

Progettista (e direttore dei lavori) e direttore tecnico non possono essere la stessa persona: divieto contenuto nella Legge Merloni

Autore: Redazione

In: Diritto amministrativo

L'obiettivo della norma è di evitare il conflitto di interessi fra l'incarico di direttore dei lavori con l'impresa con la quale collabora stabilmente: ammesso solo un rapporto occasionale. Il Tar per la Sardegna, Sez. di Cagliari, con la sentenza numero 397 del 3 aprile 2003, si occupa di una fattispecie relativa all'inosservanza dell'art. 17**, nono comma, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, in quanto una delle imprese associate che si sono aggiudicate il contratto non sarebbe legittimata ad assumere i lavori avendo, come direttore tecnico, il progettista dell'opera da realizzare

A cura di *****

La disposizione menzionata, osserva l'adito giudice "è stata dettata al palese scopo da una parte di evitare che il progettista possa essere condizionato, nella sua opera, dal rapporto con un'impresa, interessata all'esecuzione dei lavori, con la possibilità di adottare soluzioni progettuali particolarmente gradite a quest'ultima, e dall'altra di evitare che il progettista, una volta assunto, come di norma (art. 17, quattordicesimo comma, legge 11 febbraio 1994, n. 109), l'incarico di direttore dei lavori, si trovi in posizione di conflitto d'interessi con l'impresa con la quale collabora stabilmente"

Si legge ancora nell'emarginata sentenza che "il conflitto d'interessi, appena descritto, possa non sorgere qualora fra il progettista e l'impresa appaltatrice sia intercorso un rapporto occasionale, quale può essere quello relativo ad un singolo incarico di progettazione, ma sorga necessariamente quando il rapporto abbia un contenuto tale da comportare una stabilità di rapporti, e quindi un interesse del progettista al buon andamento dell'attività sociale"

Mentre nella fattispecie sottoposta al giudice amministrativo, "il progettista dell'opera al momento della redazione del suo elaborato rivestiva, presso l'impresa controinteressata, l'incarico di direttore tecnico, con il quale si instaura un rapporto legato non ad un singolo lavoro, ma al complesso dell'attività societaria" tale da rendere illegittima la partecipazione della ditta stessa.

In conclusione, vengono annullati sia "il verbale d'aggiudicazione provvisoria che la determinazione d'aggiudicazione definitiva dell'appalto in questione all'associazione temporanea"

**

Art. 17 (Effettuazione delle attività di progettazione, direzione dei lavori e accessorie)
(...)

9. 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; 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. I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico ed ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione ed ai loro dipendenti.
(...)"

14. Nel caso di affidamento di incarichi di progettazione ai sensi del comma 4,*** l'attività di direzione dei lavori è affidata, con priorità rispetto ad altri professionisti esterni, al progettista incaricato. In tal caso il conteggio effettuato per stabilire l'importo stimato, ai fini dell'affidamento dell'incarico di progettazione, deve comprendere l'importo della direzione dei lavori

4. La redazione del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo, nonché lo svolgimento di attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione, in caso di carenza in 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 o in caso di necessità di predisporre progetti integrali, così come definiti dal regolamento, che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze, casi che devono essere accertati e certificati dal responsabile del procedimento, possono essere affidati ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f) e g).

Sorge spontanea un'osservazione:

anche le polizze del progettista esecutivo (sia libero professionista che dipendente pubblico), previste dal combinato disposto del quinto comma dell'articolo 30 della Legge 109/94 s.m.i. con gli artt. 105 e 106 del D.p.r. 554/99, prevedono l'esclusione di operatività nel caso di collegamenti fra professionisti ed imprese. Si legge infatti nelle esclusioni di alcuni contratti di assicurazione:

L'assicurazione riferita a un determinato progetto non è efficace nel caso in cui l'esecuzione dei lavori progettati o la relativa fornitura di materiali o attrezzature o servizi sia affidata o subappaltata a un'impresa che risulti, in tutto o in parte, direttamente o indirettamente, di proprietà dell'Assicurato o da lui controllata o gestita o amministrata

Oppure:

la presente coperture non è efficace :

Per i lavori eseguiti da imprese dell'Assicurato o di cui l'assicurato stesso sia socio a responsabilità illimitata, amministratore o dipendente.

.....salvo ovviamente il caso dell'appalto integrato!!!!

E a questo punto salvo il rapporto occasionale.....!!!!!!

