

# L'INCOMPATIBILITÀ TRA PROGETTISTA ED ESECUTORE DEI LAVORI: LA CORTE DI GIUSTIZIA CEE CONTRADDICE IL GIUDICE NAZIONALE?<sup>1</sup>

*di Francesco Paolo Traisci, professore associato di Diritto Privato dell'Unione Europea, Università del Molise  
e Luigi Papi, Avvocato in Roma*

## PREMESSA

La norma nazionale, la quale faccia dipendere dalla effettiva partecipazione di un soggetto fisico o giuridico ai lavori di progettazione di un appalto pubblico, la automatica esclusione dello stesso dal procedimento di aggiudicazione, risulta (oppure no) in contrasto con i principi fondamentali che, nell'ambito del diritto comunitario, informano la disciplina positiva in materia di appalti pubblici di opere, di forniture o di servizi?

E' questo, in buona sostanza, l'interrogativo di fondo affrontato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nella sentenza emessa il 3 marzo 2005 a conclusione di due procedimenti di accertamento pregiudiziale, promossi dal Consiglio di Stato Belga ai sensi e per gli effetti dell'art. 234 (già art. 177) del Trattato istitutivo della Comunità Europea.

La vicenda processuale iniziava nel 1999, allorquando una primaria società belga, particolarmente impegnata nella partecipazione a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici relativi (in special modo) ai settori dell'energia, dell'acqua, dei trasporti e delle telecomunicazioni, ricorreva alla giurisdizione amministrativa di quello Stato, allo scopo di vedere annullate le due disposizioni normative (segnatamente, l'art. 26 e l'art. 32 del regio decreto 25 marzo 1999), con le quali il legislatore nazionale aveva sancito il divieto assoluto di presentare una domanda di partecipazione ad un pubblico appalto di lavori, di forniture o di servizi (ovvero di formulare in esso una qualsivoglia offerta) in capo a chiunque fosse stato precedentemente incari-

---

<sup>1</sup> Si tratta del testo integrale dell'intervento letto in occasione del Convegno promosso dall'**I.G.I. - Istituto Grandi Infrastrutture** sul tema "*Sentenze a confronto*", svoltosi a Roma, il 20 aprile 2005. Un intervento, questo, che ha tratto spunto dalla sentenza emessa dalla Seconda Sezione della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, in data 3 marzo 2005, al termine dei procedimenti riuniti C-21/03 e C-34/03 (sentenza estraibile per intero dal sito EUR-Lex- Il diritto dell'Unione europea).

cato di svolgere una attività di ricerca, di sperimentazione, di studio ovvero di sviluppo di tali lavori, forniture o servizi.

In particolare, ciò che con l'attivazione di tali strumenti di tutela giurisdizionale la società ricorrente intendeva ottenere era (tra l'altro) la declaratoria, da parte della Suprema giurisdizione amministrativa belga, della contrarietà della normativa nazionale a quei principi fondamentali di proporzionalità, di parità di trattamento degli offerenti in sede di gara ed (infine) di libera esplicazione di una attività industriale (e/o commerciale) in regime di effettiva concorrenza, costantemente affermati e ribaditi in tutta la normativa di fonte comunitaria in materia di appalti pubblici. Una contrarietà, questa (vale la pena di precisare fin da adesso) ravvisabile essenzialmente nel fatto che, al momento di formulare il divieto di partecipazione alle operazioni di aggiudicazione di un appalto pubblico, in capo a chiunque avesse svolto una qualunque attività di ricerca, di sperimentazione, di studio ovvero di sviluppo nell'ambito dell'appalto medesimo, il legislatore belga non avrebbe previsto alcuna possibilità, per il destinatario della imposizione, di provare che, da tale sua attività di progettazione, nelle circostanze del caso di specie, non gli sarebbe concretamente derivato alcun vantaggio tale da turbare il principio della *par condicio* degli offerenti.

Avendo ritenuto che la soluzione al problema ermeneutico appena esposto avrebbe necessariamente richiesto la interpretazione di alcune disposizioni contenute all'interno delle direttive comunitarie regolanti la materia degli appalti pubblici, il Consiglio di Stato belga, nel pieno rispetto delle norme attributive di competenza contenute nell'art. 234 del Trattato Ce, decideva di sospendere i procedimenti giurisdizionali innanzi ad esso pendenti e di sottoporre il quesito alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, la cui interpretazione del diritto comunitario (com'è noto) è così direttamente efficace all'interno dell'ordinamento al quale appartiene il giudice del rinvio, da obbligare giuridicamente quest'ultimo a disapplicare la normativa nazionale che, con tale diritto comunitario, dovesse rivelarsi eventualmente contrastante.

Ora, oggetto delle presenti considerazioni sarà proprio la valutazione della correttezza e della portata di tale autorevole sentenza ponendosi, i principi in essa contenuti, in evidente contrasto con quelli affermati all'interno delle numerose decisioni, pronunciate dai giudici amministrativi italiani in sede di cogente applicazione di tutte quelle norme nazionali che (al pari di quelle belga) escludono dalla partecipazione agli appalti pubblici tutti coloro che abbiano a diverso titolo concorso alla progettazione dell'opera pubblica appaltata.

Scopo del presente scritto, pertanto, è proprio quello di analizzare la suddetta antinomia, in modo da tracciare sinteticamente le linee di una possibile evoluzione della giurisprudenza amministrativa italiana, la quale sia destinata a tenere in maggiore considerazione i principi di libertà di concorrenza, di parità di trattamento e di proporzionalità nello svolgimento dell'attività di legiferazione, solennemente ribaditi dalla Corte di Giustizia europea nella sentenza che qui si commenta.

