

Determinazione 12 febbraio 2003, n. 4

Regolarità di Bandi aventi per oggetto la Direzione lavori e supervisione tecnica delle forniture

Considerato in fatto

L'OICE ha richiesto a questa Autorità un parere in merito alla regolarità di due bandi gara dell'Azienda Padova Servizi S.p.A., aventi ad oggetto "Direzione lavori e supervisione tecnica delle forniture" per la realizzazione di una linea di trasporto pubblico a via guidata nel Comune di Padova, nei quali è stata inserita una clausola di siffatto tenore: "l'aggiudicatario si impegna a non accettare alcun incarico dal soggetto che risulterà aggiudicatario dell'appalto per la realizzazione della linea di Trasporto Pubblico Pontevigodarzese-Centro Storico-Guizza fino al collaudo dell'opera".

A parere dell'OICE una simile clausola, pone un divieto assoluto per l'aggiudicatario dell'affidamento de quo di intrattenere rapporti commerciali con l'appaltatore, per lungo tempo (fino al collaudo), anche al di fuori dello specifico appalto al quale si riferiscono le prestazioni di direzione dei lavori e di supervisione tecnica delle forniture.

L'OICE rileva che l'unica disposizione a cui il divieto inserito nel bando di gara può essere ricondotto è l'art. 17, comma 9, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, relativo agli affidatari degli incarichi di progettazione. A suo parere, però, il divieto esula dal disposto del suddetto articolo che si riferisce ad uno specifico appalto.

L'OICE rileva, inoltre, come, per effetto della l. 1 agosto 2002, n. 166, che consente un ricorso più ampio che in passato al c.d. "appalto integrato", le situazioni di partnership tra società di ingegneria e costruttori costituiscano un elemento di grandissima rilevanza per l'attività commerciale e la partecipazione alle gare di maggiore importo.

La suddetta clausola, pertanto, rappresenterebbe un'indebita chiusura di ampie e rilevanti fette di mercato della progettazione per quelle società di ingegneria che si trovassero aggiudicatrici dei servizi in questione.

La problematica in discorso è stata sottoposta all'attenzione delle Associazioni ed Ordini professionali firmatari dei protocolli d'intesa con questa Autorità, i quali hanno formulato valutazioni in merito, sia mediante memorie, sia in sede di apposita audizione tenutasi in data 18/12/2002 presso questa Autorità.

Considerato in diritto

Al fine di fornire una soluzione alla problematica sollevata dall'OICE, deve preliminarmente richiamarsi il disposto dell'art. 17, comma 9, della l. 109/94 e s.m., in base al quale "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 (.....). 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".

Si richiama, inoltre, il disposto dell'art. 8, comma 6, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 in base al quale "gli affidatari dei servizi di supporto ...non possono partecipare agli incarichi di progettazione ovvero ad appalti e concessioni di lavori pubblici nonché a subappalti e cottimi dei lavori pubblici con riferimento ai quali abbiano espletato i propri compiti direttamente o per il tramite di altro soggetto che risulti controllato, controllante o collegato a questi ai sensi dell'art. 17 comma 9 della l.109/94"; si richiama, infine, l'art. 48, comma 2, del suddetto d.P.R. 554/1999 che stabilisce che "gli affidatari delle attività di supporto non possono espletare incarichi di progettazione e non possono partecipare neppure indirettamente agli appalti, alle concessioni ed ai relativi subappalti e cottimi con riferimento ai lavori per i quali abbiano svolto le predette attività".

Le norme richiamate stabiliscono il divieto per il progettista incaricato e per gli affidatari dei servizi di supporto di partecipare a procedure selettive per l'aggiudicazione dei lavori dell'opera in relazione alla quale abbiano prestato le proprie attività professionali, anche se in possesso dei prescritti requisiti; divieto che l'art. 17, sopra citato, estende anche ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico ed ai loro dipendenti, nonché agli affidatari degli incarichi di supporto alla progettazione ed ai loro dipendenti; inoltre, ai soggetti controllati, controllanti o collegati all'affidatario di incarichi di progettazione.

Ai sensi del suddetto art. 17, comma 9, della legge n. 109/94 e s. m., pertanto, l'affidatario dovrà scegliere se candidarsi alla redazione del progetto (o servizi affini), ovvero all'esecuzione dei lavori.

Va osservato che il fine delle norme è quello di impedire, attraverso una mirata strumentalizzazione delle attività di progettazione e delle attività ad essa correlate, la precostituzione di posizioni di vantaggio per l'aggiudicazione dei lavori in capo al progettista o ai soggetti a questo legati con conseguente violazione del principio della par condicio dei concorrenti all'appalto dei lavori. Le norme, quindi, vogliono bloccare sul nascere ogni tentativo di commistione fra soggetti operanti in ruoli e con funzioni diverse che, laddove autorizzati anche ad entrare in altre fasi dell'iter procedurale, avrebbero interesse a condizionare in tutto o in parte, per trarne successivi benefici, la loro attività.