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA

ha emanato la seguente

SENTENZA

su ricorso n. 14/03 proposto da Impresa Costruzioni **** s.n.c. in persona dell'Amministratore e legale rappresentante rappresentata e difesa dall'avv. ***** domiciliata presso la Segreteria del Tribunale Amministrativo della Sardegna;

contro

il Comune di Lanusei in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv.ti ***** e ***** ed elettivamente domiciliato presso l'avv. ***** in Cagliari, via Donizzetti n. 5;

e nei confronti

di **** s.a.s. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Giomaria ***** ed elettivamente domiciliata presso l'avv. ***** in Cagliari, via Donizetti n. 5;

e di Società **** s.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del verbale in data 30/10/2002 della Commissione per l'aggiudicazione del pubblico incanto per l'appalto dei lavori di completamento del Cine Teatro Tonio Dei, bandito dal Comune di Lanusei, nonché di tutti gli atti e provvedimenti allegati agli atti impugnati, degli atti e provvedimenti conseguenti, successivi o comunque connessi a quelli già impugnati, anche non conosciuti;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Lanusei, in persona del Sindaco in carica e di **** s.a.s. in persona del legale rappresentante in carica;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore per la pubblica udienza del 25 marzo 2003 il consigliere ***** e uditi altresì l'avv. ***** per la parte ricorrente, e l'avv. Giomaria ***** per l'Amministrazione intimata e per la società controinteressata.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

Con ricorso a questo Tribunale, notificato il 30/12/2002 e depositato il successivo 7/1/2003 l'Impresa Costruzioni **** s.n.c. in persona del legale rappresentante impugna il verbale in data 30/10/2002 della Commissione per l'aggiudicazione del pubblico incanto per l'appalto dei lavori di completamento del Cine Teatro Tonio Dei, bandito dal Comune di Lanusei, nonché tutti gli atti e provvedimenti allegati agli atti impugnati, gli atti e provvedimenti conseguenti, successivi o comunque connessi a quelli già impugnati, anche non conosciuti.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

violazione dell'art. 17, nono comma, della legge 109/1994.

2-3)La controinteressata ha modificato la propria offerta in sede di gara.

La ricorrente chiede quindi l'annullamento degli atti impugnati, vinte le spese.

Con ordinanza n. 49 in data 29 gennaio 2003 è stata accolta l'istanza cautelare, fissando l'udienza di trattazione del ricorso.

Si è costituito in giudizio il Comune di Lanusei in persona del Sindaco in carica (autorizzato con deliberazione della Giunta n. 2 in data 7/1/2003) chiedendo, con memoria depositata il 14/1/2003, il rigetto del ricorso.

Anche la controinteressata **** di **** Gianni & ***** si è costituita in giudizio in persona del legale rappresentante chiedendo, con memoria depositata il 26/2/2003, che il ricorso venga dichiarato inammissibile ovvero respinto nel merito.

In data 5/3/2003 la ricorrente ha depositato memoria con la quale chiede anche la cancellazione di alcune frasi della memoria depositata dal Comune, e la condanna al risarcimento dei danni conseguenti.

Alla pubblica udienza si è costituito altro difensore per il Comune resistente (previa deliberazione G.M. n. 57 in data 20/3/2003).

I procuratori delle parti hanno insistito nelle rispettive conclusioni. Il difensore del Comune ha soprattutto insistito sull'inammissibilità del ricorso.

D I R I T T O

Il ricorso è rivolto avverso gli atti con i quali il Comune resistente ha aggiudicato alla costituenda associazione temporanea d'impresе (costituita dalle controinteressate dopo l'aggiudicazione) l'appalto di lavori indicato in epigrafe.

Le parti resistenti sostengono l'inammissibilità del gravame, non essendo stato esattamente individuato dalla ricorrente l'atto lesivo dei suoi interessi.

Infatti, il ricorso conterrebbe la sola, specifica, impugnazione del verbale di gara, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria in favore della costituenda associazione temporanea fra le controinteressate; l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, disposta con determinazione dirigenziale n. 399 in data 12/11/2002, sarebbe, invece, affidata al generico richiamo a tutti gli atti successivi del procedimento che per giurisprudenza pacifica, anche di questo Tribunale (sentenza n. 314 in data 1 febbraio 2002) non è sufficiente ad individuare l'oggetto dell'impugnazione.