Su questa base, provvederemo, in un primo momento, ad illustrare la innovativa disciplina contenuta nella legge quadro sui lavori pubblici in materia di progettazione di opere di pubblico interesse, e successivamente a dare conto dell'orientamento consolidatosi nella nostra giurisprudenza amministrativa (sia di primo che di secondo grado) in sede analisi ermeneutica di quegli artt. 17, comma 9, della Legge Merloni e degli artt. 8, comma 6 e 48 comma 2 del relativo regolamento di esecuzione (D.P.R. n. 554 del 21 dicembre 1999), i quali (com'è noto) prevedono la rigorosa ed assoluta separazione tra i soggetti che curano la fase di progettazione dell'opera pubblica appaltata, e quelli che provvedono alla materiale esecuzione della stessa.

Procederemo, poi, a confrontare tale orientamento giurisprudenziale con le statuizioni di principio enunciate dalla Corte di Giustizia europea nella recente sentenza qui commentata, per poi concludere tentando di prevedere ciò che di nuovo potrà (auspicabilmente) verificarsi, a breve distanza, nella nostra giurisprudenza amministrativa con riferimento al tema qui analizzato.

## **2) SULLA NORMATIVA NAZIONALE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI E SULL'ORIENTAMENTO GIURISPRUDENZIALE ITALIANO IN TEMA DI INCOMPATIBILITÀ TRA PROGETTISTA ED ESECUTORE DEI LAVORI.**

Cominciando dalla sommaria ricognizione delle disposizioni nazionali in materia di appalti pubblici, non si può fare a meno di rilevare come, con la Legge n. 109 del 1994 (la cosiddetta legge Merloni), il legislatore nazionale abbia inteso riaffermare con decisione i valori di trasparenza, di imparzialità e di buon andamento della Pubblica Amministrazione (solennemente sanciti dalla Costituzione repubblicana) di fronte al crescente verificarsi dei fenomeni di corruzione, concussione (e, in ogni caso) di illegittimo e distorto esercizio delle funzioni pubbliche in seno ad alcuni settori del nostro apparato amministrativo.

La preoccupazione per il dilagare di tali fenomeni (particolarmente manifestatisi nel settore degli appalti pubblici) indussero il legislatore italiano ad approvare una legge destinata ad introdurre una radicale riforma della normativa previgente, essenzialmente basata (anche nelle sue successive modificazioni) sull'esigenza di conciliare i principi della trasparenza e del rispetto della libertà di concorrenza (derivanti dall'adeguamento dell'ordinamento interno alla normativa comunitaria) con la necessità di accelerare l'*iter* di predisposizione e di aggiudicazione degli appalti pubblici, in nome di una maggiore snellezza e semplificazione procedurale.

Per conseguire tali ambiziosi obiettivi, si scelse di ricorrere allo schema della legge quadro, cioè di una legge finalizzata a sostituire la frammentazione normativa precedentemente esistente (e che tanto aveva negativamente inciso sulla nascita e sulla proliferazione del malcostume sociale sopra evidenziato), con una disciplina organica della materia caratterizzata addirittura da una atipica ed impropria forza passiva rinforzata, resistendo essa (in virtù del disposto dell'art. 1, comma 4) all'abrogazione ed alla modificazione implicita da parte di norme cronologicamente successive, anche se collocate allo stesso livello nell'ambito della gerarchia delle fonti del diritto.

Ora (senza indugiare oltre nella individuazione della *ratio* storica di tale provvedimento legislativo, nonché nell'approfondimento dei profili di costituzionalità connessi al fatto di non avere, la suddetta forza passiva, una esplicita copertura a livello di Legge Fondamentale, a differenza, ad esempio, di ciò che era accaduto per un'altra legge quadro, la n. 142 del 1990), ciò che in questa sede appare necessario sottolineare è che uno dei punti qualificanti della legge Merloni sta proprio nell'aver attribuito alla fase di progettazione, *lato sensu* intesa, il ruolo di momento cardine, essenziale ed imprescindibile nell'ambito del procedimento volto ad una corretta, spedita e trasparente realizzazione dell'opera pubblica appaltata.

Una fase, questa, specificamente disciplinata dall'art. 17, che pone al riguardo quattro principi di primaria importanza, consistenti rispettivamente:

- 1) nella considerazione del cosiddetto progetto esecutivo, quale atto prodromico alla indizione di qualsiasi gara pubblica;
- 2) nella valorizzazione delle professionalità interne alle pubbliche amministrazioni appaltanti, attraverso l'affidamento privilegiato dell'attività di progettazione a soggetti funzionalmente collocati nell'ambito delle stesse;
- 3) nella tendenziale continuità tra la progettazione e la direzione dei lavori (la quale ultima, anche ai sensi dell'art. 17, comma 14, deve preferibilmente essere affidata al soggetto incaricato della progettazione) nonché, all'interno di quest'ultima attività, tra la predisposizione del progetto

definitivo e l'elaborazione di quello esecutivo (richiesta, a sua volta, dall'art. 17, comma 14 *sexies*);

- 4) ed, infine, nella affermazione di una netta distinzione tra i soggetti che curano la fase della progettazione e quelli che, successivamente all'aggiudicazione, provvedono all'esecuzione dell'opera pubblica appaltata.

Come abbiamo visto, con il primo principio il legislatore della legge Merloni, innovando profondamente il sistema previgente, ha sancito l'assoluta impossibilità di indizione di una qualsiasi gara pubblica in mancanza di un progetto dettagliato dell'opera da realizzare. A tal fine, esso ha previsto tre diversi tipi di progetto, ciascuno dei quali caratterizzato da un maggior grado di approfondimento rispetto agli altri. Si tratta, segnatamente:

- a) del progetto preliminare, finalizzato a definire l'insieme degli obiettivi da raggiungere, oltre alle caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori. Esso si configura come necessario, sia ai fini dell'inserimento dell'opera pubblica da realizzare all'interno dell'elenco annuale delle opere programmate (*cf.* art. 14, comma 6), sia in funzione dell'eventuale avvio della procedura di espropriazione forzata prevista, tra l'altro, dall'art. 16, comma 3, della legge in esame;
- b) del progetto definitivo, il quale individua l'opera da realizzare nelle sue caratteristiche costruttive, traducendo in concrete prescrizioni tecniche quanto stabilito in via generale e programmatica all'interno del progetto preliminare. Esso, pertanto, si presenta come una "relazione descrittiva" dei lavori, la cui approvazione, ai sensi dell'art. 14, comma 13, funge da dichiarazione di pubblica utilità e di contestuale indifferibilità ed urgenza delle opere pubbliche da compiere;
- c) ed infine, del progetto esecutivo, il quale determina in ogni dettaglio, in conformità alla prescrizioni contenute nel progetto definitivo, i lavori da realizzare, in modo che ciascun elemento sia identificabile per forma, dimensioni, tipologia e prezzo.