In sostanza, l'art. 17 comma 9, della legge 109/94 e s. m. nonché gli artt. 8 e 48 del d.P.R. 554/99, riguardano il divieto per il progettista incaricato e per gli affidatari dei servizi di supporto alla progettazione, di partecipare a procedure selettive per l'aggiudicazione dei lavori in relazione alla quale abbiano prestato le proprie attività professionali. Ciò non impedisce, però, che nel passato fra progettista e aggiudicatario dei lavori ci possano essere stati rapporti di tipo professionali né che, per lavori diversi da quelli per i quali ha svolto l'attività di progettazione, ci

possano essere in futuro rapporti professionali.

Rispetto alla problematica connessa all'attività di progettazione, la figura del direttore dei lavori solleva altre e diverse questioni che necessitano di approfondimenti per giungere a definire se e come opera il divieto di intrattenere, contestualmente all'incarico di direzione dei lavori, rapporti professionali con l'esecutore dei lavori.

Il direttore dei lavori per la realizzazione di un'opera pubblica è il professionista, dotato di specifiche conoscenze tecniche ed idoneo titolo di studio, che nell'interesse del committente vigila sull'esecuzione dei lavori, emanando le disposizioni e gli ordini per assicurare la corrispondenza dell'opera stessa alle prescrizioni contrattuali e agli elaborati progettuali e sorvegliandone la buona riuscita. In considerazione dei compiti e delle funzioni che gli sono devolute, assume pertanto la veste di "agente" e deve ritenersi, quindi, funzionalmente e temporaneamente inserito nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione che gli ha conferito l'incarico, quale "organo tecnico straordinario".

La funzione autoritativa svolta dal direttore dei lavori impone che l'esplicazione del suo incarico sia preordinata, anche nel rispetto dei principi deontologici di lealtà e correttezza, esclusivamente alla salvaguardia dell'interesse pubblico ad ottenere una corretta realizzazione dell'opera, con il conseguente divieto di legami di cointeressenza tra il direttore dei lavori (vigilante) ed il soggetto esecutore dei lavori (vigilato).

Occorre, pertanto, verificare se e come opera il divieto di intrattenere, contestualmente all'incarico di direzione lavori, rapporti professionali con l'esecutore dei lavori.

Quando il direttore dei lavori è un soggetto interno alla stazione appaltante sussiste il divieto di cui trattasi, in ragione dell'esclusività del rapporto di pubblico impiego con il conseguente divieto di assumere altro impiego od incarico per conto di soggetti diversi dall'ente pubblico datore di lavoro.

Nel caso in cui le funzioni di direttore dei lavori siano attribuite ad a soggetti esterni alla stazione appaltante la natura dell'attività di direzione dei lavori fa ritenere che vi è un divieto assoluto di intrattenere rapporti professionali con l'appaltatore, in quanto è necessario garantire che il direttore dei lavori effettivamente vigili sulla corretta esecuzione dell'opera nell'esclusivo interesse della P.A. committente, assicurando così la massima trasparenza nella fase di esecuzione dei lavori.

Quanto all'operatività temporale del divieto di svolgere attività professionali nell'interesse dell'appaltatore, si ritiene che esso debba riguardare il periodo compreso dall'aggiudicazione al collaudo.

Occorre a tal fine permettere al professionista, al momento di acquisire l'incarico di direttore dei lavori, di essere in condizione di valutare se l'incarico sia conveniente, tenuto conto dei vincoli che comporta nei rapporti con l'appaltatore. Pertanto, il divieto deve essere specificamente previsto nel bando di gara in quanto si tratta di regole per le quali non è prevista espressa sanzione normativa e che, quindi, richiedono per la loro effettività impegni contrattualmente assunti.

Nel caso in cui al momento dell'aggiudicazione siano già in essere rapporti professionali tra il direttore dei lavori e l'appaltatore, occorre prevedere, anche questo nel bando di gara, che, una volta conosciuta l'identità dell'aggiudicatario, il direttore dei lavori segnali l'esistenza di tali rapporti alla stazione appaltante alla cui valutazione discrezionale è rimesso l'esame della sostanziale incidenza dei suddetti rapporti in correlazione all'incarico da affidare.

In base alle suddette considerazioni l'Autorità è dell'avviso che:

- a) ai sensi del combinato disposto di cui all'articolo 17, comma 9, della legge 11 febbraio 1994, n.109 e s. m. e agli articoli 8 e 48 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n.554 e s.m., opera per il progettista incaricato e per gli affidatari dei servizi di supporto alla progettazione il divieto di partecipare alle procedure selettive per l'aggiudicazione dei lavori in relazione alla quale abbiano prestato le proprie attività professionali;
- b) all'affidatario dell'incarico di direzione lavori è precluso, dal momento dell'aggiudicazione e fino al collaudo, accettare nuovi incarichi professionali dall'appaltatore;
- c) il direttore dei lavori, una volta conosciuta l'identità dell'aggiudicatario e abbia in essere rapporti professionali con questo, ne deve segnalare l'esistenza alla stazione appaltante alla cui valutazione discrezionale è rimesso l'esame della sostanziale incidenza di detti rapporti sull'incarico da affidare;
- d) le disposizioni di cui alle precedenti lettere b) e c) devono essere previste nei bandi di gara relativi all'affidamento delle attività di direzione dei lavori in quanto si tratta di regole per le quali non è prevista espressa sanzione normativa e che, quindi, richiedono per la loro effettività impegni contrattualmente assunti.