Il Collegio riconferma l'anzidetto orientamento, ritenendo peraltro il principio inapplicabile nella presente fattispecie.

Invero, costituisce principio, altrettanto pacifico, quello secondo il quale la volontà delle parti non deve

essere manifestata mediante formule sacramentali, ma con qualsiasi espressione che consenta d'individuare univocamente le rispettive domande ed eccezioni.

Sulla base di tale presupposto, il T.A.R. Palermo con sentenza n. 2010 del 23 dicembre 2000, ha affermato che "l'indicazione del provvedimento impugnato, che forma contenuto essenziale del ricorso al giudice amministrativo, è onere da ritenersi non assolto solo quando risulti assoluta incertezza in ordine all'oggetto del giudizio, con la conseguenza che il ricorso è ammissibile allorché attraverso i motivi d'impugnazione sia possibile individuare il provvedimento che si intende impugnare" e che "ai fini della corretta individuazione del provvedimento impugnato non deve farsi esclusivo riferimento agli atti indicati nell'epigrafe del ricorso - dal momento che la volontà del ricorrente non deve necessariamente esternarsi in formule sacramentali - ma occorre desumere l'effettiva volontà dal contesto del gravame, dall'esposizione dei fatti, dal complesso delle circostanze addotte nonché, in particolar modo, dalle specifiche cen**** rivolte direttamente agli atti di cui si assume l'illegittimità, purché risulti in modo non equivoco la volontà di impugnare l'atto (nella fattispecie affrontata dal T.A.R. Palermo) presupposto" (cfr. anche, in termini, C. di S., VI, 13 aprile 1994, n. 512).

Nel caso di specie, la volontà della ricorrente è agevolmente ricostruibile.

Occorre premettere che il richiamo, contenuto nell'epigrafe del ricorso, ai successivi atti del procedimento non può essere riferito ad altro che alla determinazione dirigenziale contenente l'aggiudicazione definitiva (è bene precisare come in corso di causa sia stato accertato che questa è stata adottata il 12/11/2002 e quindi prima della redazione del gravame, il quale reca la data del 27/12/2002).

Nessun altro atto, infatti, può seguire all'aggiudicazione provvisoria, eccezion fatta per un eventuale diniego d'aggiudicazione, che avrebbe reso inutile il ricorso al giudice.

Il contenuto del ricorso, poi, è palesemente rivolto avverso l'aggiudicazione del contratto, come effetto definitivo della procedura.

Il fatto che l'aggiudicazione definitiva debba essere imputata al dirigente responsabile risulta, infine, ben presente alla ricorrente la quale, alla pag. 9 del ricorso, nel motivare l'istanza di sospensione, fa riferimento alle illegittimità commesse "dal responsabile del Servizio".

In altri termini, quindi, la ricorrente ha dato conto:

della sua volontà d'impugnare l'aggiudicazione;

dell'individuazione dell'atto che segue all'aggiudicazione provvisoria quale atto lesivo del suo interesse;

dell'imputazione di tale atto al responsabile del Servizio.

In tale situazione, l'oggetto del giudizio è adeguatamente definito.

In realtà, dall'esposizione della ricorrente manca principalmente l'indicazione degli estremi identificativi dell'atto d'aggiudicazione definitiva, che le parti resistenti non sono riuscite a dimostrare siano stati da lei conosciuti prima del deposito in giudizio della sua copia, avvenuto solo alla pubblica udienza di trattazione.

In tale situazione, peraltro, la proposizione di motivi aggiunti per estendere specificamente l'impugnazione a tale atto costituirebbe mero tuziorismo difensivo, in quanto il contenuto dell'impugnazione è, comunque, delineato sufficientemente.

Il collegio può, pertanto, procedere all'esame, nel merito, del ricorso.

Quest'ultimo è fondato, sotto l'assorbente profilo, dedotto come primo mezzo di gravame, con il quale si lamenta violazione dell'art. 17, nono comma, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, in quanto una delle

imprese associande che si sono aggiudicate il contratto non sarebbe legittimata ad assumere i lavori avendo, come direttore tecnico, il progettista dell'opera da realizzare.

Sostengono le parti resistenti che il predetto professionista sarebbe cessato dall'incarico prima dell'indizione della gara, e che solo per trascuratezza la delibera con la quale la Società ha preso atto delle sue dimissioni è stata trascritta tardivamente presso i registri della Camera di Commercio.