Avuto riguardo, invece, al secondo principio sopra menzionato (ossia quello di avvalersi delle professionalità interne alla Pubblica Amministrazione) occorre ribadire come la Legge Merloni abbia espressamente stabilito che l'attività di progettazione dell'opera pubblica da appaltare, così come gli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle mansioni del responsabile unico del procedimento, debbano essere preferibilmente assegnati agli uffici tecnici delle amministrazioni appaltanti, ovvero agli uffici consortili di progettazione costituiti a norma degli artt. 24 e ss. della mede-

sima legge, ovvero ancora agli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui i singoli enti aggiudicatori possano avvalersi per legge, essendo limitata l'assegnazione delle mansioni suddette a soggetti esterni (vale a dire, liberi professionisti, singoli o associati, società di ingegneri, nonché raggruppamenti temporanei di liberi professionisti) solo nei casi dettagliatamente previsti nell'art. 17, comma 4 (vale a dire in caso di "... *carezza di organico di personale tecnico nelle stazioni appaltanti, ovvero di difficoltà di rispettare i tempi della programmazione dei lavori o di svolgere le funzioni di istituto, ovvero in caso di lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze*").

Ora, proprio nell'eventualità in cui il responsabile unico del procedimento dovesse ravvisare la ricorrenza di uno dei casi appena ricordati, e per l'effetto dovesse affidare l'espletamento dell'incarico di progettazione a soggetti esterni alla pubblica amministrazione appaltante, verrebbe in considerazione il terzo principio sopra sinteticamente menzionato, il quale vuole che la direzione dei lavori venga affidata a colui che ha già curato la fase di progettazione, con priorità rispetto ad altri professionisti esterni.

Si tratta del principio (come si è detto, richiamato sopra al punto terzo) della sostanziale (anche se non obbligatoria) continuità tra la titolarità dell'incarico di progettazione e quella dell'ufficio tecnico di direttore dei lavori, desumibile dal combinato disposto dei commi 4 e 14 dell'art. 17, ed alla cui base (secondo l'insegnamento espresso dal T.A.R. Campania nella sentenza n. 2499 del 3 novembre 1997<sup>2</sup>) vi è la palese esigenza di non sprecare risorse, attraverso l'attribuzione della funzione di direttore dei lavori ad un soggetto che è già a conoscenza dell'opera da realizzare, per averne in precedenza curato l'attività di progettazione.

In tale contesto normativo si colloca, infine, anche il quarto dei principi fondamentali che informano la disciplina della fase di progettazione dei pubblici appalti, così come espressamente delineata dall'art. 17 della Legge quadro sui lavori pubblici.

Ci riferiamo, segnatamente, al comma 9 di tale disposizione, con il quale il legislatore italiano, al dichiarato scopo di realizzare una assoluta separazione tra il momento della progettazione e quello della materiale esecuzione dell'opera pubblica, ha stabilito il divieto assoluto di partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti, alle concessioni, ai subappalti ed ai cottimi relativi ai lavori pubblici, in capo a colui il quale abbia ricevuto e svolto incarichi di progettazione (divieto, questo, espressamente esteso ai suoi dipen-

---

<sup>2</sup> Pubblicata in T.A.R. 1998, I, 263.

denti o collaboratori nello svolgimento dell'incarico ed ai dipendenti di questi ultimi, agli incaricati di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti, nonché, infine, a tutti coloro che siano legati all'affidatario di incarichi di progettazione da un rapporto di collegamento o di controllo).

La *ratio* di tale divieto risultava essere ermeticamente espressa già all'interno della relazione al disegno di legge n. 2145, presentato alla Camera dei Deputati nel corso della XI legislatura, nella parte di essa in cui si finalizzava la formulazione della norma in esame all'esigenza di "... evitare possibili cointeressenze imprenditoriali, potenzialmente configgenti con l'interesse pubblico perseguito dalle amministrazioni appaltanti".

Questa *ratio*, poi, veniva analiticamente e dettagliatamente esplicitata sia dalla giurisprudenza amministrativa (della quale presenteremo una sintetica ma significativa rassegna di qui a poco), sia dalla stessa Autorità di vigilanza sui lavori pubblici nella determinazione n. 4 del 12 febbraio 2003.

Da tale atto, si evince chiaramente come la ragione giustificatrice del principio di incompatibilità qui esaminato debba essere ravvisato, in primo luogo, nella esigenza di impedire che, da una "preordinata" strumentalizzazione dell'opera di progettazione e delle attività ad essa collegate, possano discendere delle posizioni di obbiettivo vantaggio, in sede di aggiudicazione dei lavori, in capo al progettista e/o in capo ai soggetti ad egli a vario titolo collegati, con conseguente lesione del principio della parità di trattamento di tutti i partecipanti al procedimento amministrativo volto all'assegnazione degli appalti di pubblico interesse.

Ma una attenta lettura della determinazione dell'Autorità di vigilanza sopra menzionata consente di ravvisare anche una seconda (e non meno importante) ragione giustificatrice del divieto di commistione tra attività di progettazione ed attività di esecuzione, sul quale ci stiamo intrattenendo.

Con tale divieto infatti, il legislatore avrebbe anche inteso evitare che il progettista, una volta assunto (come di norma dovrebbe accadere, alla luce di quanto si è affermato in precedenza) l'incarico di direttore dei lavori, si venga a trovare in una situazione di conflitto di interessi rispetto all'impresa aggiudicatrice dell'appalto con la quale egli collabori stabilmente. Un pericolo, questo, che appare in tutta la sua pericolosa evidenza laddove si rifletta, anche sommariamente, al ruolo che il direttore dei lavori dei lavori è chiamato a svolgere in sede di realizzazione di un'opera pubblica.

