

Le nuove regole in materia di progettazione delle opere pubbliche

di Lorenzo Passeri

Premessa	pag.	1
1. Il quadro normativo	"	5
2. I Consorzi stabili nell'ordinamento dei lavori pubblici	"	7
3. I Consorzi stabili di progettazione	"	12
3.1. La lacuna della titolarità della prestazione professionale	"	15
3.2. L'immotivata esclusione dei professionisti singoli e associati	"	20
3.3. L'incompatibilità con il principio della libera concorrenza	"	25
3.4. L'incompatibilità con i principi della libertà di prestazione e di stabilimento "	"	27
4. L'applicazione distorta dell'appalto integrato	"	30

Premessa

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 concentra il presente scritto, 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, lettera a)¹, e società di ingegneria di cui al comma 6, lettera b)², 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 12.³*"

¹ 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. (....)*"

² 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. (....)*"

³ 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.*"

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*.

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.

E' 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 ed 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 le 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 ed insufficiente a soddisfare le condizioni 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.

E' 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.

1. 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 volta⁴ - 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 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*

⁴ 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").

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 sostanziale⁵ 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 alcuno⁶ 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 Costituzione⁷; sembra quindi logico attendersi nel breve un'ulteriore 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*.

⁵ Si pensi alla modifiche delle soglie di valore per l'affidamento degli incarichi di progettazione.

⁶ Art. 7, commi 2, 8, 9; art. 19, comma 2.

⁷ 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*".

2. 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 espressamente⁸ 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*"⁹; precedentemente, mancando qualsivoglia riferimento normativo, ne era preclusa la partecipazione ritenendosi insufficiente la iscrizione delle singole imprese consorziate essendo il consorzio soggetto a sé stante, distinto da queste ultime¹⁰.

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. 109/1994¹¹, 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

⁸ 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.

⁹ Art. 6 legge n. 80/1987.

¹⁰ *Ex multis*: TAR Campania, 9.6.1996, n. 311, in *TAR*, 1986, I, 3011.

¹¹ 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*".

che va distinta dalla figura del *consorzio di concorrenti*¹² 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 eseguire 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"¹³, 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*

¹² 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.

¹³ 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.

consorzati, con conseguente azionabilità, da parte di ciascuno, dei diritti che ne derivano limitatamente alla porzione di rispettiva competenza”¹⁴.

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.

Ai sensi di tale ultima disposizione, i *consorzi stabili*¹⁵ 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 rispettivamente¹⁶:

- 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*

¹⁴ V. TAR Sicilia – Pa, I, 22.8.1994, n. 256, in *TAR*, 1994, I, 4705.

¹⁵ Nell’ambito dei quali va ricondotto il consorzio di progettazione.

¹⁶ Art. 12, 1° comma, legge n. 109/1994.

confronti della stazione appaltante”¹⁷. A sua volta l’art. 20 del D.P.R. n. 34/2000, relativamente alla qualificazione dei consorzio stabile prevede che esso “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”.

¹⁷ 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 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 consorziati 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 consorziati nell’esecuzione dei lavori.”

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 attrezzature 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. 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. E' 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 Senato¹⁸ (d.l. n. 1246) successivamente approvato da tale Assemblea il 26.06.2002 e conservato dal testo definitivo approvato dalla Camera in data 1.7.2002.

¹⁸ 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”.*

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:

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 alle 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 incremento 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 lavori¹⁹, 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 civile²⁰, 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*.

¹⁹ Nel caso dei consorzi di progettazione il riferimento ai lavori deve considerarsi riferito ai servizi di progettazione.

²⁰ Artt. 2602 – 2620 codice civile.

3.1. 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. 1815²¹ 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'esperimento 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*"²², 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 affermato, "*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*"²³; 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

²¹ Afferente al divieto di esercizio in forma societaria delle libere professioni.

²² In questi termini C.S., II, 11.05.1998, n. 72.

²³ In questi termini C.S. n. 72/1998 cit.

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 Costituzione²⁴.

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 responsabili 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.

²⁴ 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 (...)".

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 legge²⁵, che quella regolamentare²⁶, 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 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

²⁵ Art. 12, 2° comma, legge n. 109/1994.

²⁶ Art. 97, 1° comma, D.P.R. n. 554/1999.

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 legislatore²⁷) 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.

3.2. *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 raggruppamento²⁸, 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

²⁷ Art. 17, 1° comma lett. d) e g), della legge n. 109/1994.

²⁸ C.S., V, sent. 27.12.2001, n. 6393.

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"²⁹. L'art. 2602 Codice Civile prevede che con il contratto di consorzio "*più imprenditori istituiscono una organizzazione comune per la disciplina o 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 Ue³⁰, 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 Stato³¹, 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

²⁹ Art. 17, 4° comma, legge n. 109/1994.

³⁰ 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*).

³¹ C.S., sent. 1.10.2001, n. 5193 in *Consiglio di Stato*, I, 2242.

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 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 previsto³² 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”*³³.

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 escluderla, 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'eguaglianza dei cittadini, impediscono il*

³² Art. 17, 1° comma, lett. g - bis della legge n. 109/1994.

³³ 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.”*

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 Costituzionale³⁴ la quale ha negato l'illegittimità costituzionale di un regime differenziato di trattamento nei confronti di soggetti che versino in situazioni analoghe solamente 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.

³⁴ V. Corte Costituzionale, 31.07.2002, n. 413.

3.3. *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 aumentare³⁵, con la conseguenza che le possibilità delle imprese con sede in altri Stati membri di esportare i loro servizi in esso ne sono diminuite³⁶.

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 influenzati³⁷.

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. *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 CE³⁸ (ex art. 59) dispone che: “.....le restrizioni alla libera prestazione dei servizi, all'interno della comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello destinatario della prestazione”.

³⁵ 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.

³⁶ 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.

³⁷ Sentenza Spagna/Commissione, già citata, punto 42.

³⁸ La numerazione è quella successiva al Trattato di Amsterdam del 1997

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*”³⁹.

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 tali tutte le misure che vietano, ostacolano o scoraggiano l'esercizio di tale libertà⁴⁰; 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

³⁹ In questi termini C.S., V, sent. 30.01.2002, n. 505.

⁴⁰ V. in particolare Corte di Giustizia Ce, Sentenza 15 gennaio 2002, causa C-439/99, Commissione/Italia, Racc. pag. I-305, punto 22.

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 questo⁴¹.

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.

⁴¹ 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.

4. 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 generale⁴².

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, 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

⁴² 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.

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'asta⁴³.

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 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

⁴³ Si noti come la norma in esame faccia esplicito riferimento alle "spese" e non agli "onorari" della progettazione.

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. E' 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. E' 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 sembrerebbe, inoltre, porsi in contrasto anche con i principi recepiti, in merito, dal legislatore comunitario almeno nel tenore che scaturisce dal dibattito afferente la formazione della nuova direttiva unificata in materia di appalti di lavori, servizi e forniture oramai prossima alla pubblicazione. Già il Parlamento europeo nella seduta del 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 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.