

# Nomos Appalti

Consulenza legale agli Enti Locali

Roma, 7 luglio 2011

**Circolare n. 178/2011**

**AI SIGG.RI PRESIDENTI  
CONFSERVIZI MARCHE E PUGLIA  
- A TUTTI GLI ASSOCIATI**

**AL SIG. PRESIDENTE  
CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI**

**E A TUTTI GLI ALTRI  
ENTI, AZIENDE E SOCIETA'  
- LORO SEDI -**

**OGGETTO: RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE**

- 1) LA PARTECIPAZIONE ALLE GARE DELLE SOCIETÀ DI PROGETTAZIONE ISTITUITE DALLE UNIVERSITÀ - CONS. STATO, AD. PLEN., 3 GIUGNO 2011, N. 10.**
- 2) LA COMPETENZA DEI GEOMETRI IN TEMA DI PROGETTAZIONE – CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. II, 21 MARZO 2011, N. 6402.**
- 3) INCOMPATIBILITÀ NELLA PARTECIPAZIONE A GARE DI SOGGETTI CHE ABBIANO ELABORATO ATTI PROGETTUALI POSTI A BASE DELLA PROCEDURA - CONS. STATO, SEZ. IV, 3 MAGGIO 2011, N. 2650.**

Si ritiene opportuno segnalare alcuni arresti giurisprudenziali particolarmente significativi in materia di servizi di progettazione.

\* \_ \* \_ \* \_ \* \_ \* \_ \*

1) L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito un aspetto molto controverso negli ultimi anni: quello della possibilità per le società costituite/partecipate dalle Università di concorrere con i privati alle gare per l'affidamento di servizi di progettazione.

È noto, infatti, che gli Ordini professionali degli Architetti e degli Ingegneri nel corso degli anni hanno presentato numerosi ricorsi per impedire la partecipazione alle gare per l'affidamento di incarichi delle società di progettazione istituite dagli Enti universitari.

La spinosa questione è stata finalmente affrontata dal Consiglio di Stato, il quale ha ritenuto che le Università non possano costituire società a scopo esclusivamente lucrativo, e cioè privo di qualsiasi collegamento con il perseguimento delle finalità istituzionali proprie delle Università stesse. Di conseguenza, la costituzione di società il cui unico fine sia quello di operare sul mercato in diretta concorrenza con i privati - come nel caso in cui l'oggetto sociale sia lo svolgimento di servizi di progettazione a favore dei committenti pubblici - non può ritenersi legittima.

# Nomos Appalti

Consulenza legale agli Enti Locali

Dunque, con la decisione n. 10/2011, l'A.P. definisce l'ambito di operatività dell'Ente pubblico, nel senso che all'Università è preclusa la possibilità di costituire società aventi ad oggetto l'erogazione di servizi sul libero mercato.

In particolare, le Università, in quanto soggetti istituiti per il perseguimento di finalità di insegnamento e di ricerca, possono dar vita a società, facendo uso della propria autonomia organizzativa e finanziaria, solo qualora le stesse siano destinate al raggiungimento dei propri fini istituzionali.

Viceversa, non può ritenersi ammissibile la costituzione di società aventi un fine meramente lucrativo, dirette cioè ad agire sul mercato per rendersi affidatarie di servizi in concorrenza con operatori economici privati.

2) La Corte di Cassazione ribadisce il proprio indirizzo, secondo cui ai geometri non può essere affidata la progettazione e la direzione dei lavori di costruzioni che comportano l'impiego di cemento armato.

Con la sentenza n. 6402/11, dunque, la Corte conferma la pronuncia di merito che aveva interpretato ed applicato correttamente il r.d. 11 febbraio 1929, n. 274 che, all'art. 16, lett. m), limita la competenza dei geometri alla progettazione, direzione e vigilanza di modeste costruzioni civili, con esclusione di quelle che comportino l'adozione, anche parziale, di strutture in cemento armato.