In tale contesto, infatti, egli è chiamato a vigilare sulla corretta esecuzione dei lavori in modo da garantire, nell'interesse esclusivo del soggetto committente, la sostanziale corrispondenza dell'opera pubblica appaltata con le prescrizioni tutte indicate nei capitolati e nei progetti ad essa relativi.

Nel perseguimento di tale fondamentale obiettivo egli è stato autorevolmente definito dalla Suprema Corte di Cassazione, nella sentenza n. 2333 del 1° marzo 1995<sup>3</sup>, come un ausiliario del committente munito del potere di rappresentanza limitatamente alla sola materia tecnica, e per ciò stesso funzionalmente inserito, anche se solo temporaneamente, nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione che gli ha conferito l'incarico, in qualità di "organo tecnico e straordinario" della stessa (così Cass. Sez. Unite, 11 aprile 1994 n. 3358<sup>4</sup>). Ciò, si badi bene, non solo nel caso di direttore dei lavori scelto all'interno all'ente pubblico appaltante, ma anche (e soprattutto) nella eventualità in cui l'incarico sia stato conferito ad un professionista esterno.

In quest'ultimo caso, infatti, è di palmare ed intuitiva evidenza il pericolo che il progettista-direttore dei lavori (il quale sia anche a vario titolo collegato con il soggetto aggiudicatario dell'appalto), durante lo svolgimento dello stesso, assecondi (più o meno consapevolmente, e quindi più o meno dolosamente) gli interessi e le spettanze dell'aggiudicatario con il quale egli si trovi stabilmente in rapporto, a scapito della sua funzione tipica di tutore dell'interesse esclusivo dell'amministrazione appaltante alla corretta e puntuale esecuzione dell'opera pubblica.

Ora, nell'individuare correttamente tanto nel rispetto della parità di trattamento degli offerenti (in funzione della più ampia tutela di quel valore primario rappresentato dalla libertà di concorrenza), quanto nella salvaguardia dell'interesse pubblico alla corretta esecuzione dell'opera appaltata, le giustificazioni logico-giuridiche dell'imposizione del divieto di cumulo tra le funzioni di progettazione e quelle di realizzazione, l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici ha sostanzialmente ripreso le argomentazioni di fondo affermate dalla nostra giurisprudenza amministrativa tutte le volte che è stata chiamata ad affrontare, in sede di impugnazione dell'atto di aggiudicazione, il problema dell'analisi ermeneutica dell'art. 17, comma 9, della Legge quadro sui lavori pubblici, che (come si è visto) tale divieto ha normativamente introdotto nel nostro ordinamento positivo.

Su questa giurisprudenza è adesso necessario soffermarsi (sia pure nel doveroso rispetto di tutte le esigenze di sintesi inevitabilmente legate alla natura ed ai tempi di questo incontro), rivelandosi tale operazione di ricognizione indispensabile, sia ai fini della corretta comprensione degli elementi di antinomia insorti tra il diritto nazionale e quello comunitario, per effetto della sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee qui

---

<sup>3</sup> Edita in *Giust. civ. Mass.* 1995, 481, nonché in *Giur. Bollettino legisl. Tecnica*, 1996, 3045.

<sup>4</sup> A sua volta pubblicata in *Giust. civ. Mass.* 1994, 465.

esaminata, sia ai fini della conseguente individuazione della evoluzione legislativa e giurisprudenziale che, a nostro avviso, dovrà essere per forza di cose attuata nel sistema legislativo e giurisprudenziale italiano per porre fine a tale discrasia.

Sul punto, vale la pena partire (avuto riguardo alla giurisprudenza più recente) dalla sentenza n. 6297 emessa dal T.A.R. Puglia, sezione di Lecce, in data 18 novembre 2002<sup>5</sup>, con la quale l'adito giudice amministrativo, chiamato a giudicare sulla legittimità dell'aggiudicazione di un appalto pubblico in favore di un'associazione temporanea di imprese, il cui direttore tecnico aveva collaborato alla stesura della progettazione effettuata ai fini dell'ammissione al finanziamento dell'opera stessa, ha disposto l'annullamento dell'atto di aggiudicazione per violazione della norma della legge Merloni che sancisce la incompatibilità tra la qualità di incaricato alla progettazione (o di dipendente o collaboratore dello stesso) e la qualità di appaltatore o concessionario di lavori pubblici. Una incompatibilità, questa (per utilizzare le parole impiegate dallo stesso organo giurisdizionale nella parte motivazionale della sentenza) da ricondurre alla circostanza che "... le disposizioni della legge quadro perseguono la finalità di assicurare il cumulo delle qualità di progettista e di direttore dei lavori, per evidenti ragioni organizzative ed economiche (queste ultime riferite alle tariffe da applicare nel caso di direzione lavori affidata al progettista) e, al tempo stesso, di evitare qualsiasi contiguità tra il direttore dei lavori e l'esecutore degli stessi ...", la quale inciderebbe negativamente sulla serenità del direttore dei lavori, compromettendo lo svolgimento della sua attività istituzionale.

Sostanzialmente analoghe sono le statuizioni di principio affermate dal T.A.R. Sardegna, nella sentenza n. 397 emessa il 3 aprile 2003<sup>6</sup>, ove il giudice amministrativo ha espressamente individuato la *ratio* del divieto di partecipazione agli appalti pubblici, imposto a tutti coloro che in tali appalti abbiano svolto un'attività di progettazione, da un lato, nell'esigenza di evitare che il progettista possa essere condizionato, nella sua attività, dal rapporto con una impresa interessata all'esecuzione dei lavori (adottando, di conseguenza, soluzioni progettuali particolarmente gradite a quest'ultima), e dall'altro nella necessità di evitare che il progettista, una volta assunto (come di norma vuole l'art. 17, comma 14, della legge n. 109 del 1994) l'incarico di direttore dei lavori, si trovi in una "scomoda" posizione di conflitto di interessi con l'impresa esecutrice dei lavori con la quale collabori stabilmente.