Il fatto, peraltro, sarebbe notorio, quanto meno nell'ambito locale.

Pertanto, l'appalto sarebbe stato assunto, dall'impresa controinteressata, quando aveva cessato ogni rapporto con il progettista e probabile direttore dei lavori (di fatto confermato nell'incarico con la determinazione dirigenziale di aggiudicazione definitiva).

L'argomentazione proposta dalle parti resistenti non può essere condivisa.

Invero, la disposizione della cui applicazione si discute è stata dettata al palese scopo da una parte di evitare che il progettista possa essere condizionato, nella sua opera, dal rapporto con un'impresa, interessata all'esecuzione dei lavori, con la possibilità di adottare soluzioni progettuali particolarmente gradite a quest'ultima, e dall'altra di evitare che il progettista, una volta assunto, come di norma (art. 17, quattordicesimo comma, legge 11 febbraio 1994, n. 109), l'incarico di direttore dei lavori, si trovi in posizione di conflitto d'interessi con l'impresa con la quale collabora stabilmente.

Ritiene il Collegio che il conflitto d'interessi, appena descritto, possa non sorgere qualora fra il progettista e l'impresa appaltatrice sia intercorso un rapporto occasionale, quale può essere quello relativo ad un singolo incarico di progettazione, ma sorga necessariamente quando il rapporto abbia un contenuto tale da comportare una stabilità di rapporti, e quindi un interesse del progettista al buon andamento dell'attività sociale.

Così, nel caso di specie, il progettista dell'opera al momento della redazione del suo elaborato rivestiva, presso l'impresa controinteressata, l'incarico di direttore tecnico, con il quale si instaura un rapporto legato non ad un singolo lavoro, ma al complesso dell'attività societaria.

Non ha, poi, rilievo, il fatto che il suddetto professionista prestasse la propria opera gratuitamente (come affermato dal Comune), circostanza, anzi, che farebbe sospettare un suo interesse diretto, e non solo professionale, nella Società.

Può, quindi, essere affermato che il progettista all'epoca della redazione dell'elaborato era in stabile collegamento con la Società, odierna controinteressata, non costituita in giudizio.

In applicazione di quanto appena esposto, deve essere affermato che quest'ultima non fosse, di conseguenza, legittimata a partecipare alla gara d'appalto.

E' appena il caso di osservare come l'opposta opinione condurrebbe a risultati palesemente incongrui, in quanto l'art. 17, settimo comma, L. 109/94 potrebbe essere agevolmente eluso mediante una sospensione del rapporto fra il professionista e la società, per il tempo necessario all'esecuzione dell'appalto.

Il ricorso deve, in conclusione, essere accolto annullando, per l'effetto, il verbale d'aggiudicazione provvisoria e la determinazione d'aggiudicazione definitiva dell'appalto in questione all'associazione temporanea, da costituire fra le controinteressate (in fatto costituita successivamente all'aggiudicazione medesima, come risulta dalla relativa determinazione dirigenziale).

Deve, invece, essere respinta l'istanza di cancellazione di alcune frasi, contenute nella memoria, depositata dal Comune resistente in data 14/1/2003.

Invero, le predette frasi non contengono alcuna affermazione offensiva, in quanto con le medesime il

difensore non fa altro che adombrare un eccesso di enfasi nelle prospettazioni difensive della ricorrente. Al rigetto di tale domanda consegue anche il necessario rigetto dell'istanza risarcitoria. In considerazione della, conseguente, reciproca soccombenza le spese possono essere integralmente compensate fra le parti costituite.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA

accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla il verbale d'aggiudicazione provvisoria e la determinazione d'aggiudicazione definitiva dell'appalto in questione all'associazione temporanea fra le controinteressate.

Respinge l'istanza di cancellazione di alcune frasi contenute nella memoria del Comune resistente, e la relativa domanda di risarcimento del danno.

Compensa integralmente spese ed onorari del giudizio fra le parti costituite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Cagliari, nella camera di consiglio, il giorno 25 marzo 2003 dal Tribunale Amministrativo per la Sardegna con l'intervento dei signori:

*****, Presidente;

*****, ***** , estensore;

***** , Primo Referendario.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA OGGI:03/04/2003

IL DIRETTORE DI SEGRETERIA

<https://www.diritto.it/progettista-direttore-dei-lavori-direttore-tecnico-non-possono-la-stessa-persona/>