In siffatto contesto, peraltro, la Corte riconosce la competenza, in via eccezionale, dei geometri ad eseguire tali attività solo con riguardo alle piccole costruzioni accessorie nell'ambito degli edifici rurali o destinati alle industrie agricole che non richiedono particolari operazioni di calcolo e che, per la loro destinazione, non comportano pericolo per le persone.

Resta, quindi, esclusa, in ogni caso, la competenza nel campo delle costruzioni civili, sia pure modeste, ove si adottino strutture in cemento armato, riservata agli ingegneri ed architetti iscritti nell'albo, ai sensi dell'art. 1 r.d. 16 novembre 1939, n. 2229.

In buona sostanza, la Suprema Corte precisa che, sulla base del quadro normativo di riferimento, non vi sono ragioni per discostarsi dall'orientamento giurisprudenziale consolidato, secondo cui la progettazione e la direzione di opere da parte di un geometra in materia riservata alla competenza professionale degli ingegneri e degli architetti sono illegittime.

Di conseguenza, a rendere legittimo un progetto redatto da un geometra non rileva che esso sia controfirmato o vistato da un ingegnere ovvero che un ingegnere esegua i calcoli del cemento armato e diriga le relative opere, perché è il professionista competente che deve essere, altresì, titolare della progettazione, trattandosi di incombenze che devono essere inderogabilmente affidate dal committente al professionista abilitato secondo il proprio statuto professionale, sul quale gravano le relative responsabilità.

3) Con la decisione 3 maggio 2011, n. 2650, la Sezione quarta del Consiglio di Stato ribadisce il divieto di partecipazione alla gara di soggetti che abbiano concorso alla redazione di atti preparatori posti a base del confronto.

Ad avviso dei giudici amministrativi, viola in particolare la *par condicio* l'eventuale partecipazione ad un appalto per l'affidamento del servizio di consulenza per studi

sulla sicurezza il concorrente che abbia collaborato alla stesura delle linee guida poste a base della procedura di gara.

La questione esaminata concerne l'esatta interpretazione dell'art. 90, comma 8, d.l.gs. 163/06 e s.m.i. e, in particolare, la configurabilità in base alla norma stessa di un divieto di partecipazione alle gare.

Ad avviso dei giudici amministrativi, l'art. 90, comma 8 cit. costituisce un'applicazione del più generale principio enunciato all'art. 2, comma 1, del Codice, che impone alle stazioni appaltanti di rispettare, nelle procedure di affidamento dei propri contratti, i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità, i quali costituiscono non solo i fondamenti del Trattato U.E., ma anche espressione dei principi costituzionali in materia di azione amministrativa.

Per garantire una corretta applicazione del principio, è necessario valutare se vi sia stata una oggettiva disomogeneità delle posizioni di partenza, che abbia dato luogo a un possibile indebito vantaggio per un soggetto, e ciò a prescindere dal fatto che realmente vi sia stato un atteggiamento di favore verso un concorrente giustificato da una qualche sua contiguità con l'amministrazione appaltante.

Nella fattispecie indagata, i giudici sottolineano che gli indizi di disomogeneità nelle posizioni di partenza non necessariamente concernono situazioni limite di connivenza o collusione tra stazione appaltante e impresa, nelle quali venga garantito a quest'ultima un flusso di informazioni privilegiate.

Lo scopo della norma è, invero, la prevenzione del pericolo di alterazione della *par condicio* e non l'intervenuta lesione della stessa e/o la sussistenza di un concreto tentativo di compromissione.

La pubblicità e la notorietà delle linee guida, nel caso di specie, sono del tutto irrilevanti, perché l'incompatibilità alla partecipazione non è fondata sul dato oggettivo della conoscenza delle linee guida, ma su quello soggettivo di esserne l'autore materiale.

Tale profilo è sufficiente per rendere gli indizi di possibile alterazione della *par condicio* precisi e concordanti e, conseguentemente, operante il divieto di partecipazione alla gara.

\* \_ \* \_ \* \_ \* \_ \* \_ \*

Nel restare a disposizione si porgono cordiali saluti.

Avv. Francesco Lilli  
(responsabile del servizio)