<sup>5</sup> Edita in *Foro amm. TAR.* 2002, 3773.

<sup>6</sup> Pubblicata in *Foro amm. TAR.* 2003, 1404, nonché in *Giur. merito* 2003, 1845.

L'unica ipotesi, prosegue poi il T.A.R. Sardegna, in cui si potrebbe considerare non sussistente il predetto conflitto di interessi, sarebbe quello in cui venisse accertato che il rapporto intercorrente tra il progettista dell'opera pubblica e l'impresa concorrente alla relativa procedura di aggiudicazione sia obiettivamente caratterizzato da elementi di occasionalità (il che si verifica, ad esempio, qualora il progettista abbia precedentemente collaborato con l'impresa in gara relativamente ad un solo incarico professionale).

Proseguendo in questa rapida ricognizione del panorama giurisprudenziale italiano, si presenta come particolarmente meritevole di considerazione la sentenza n. 7130 del 7 novembre 2003<sup>7</sup>, nella quale il Consiglio di Stato, confermando sostanzialmente la decisione impugnata (emessa, in primo grado, dal T.A.R. Puglia e sulla quale mi sono intrattenuto sopra), ha disposto che, in tema di appalti di lavori pubblici, l'art. 17, comma 9, della legge Merloni, "... vietando a coloro che, direttamente o indirettamente, abbiano partecipato alla progettazione dell'opera di concorrere nelle gare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori progettati, ha voluto assicurare la massima autonomia e l'assoluta separazione tra attività di progettazione dei lavori e le attività esecutive degli stessi..."; ciò all'evidente scopo di impedire che, attraverso la creazione di situazioni di vantaggio in favore del progettista o dei soggetti ad esso collegati, si possa realizzare la violazione del principio della parità di trattamento di tutti i concorrenti all'appalto di lavori pubblici. Una *par condicio*, questa, la quale sarebbe evidentemente compromessa laddove un medesimo soggetto, assommando in sé le funzioni di progettista e di direttore tecnico della società appaltatrice, potesse impunemente e liberamente intromettersi nella fase esecutiva dei lavori, in barba al principio della rigida separazione tra funzioni, che il legislatore nazionale ha inteso così esplicitamente affermare.

Meritevole di considerazione si atteggia, infine, l'ultima sentenza (in ordine cronologico) da noi rinvenuta, emessa dalla nostra giurisprudenza amministrativa in sede di applicazione dell'art. 17, comma 9, della legge quadro sui lavori pubblici.

Si tratta di T.A.R. Sardegna 7 febbraio 2005<sup>8</sup>, il quale ha dichiarato la illegittimità dell'aggiudicazione di un incarico di progettazione esecutiva e di direzione tecnica di un intervento, effettuata in favore dell'autore e coordinatore di un piano di sviluppo regionale che era alla base dell'intervento medesimo.

---

<sup>7</sup> Per la quale si veda la rivista *Foro amm. CDS* 2003, 3372, 3791 con nota di Remo Morzenti Pellegrini.

<sup>8</sup> Estraibile per intero dal sito Internet *Diritto & Diritti* – rivista giuridica on line.

Anche in questo caso, a tale decisione si è pervenuti applicando il disposto dell'art. 17, comma 9, della legge Merloni, la cui ragione giustificatrice (in perfetta simbiosi con quanto affermato dalla giurisprudenza precedente) è stata espressamente ravvisata nell'esigenza che il progettista dell'opera possa elaborare un progetto, per così dire, "su misura" per una impresa alla quale egli sia in qualche modo legato, facilitando in tal modo questa impresa nell'aggiudicazione dell'appalto.

## 1) SULLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE.

L'esame delle sentenze sopra riportate ci consente di arrivare ad una prima conclusione. Quella cioè in forza della quale il legislatore della legge Merloni, con l'art. 17, comma 9 (così come con le norme del regolamento di esecuzione ad esso connesse), ha inteso prevenire ed evitare il rischio di possibili collegamenti tra progettisti ed esecutori di lavori pubblici, stabilendo fra tali soggetti una incompatibilità di ruoli *iuris et de iure*, realizzata cioè utilizzando lo strumento tecnico-giuridico della presunzione assoluta, la quale (com'è noto) non è suscettibile di esser vinta con la prova contraria.

Posta questa primissima considerazione, possiamo senz'altro procedere a valutare se tale presunzione normativa sia (oppure no) in linea con il diritto comunitario, così come interpretato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee con la sentenza del 3 marzo u.s. qui esaminata.

Una sentenza, questa, all'interno della quale il Supremo organo giurisdizionale europeo ha provveduto, innanzitutto, a focalizzare l'attenzione sui provvedimenti normativi comunitari, suscettibili di venire in considerazione in sede di risoluzione della fattispecie concreta sottoposta al suo esame.

Si tratta, segnatamente, sia della direttiva **CE n. 52 del 13 ottobre 1997**<sup>9</sup>, la quale ha modificato le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione, rispettivamente, degli appalti pubblici di servizi, degli appalti pubblici di forniture e degli appalti pubblici di lavori, sia della direttiva **CE n. 4 del 16 febbraio 1998**<sup>10</sup>,

<sup>9</sup> Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997 (pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. L 328 del 28/11/1997 pag. 0001 - 0059) e consultabile nel sito Internet *EUR-Lex* - Il diritto dell'Unione europea.

<sup>10</sup> Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998 (pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. L 101 del 28/11/1997 pag. 0001 - 0016) e consultabile nel sito Internet *EUR-Lex* - Il diritto dell'Unione europea.

che ha modificato la precedente direttiva CEE n. 38 del 1993, coordinante le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua ed energia, degli enti fornitori dei servizi di trasporto, nonché degli enti che svolgono al loro attività nel settore delle telecomunicazioni.

