio intellettuale

le rispetto a quello esecutivo ed è altresì previsto che qualora delle norme presentino tale subordinazione esse debbano essere necessariamente abrogate.

Il legislatore sembra dimenticare che l'articolato normativo incide su di una legge già vigente con la quale sarebbe quanto meno opportuno il raccordo. Come conciliare, infatti, tali norme con l'art. 25 della legge n. 109/94 (in particolare lett. d) che prevede la responsabilità del progettista nel caso di varianti causate da errori progettuali? La responsabilità in questione nel caso di un appalto integrato, "ricadrà" sull'appaltatore, sul progettista ovvero su entrambi?

Ancora come conciliare la norma del novellato art. 19, 1° comma lett. b) con quella recata dall'art. 30, 5° comma, della legge n. 109/94 che obbliga i progettisti della sola progettazione esecutiva a munirsi *"a far data dall'approvazione del progetto, di una polizza di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di propria competenza"*?

La norma in questione, ponendo in essere pericolose "interferenze" fra l'attività di progettazione e quella di esecuzione dei lavori pubblici, mette "in crisi" l'intero impianto della legge n. 109/1994 che vede fra i propri obiettivi fondanti la tutela della "qualità dell'opera", per seguire la quale è stata sancita l'autonomia del progettista e dell'attività di progettazione rispetto a quella di esecuzione dei lavori. La pretesa del legislatore della "166" di poter introdurre modifiche "puntuali" – quale è quella afferente appunto l'estensione dell'ambito di operatività dell'appalto integrato – senza premurarsi di coordinarle non solo con il vigente quadro normativo in materia di lavori pubblici, ma anche con quello afferente i profili etici delle attività professionali coinvolte (entrambi ispirati al principio di separazione fra attività intellettuale ed esecuzione) è dunque del tutto irragionevole.

Tutto ciò non può che condurre a palesare l'estrema superficialità con la quale si è pensato di introdurre siffatte modifiche in un sistema tanto complesso quale quello dei lavori pubblici; superficialità che è indicativa di quanto esse siano volte a soddisfare interessi settoriali e "partigiani" e non certamente a colmare lacune reali dell'impianto normativo vigente.

Pubblicazioni del Centro Studi del Consiglio Nazionale Ingegneri

- no. 1 / 1999 Piano di attività - Triennio 1999- 2002
- no. 2 / 1999 La via dell'Etica Applicata, ossia delle politiche di prevenzione: una scelta cruciale per l'Ordine degli Ingegneri
- no. 3 / 1999 Monitoraggio sull'applicazione della direttiva di tariffa relativa al D. Lgs. 494/96 in tema di sicurezza nei cantieri
- no. 4 / 2000 La dichiarazione di inizio attività - Il quadro normativo e giurisprudenziale
- no. 5 / 2000 L'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici - Organi, poteri e attività
- no. 6 / 2000 Le ipotesi di riforma delle professioni intellettuali
- no. 7 / 2000 Le strutture societarie per lo svolgimento delle attività di progettazione - Il quadro normativo e giurisprudenziale
- no. 8 / 2000 Le tariffe professionali - Il quadro giurisprudenziale in Italia e in Europa
- no. 9 / 2000 Le assunzioni di diplomati e laureati in Ingegneria in Italia
- no. 10/2000 Il ruolo degli ingegneri per la sicurezza
- no. 11/2000 Il nuovo regolamento generale dei lavori pubblici. Un confronto con il passato
- no. 12/2000 Il nuovo capitolato generale dei lavori pubblici
- no. 13/2000 Il responsabile del procedimento - Inquadramento, compiti e retribuzione
- no. 14/2000 Il mercato dei servizi di ingegneria. Analisi economica e comparativa del settore delle costruzioni -Parte prima
- no. 15/2000 Il mercato dei servizi di ingegneria. Indagine sugli ingegneri che svolgono attività professionale - Parte seconda
- no. 16/2000 La professione di ingegnere in Europa, Canada e Stati Uniti. I sistemi nazionali e la loro evoluzione nell'epoca della globalizzazione
- no. 17/2000 L'intervento delle Regioni in materia di dichiarazione di inizio attività
- no. 18/2000 Opportunità e strumenti di comunicazione pubblicitaria per i professionisti in Italia
- no. 19/2000 I profili di responsabilità giuridica dell'ingegnere - Sicurezza sul lavoro, sicurezza nei cantieri, appalti pubblici, dichiarazione di inizio attività
- no. 20/2001 Spazi e opportunità di intervento per le amministrazioni regionali in materia di lavori pubblici
- no. 21/2001 Imposte e contributi sociali a carico dei professionisti nei principali Paesi europei
- no. 22/2001 Le tariffe relative al D.Lgs 494/96. Un'analisi provinciale
- no. 23/2001 Le nuove regole dei lavori pubblici. Dal contratto al collaudo: contestazioni, eccezioni, riserve e responsabilità
- no. 24/2001 L'evoluzione dell'ingegneria in Italia e in Europa
- no. 25/2001 La riforma dei percorsi universitari in ingegneria in Italia
- no. 26/2001 Formazione e accesso alla professione degli ingegneri in Italia
- no. 27/2001 Le strutture societarie per lo svolgimento delle attività professionali in Europa

- no. 28/2001 La direzione dei lavori nell'appalto di opere pubbliche
- no. 29/2001 Analisi delle pronunce dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. Febbraio 2000-marzo 2001
- no. 30/2001 Osservazioni sul D.P.R. 328/2001
- no. 31/2001 La copertura assicurativa del progettista. Quadro normativo e caratteristiche dell'offerta
- no. 32/2001 Qualificazione e formazione continua degli ingegneri in Europa e Nord America
- no. 33/2001 Le verifiche sui progetti di opere pubbliche. Il quadro normativo in Europa
- no. 34/2001 L'ingegneria italiana tra nuove specializzazioni e antichi valori
- no. 35/2001 La domanda di competenze ingegneristiche in Italia
- no. 36/2001 Il mercato dei servizi di ingegneria. Evoluzione e tendenze nel settore delle costruzioni
- no. 37/2002 Il riparto delle competenze normative in materia di professioni. Stato, Regioni, Ordini
- no. 38/2002 Note alla rassegna stampa 2001
- no. 39/2002 Ipotesi per la determinazione di un modello di stima basato sul costo minimo delle prestazioni professionali in ingegneria
- no. 40/2002 Tariffe professionali e disciplina della concorrenza
- no. 41/2002 Ipotesi per una revisione dei meccanismi elettorali per le rappresentanze dell'Ordine degli ingegneri
- no. 42/2002 Installare il Sistema Qualità negli studi di ingegneria. Un sussidiario per l'applicazione guidata di ISO 9000:2000 - Volume I
- no. 43/2002 Installare il Sistema Qualità negli studi di ingegneria. Un sussidiario per l'applicazione guidata di ISO 9000:2000 - Volume II
- no. 44/2002 La remunerazione delle prestazioni professionali di ingegneria in Europa. Analisi e confronti
- no. 45/2002 L'accesso all'Ordine degli ingegneri dopo il D.P.R. 328/2001
- no. 46/2002 La domanda di competenze d'ingegneria in Italia. Anno 2002
- no. 47/2003 Imposte e struttura organizzativa dell'attività professionale in Europa
- no. 48/2003 Il mercato dei servizi di ingegneria - 2002
- no. 49/2003 Le nuove regole in materia di progettazione delle opere pubbliche. Tariffe, prestazioni gratuite, consorzi stabili e appalto integrato

Finito di stampare nel mese di marzo 2003
Stampa: tipografia MADeS, via D. Menichella 94, 00159 Roma