Due direttive quelle appena citate (vale a dire la n. 97/52 e la n. 4/98) attraverso le quali si è provveduto ad adeguare il previgente diritto comunitario in materia di appalti pubblici di forniture e di lavori, nonché in materia di appalti pubblici nei cosiddetti settori speciali o esclusi, agli obblighi assunti dalla Comunità europea, nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, con la stipulazione dell'accordo sugli appalti pubblici<sup>11</sup>, il cui art. VI, n. 4, prevede letteralmente che "Gli enti non sollecitano né accettano, secondo modalità che avrebbero l'effetto di ostacolare la concorrenza, un parere che possa essere utilizzato per la redazione delle specifiche relative ad un determinato appalto, da parte di una società che potrebbe avere un interesse commerciale in tale appalto".

Emerge da tale norma pattizzia un primo riferimento a quel fondamentale principio di salvaguardia della libertà di concorrenza nell'ambito della Comunità europea, che sarebbe stato di lì a poco adottato dalla Corte di Giustizia come criterio risolutivo della questione interpretativa sottoposta al suo esame.

Un principio, quest'ultimo, che nell'ambito del percorso argomentativo seguito dalla Corte nella parte motivazionale della sentenza *de qua*, è risultato essere utilizzato in combinato disposto con altri due principi tanto cari al diritto comunitario.

Ci riferiamo, in particolare, da un lato, al principio della parità di trattamento (riferito, nel caso di specie, a tutti i partecipanti alle procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico) e, dall'altro, al principio della proporzionalità, il quale (com'è noto) è destinato ad operare (*in primis*) sul piano della buona tecnica legislativa, allo scopo di evitare che l'attività normativa primaria, nel perseguimento degli obiettivi discrezionalmente scelti dal legislatore in sede di individuazione dei propri programmi di indirizzo politico, ecceda lo scopo per l'innanzi legittimamente individuato, scadendo nell'irragionevolezza.

---

<sup>11</sup> Sul punto, si veda la Decisione del Consiglio del 22 dicembre 1994 (94/800/CE), relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea (e per le materie di propria competenza), degli accordi raggiunti nell'ambito dell'Uruguay Round (1986-1994). Decisione, questa, pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. L 336 del 23/12/1994 pag. 0001 – 0002 e consultabile nel sito Internet EUR-Lex -Il diritto dell'Unione europea.

Orbene, è stato proprio attraverso la valorizzazione dei principi giuridici sopra sommariamente elencati che la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, nella sentenza del 3 marzo 2005 qui esaminata, è pervenuta alla seguente statuizione, al termine dei procedimenti di interpretazione pregiudiziale avviati dal Consiglio di Stato belga ai sensi dell'art. 234 del Trattato Ce: << *La direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, e, più in particolare, l'art. 3, n. 2, della medesima, la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, come modificata dalla direttiva 97/52, e, più in particolare, l'art. 5, n. 7, della medesima, la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, come modificata dalla direttiva 97/52 e, più in particolare, l'art. 6 n. 6 della medesima, nonché infine la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998, 98/4/CE, più in particolare l'art. 4 n. 2 della medesima, ostano ad una norma come quella prevista agli artt. 26 (...) e 32 del regio decreto 25 marzo 1999 (...), con i quali non viene ammessa la presentazione di una domanda di partecipazione o la formulazione di una offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi, da parte di una persona che sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda alla medesima la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non ha potuto falsare la concorrenza (...)>>.*

Con tale sentenza, dunque, la Corte, dopo aver rilevato come il pieno rispetto del principio della parità di trattamento corrisponda all'essenza stessa delle direttive comunitarie in materia di pubblici appalti (le quali mirano, in modo particolare, a favorire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nei settori rientranti nelle loro rispettive sfere di applicazione), e che per costante giurisprudenza comunitaria il suddetto principio di non discriminazione richiede che situazioni simili non vengano trattate in maniera diversa e che situazioni differenti non siano trattate in maniera eguale (salvo i casi di **obbiettiva necessità**), e dopo aver altresì ritenuto che una persona che sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello svi-

luppo di lavori, di forniture o di servizi relativi ad un pubblico appalto, non si trovi necessariamente nella medesima situazione, per quanto riguarda la partecipazione alla procedura di attribuzione di tale appalto (visto il rischio di potenziale conflitto di interessi), rispetto ad una altra persona che tali incarichi non abbia espletato, così da giustificare un trattamento differenziato tra le due, dopo aver premesso tutto ciò, la Corte ha statuito che la disparità di trattamento introdotta dalle norme (come quelle del Belgio da essa esaminate) che vietano, **in ogni caso**, alla persona che abbia curato la fase di progettazione, di partecipare alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico relativo, **non è obbiettivamente giustificata**<sup>12</sup>.

Attraverso la sua formulazione, infatti, il legislatore nazionale belga avrebbe violato il principio di proporzionalità tra mezzo e fine, in quanto l'obbiettivo di salvaguardare, attraverso la parità di trattamento, la libertà di concorrenza dei partecipanti ad una procedura di evidenza pubblica in materia di appalti, avrebbe potuto essere compiutamente realizzato attraverso la imposizione di un divieto **relativo**, un divieto cioè che avesse lasciata aperta, a colui che si fosse trovato in questa situazione di potenziale conflitto di interessi, la possibilità di provare che, nella fattispecie concreta, la sua partecipazione alla fase di progettazione dell'appalto non l'avesse effettivamente avvantaggiato rispetto agli altri contendenti l'aggiudicazione.

Al contrario, l'aver optato per una incompatibilità **assoluta** tra l'incarico di progettista e quello di esecutore dei lavori pubblici oggetto dell'appalto, avrebbe posto la normativa belga in insanabile contrasto proprio con il suddetto principio di proporzionalità, comportando essa il risultato concreto che le persone che abbiano svolto incarichi di progettazione siano, **per ciò solo**, escluse dalla procedure di aggiudicazione, senza alcuna possibilità di dimo-

---

<sup>12</sup> Vale la pena di ricordare come, nell'elencare le norme comunitarie rilevanti ai fini della decisione della controversia concreta sottoposta al suo esame, la Corte europea abbia fatto esplicitamente riferimento (tra le altre): a) all'art. 3, n. 2, della direttiva 92/50 che prevede che "Le amministrazioni assicurano la parità di trattamento tra i prestatori di servizi"; b) all'art. 5, n. 7, della direttiva 93/36, il quale dispone che "Le amministrazioni aggiudicatrici provvedono affinché non vi siano discriminazioni tra i vari fornitori"; c) all'art. 6, n. 6, della direttiva 93/37, il quale statuisce che "Le amministrazioni aggiudicatrici provvedono affinché non vi siano discriminazioni tra i vari imprenditori"; d) all'art. 4, n. 2, della direttiva 93/38, secondo cui "Gli enti aggiudicatori provvedono affinché non vi siano discriminazioni tra fornitori, imprenditori o prestatori di servizi"; e) ed, infine, al decimo considerando della direttiva 97/52, (sostanzialmente ripreso dal tredicesimo considerando della direttiva 98/4) per il quale "(...) gli enti aggiudicatori possono sollecitare, o accettare, consulenze che possano essere utilizzate nella preparazione di specifiche per un determinato appalto, a condizione che tali consulenze non abbiano l'effetto di ostacolare la concorrenza".

strare che, nel caso di specie, i problemi di conflitto di interessi e di violazione del principio della libertà di concorrenza, non si siano effettivamente posti.

## 2) CONCLUSIONI.

Sulla base di tali autorevoli statuizioni di principio, provvederemo ora a delineare un quadro conclusivo di massima, con il quale tenteremo di prefigurare per grandi linee l'impatto che la sentenza della Corte di Giustizia appena commentata potrà (e dovrà, a nostro avviso) avere sulla nostra giurisprudenza amministrativa.

A tal fine, ci permettiamo di ricordare come, dalle considerazioni sopra evidenziate, siano emersi i seguenti punti fermi in ordine al rapporto tra la figura del progettista e quella dell'esecutore di lavori pubblici concessi in appalto:

- 1) la legge Merloni, segnatamente all'art. 17, comma 9, sancisce l'incompatibilità tra il preventivo svolgimento di un incarico di progettazione di lavori pubblici, da un lato, e la partecipazione agli appalti, alle concessioni, ai subappalti ed ai cottimi inerenti ai lavori stessi, dall'altro. Incompatibilità, questa, che si estende sia ai soggetti controllati, controllanti o collegati al soggetto affidatario dell'incarico di progettazione, sia ai suoi dipendenti e collaboratori;
- 2) con tale divieto di commistione il nostro legislatore, in nome del principio di pari trattamento degli offerenti, ha inteso evitare il rischio di possibili collegamenti tra progettisti ed esecutori di lavori pubblici, stabilendo fra tali soggetti una **incompatibilità di ruoli assoluta**, realizzata utilizzando lo strumento tecnico-giuridico della presunzione *iuris et de iure*, la quale (com'è noto) non è suscettibile di esser vinta con la prova contraria;
- 3) su tali risultati ermeneutici si è attestata tutta la giurisprudenza amministrativa sopra sommariamente analizzata, la quale, pertanto, forte di tali premesse, ha finito sempre con l'annullare gli atti di aggiudicazione degli appalti pubblici, emessi dalle stazioni appaltanti in favore dei soggetti che avessero precedentemente svolto un qualsivoglia ruolo nella fase di progettazione degli stessi;
- 4) la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, tuttavia, nella sentenza del 3 marzo 2005, muovendo proprio dalla necessità di assicurare il contemperamento del principio di proporzionalità con i principi della trasparenza, della libertà di concorrenza ed infine, della non discriminazione tra i soggetti partecipanti alle procedure di aggiudicazione degli appalti pub-

blici di lavori, di forniture e di servizi (così tante volte affermati e ribaditi nell'ambito delle direttive comunitarie sopra sommariamente citate), ha ritenuto essere il divieto assoluto di commistione tra fase progettuale e fase esecutiva, sancito dalla legge belga, **in contrasto** con il diritto comunitario, in quanto esso non consente, **in nessun caso**, a colui che abbia svolto incarichi di progettazione e che abbia, successivamente, ottenuto l'aggiudicazione dell'appalto di dimostrare che, nelle circostanze del caso concreto, tale suo "doppio" ruolo non abbia comportato alcuna una violazione del principio della libertà di concorrenza.

Orbene, se questi sono i punti fermi ai quali siamo via via pervenuti nel corso della presente relazione, il quadro evolutivo che si sta per tracciare, muovendo proprio da tali premesse logico-giuridiche, sembra essere francamente evidente.

Di fronte, infatti, ad una presa di posizione così chiara adottata dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, la normativa italiana contenuta nell'art. 17, comma 9 della Legge Merloni (oltre che negli artt. 8, comma 6 e 48 comma 2 del relativo regolamento di esecuzione, D.P.R. n. 554 del 21 dicembre 1999), appare essere in stridente antinomia con il diritto comunitario.

Se, infatti, è vero che la Suprema Corte di Giustizia è arrivata alla decisione sopra commentata partendo dalla normativa belga che prevede, negli artt. 26 e 32 del regio decreto 25 marzo 1999, l'incompatibilità assoluta tra il ruolo di progettista e quello di esecutore dei lavori (alla quale, poi, si aggiunge un **divieto relativo** di partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto in capo ai soggetti a vario titolo collegati al progettista), *a fortiori* si può ritenere che alla medesima conclusione essa potrà pervenire con riferimento ad una legislazione, come quella italiana, fondata (come si è visto) proprio **sull'assoluto divieto** di concorrere all'assegnazione dell'appalto pubblico in capo **sia** al progettista dello stesso, **sia** ai soggetti a questi più o meno intensamente collegati.

Di fronte a questa potenziale (e probabile) incompatibilità tra diritto interno e quello comunitario, quali potrebbero essere, in concreto, le soluzioni tecniche da adottare, allo scopo di evitare (tra l'altro) che il reiterarsi di provvedimenti di esclusione dall'aggiudicazione fondati sulla rigorosa legge italiana, possa (a lungo andare) eventualmente portare i soggetti esclusi dall'assegnazione medesima a chiedere alla pubblica amministrazione, attraverso la valorizzazione (in sede giudiziaria) della sentenza della Corte di Giustizia europea qui esaminata, il risarcimento dei danni da essi subiti a causa della indebita (alla luce, ovviamente, del diritto comunitario) esclusione?

Tre potrebbero essere le soluzioni al quesito appena posto.

La prima, che si muove in una prospettiva *de iure condendo*, richiederebbe un intervento del nostro legislatore ordinario, il quale correggesse l'antinomia sopra evidenziata degradando **da assoluto a relativo** il divieto di partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici in capo sia a chi abbia svolto precedentemente incarichi di progettazione degli stessi, sia in capo ai soggetti a questi variamente collegati.

Una relativizzazione, questa, che potrebbe bene essere realizzata attraverso l'inserimento di un inciso normativo che consenta al progettista di provare, in linea con l'orientamento della Corte di Giustizia europea che, nel caso concreto, la sua partecipazione alla fase di progettazione non lo abbia effettivamente agevolato, in sede di assegnazione dell'appalto, rispetto agli altri contendenti.

Nell'eventualità, invece, in cui il nostro legislatore non possa (o non voglia) essere sollecito e diligente nel conformarsi alle statuizioni di principio affermate dalla Corte (e, quindi, per tutto il tempo necessario a realizzare tale adeguamento), due sarebbero le soluzioni alle quali la nostra giurisprudenza amministrativa potrebbe ricorrere allo scopo di realizzare l'armonizzazione della normativa nazionale con quella di matrice comunitaria.

Una prima via (indubbiamente più radicale e coraggiosa) potrebbe essere quella della diretta disapplicazione della norma nazionale contrastante con il diritto comunitario, in virtù del generale principio di cooperazione tra ordinamenti giuridici, e della altrettanto generale presunzione di conformità del diritto interno a quello comunitario.

Tale soluzione, peraltro, risulterebbe tecnicamente possibile anche in considerazione del fatto che i giudici nazionali (sulla scorta delle ormai note prese di posizione della nostra Corte Costituzionale) andrebbero in questo modo ad attribuire una immediata prevalenza a principi (quali quelli di libertà di concorrenza, di non discriminazione e di proporzionalità) i quali, per il fatto stesso di costituire il nucleo essenziale dei valori giuridici sui quali la Comunità europea fu a suo tempo edificata, sono già direttamente vigenti nel nostro ordinamento positivo in quanto recepiti, tra l'altro, dalle fondamentali disposizioni del Trattato istitutivo.

Attesa tuttavia la discrezionalità del giudice nazionale nella disapplicazione del proprio diritto interno contrastante con quello comunitario, alla quale si accompagna la impossibilità di una interpretazione volta (per così dire) ad adattare la stessa norma interna a quella di matrice comunitaria con essa configgente, una soluzione sicuramente più prudente e, a nostro avviso, giuridicamente ineccepibile sarebbe quella di ricorrere all'istituto giuridico

previsto dall'art. 234 del Trattato Ce (già art. 177), il quale (com'è noto) è finalizzato ad ottenere la interpretazione di norme comunitarie da parte della Corte di Giustizia, attraverso la previsione di un rinvio pregiudiziale che si configura come **facoltativo** per i giudici nazionali di prima grado, e come **obbligatorio** per i giudici (sempre nazionali) di ultima istanza. Un rinvio, questo, al quale (lo rammentiamo) è possibile ricorrere in presenza di tre condizioni:

- a) che la questione interpretativa riguardi norme comunitarie;
- b) che sussistano effettivi dubbi sulla interpretazione delle stesse, sulla loro portata, sull'ambito della loro efficacia ovvero, infine, sull'oggetto della loro disciplina;
- c) e da ultimo, che la questione interpretativa controversa abbia rilevanza ai fini decisorii, con valenza idonea a definire il giudizio c.d. "a quo" pendente dinanzi al giudice nazionale.

Orbene, nel caso di specie, essendo a nostro avviso ricorrenti (per tutte le ragioni esposte in precedenza) tutti e tre i presupposti appena illustrati, sarebbe estremamente opportuno che i nostri giudici amministrativi, chiamati a pronunciarsi sulla legittimità di un provvedimento di aggiudicazione che abbia doverosamente applicato la normativa sancita dall'art. 17, comma 9, della Legge Merloni (qualora ritengano di non percorrere la prima delle due soluzioni appena indicate) **sospendano** quanto meno il giudizio pendente innanzi ad essi e rimettano alla Corte, in sede di rinvio pregiudiziale, il compito di decidere se tale normativa nazionale sia (oppure no) in linea con il diritto comunitario.

Così facendo, si otterrebbe una pronuncia interpretativa la quale avrebbe il doppio merito di essere giuridicamente vincolante per il giudice rimettente e di sollecitare, per così dire "dal basso", il nostro legislatore ad avviare l'opera di conformazione del diritto interno sugli appalti ai nuovi principi così solennemente affermati dalla Suprema Corte Europea.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> La natura del presente saggio, concepito e nato come intervento ad un Convegno avente ad oggetto l'analisi degli orientamenti giurisprudenziali (nazionali ed europei) formati in ordine a taluni aspetti della disciplina normativa in materia di pubblici appalti, ci ha indotto ad arricchire il testo originario della relazione soltanto con le note contenenti sia la riproduzione delle norme comunitarie concretamente utilizzate dalla Corte nella decisione qui commentata, sia la più estesa ed analitica indicazione delle fonti di cognizione, dalle quali abbiamo attinto il materiale normativo e/o giurisprudenziale utilizzato nel testo stesso.