Articolo 18
(Modifiche al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, codice dei contratti, relative agli affidatari di incarichi di progettazione. Caso EU Pilot 4680/13/MARKT)

L'**articolo 18** è finalizzato a modificare la disciplina della progettazione, nel settore dei contratti pubblici, al fine di chiarire **che il divieto di affidamento dei contratti pubblici medesimi agli affidatari del relativo incarico di progettazione non si applica laddove** i progettisti possano dimostrare che l'esperienza acquisita nell'ambito dell'espletamento dell'incarico **non determina un vantaggio** rispetto agli altri concorrenti. Le modifiche alla disciplina vigente sono finalizzate a superare i rilievi della Commissione europea nell'ambito della procedura EU Pilot 4680/13/MARKT.

In particolare, il **comma 1 dell'articolo** apporta due modificazioni all'**articolo 90 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163** (Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, d'ora in avanti Codice), che reca la disciplina della progettazione in materia di lavori pubblici, come di seguito indicato.

La prima novella incide sul comma 8 dell'articolo 90 del Codice nel senso di precisare che gli **affidatari di incarichi di progettazione non** possono essere **affidatari** degli **appalti** o delle **concessioni di lavori pubblici**, nonché degli eventuali subappalti o cottimi (**lettera a**).

La **lettera b**), poi, aggiunge il **comma 8-bis** al citato articolo 90 del Codice, che introduce una **deroga**, al **divieto** di affidamento di appalto o di concessioni agli affidatari degli incarichi di progettazione, per i **soggetti** ivi indicati che dimostrino che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli **incarichi di progettazione** non sia tale da determinare un vantaggio che possa falsare la **concorrenza** con gli altri operatori.

L'**articolo 90, comma 8**, del **Codice** prevede 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; 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 predetti divieti 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.

L'art. **2359 del codice civile** considera in particolare società controllate:

1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;

2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;

3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

L'articolo 90 del Codice elenca, al **comma 1**, i soggetti che espletano le prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di lavori, nonché alla direzione dei lavori e agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale dei lavori pubblici.

In merito si evidenzia il **parere n. 228 del 21 dicembre 2011 dell'Autorità** per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP) che sull'art. 90 comma 8 del Codice evidenzia che il divieto di partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici posto dal legislatore a carico di chi sia stato affidatario di incarichi di progettazione e di supporto alla progettazione relativi alla medesima gara rappresenta un principio di carattere generale applicabile anche alle concessioni di servizi pubblici ed è volto ad evitare che si realizzi una qualsiasi commistione tra progettista dei lavori pubblici ed esecutore degli stessi che possa rivelarsi astrattamente pregiudizievole della *par condicio* dei concorrenti e potenzialmente dannosa per la stazione appaltante interessata a che la scelta del contraente si realizzi sulla base della libera concorrenza tra i partecipanti. Analogamente si è previsto che incorra nel divieto di cui al comma 8 dell'art. 90, del D.Lgs. n. 163 del 2006 il partecipante alla procedure di affidamento di lavori che abbia predisposto o abbia avuto modo di conoscere, anche indirettamente, la progettazione preliminare, in quanto è sufficiente il solo sospetto della possibile lesione della trasparenza nella circolazione delle informazioni legate all'intervento a costituire un *vulnus* al principio della *par condicio* (cfr. parere n. 161/2007).

Il citato parere dell'Autorità sottolinea che analoghi principi si ricavano dall'analisi della **giurisprudenza** in materia, laddove si precisa che costituisce regola generale delle incompatibilità quella che garantisce la genuinità della gara, e il suo rispetto prescinde dal fatto che realmente si sia dato un vantaggio per un concorrente a motivo di una qualche sua contiguità con l'amministrazione appaltante (CdS, Sez. VI, Sentenza n. 5087 del 2007). Il parere dell'Autorità precisa, inoltre, che la prevalente opinione giurisprudenziale ha parimenti statuito che, per pacifico principio generale, le cause di incompatibilità sono di stretta interpretazione in quanto limitative della libertà di iniziativa economica costituzionalmente garantita, con la conseguenza che a nulla vale il tentativo di un'estensione analogica a fattispecie non espressamente contemplate (cfr. Tar Piemonte 1510/2008 e CdS., Sez. VI, 13 febbraio 2004, n. 561): sulla base di tale principio infatti, è stata affermata la piena legittimità della partecipazione dell'affidatario della progettazione preliminare alla gara per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva in assenza di disposizioni che dispongano in senso contrario. Infatti, il principio della *par condicio* non può essere irrigidito fino al punto di stigmatizzare asimmetrie competitive fondate su meriti acquisiti per effetto della partecipazione a procedure rette dalle disposizioni comunitarie e nazionali ispirate alla logica concorrenziale: il vantaggio concorrenziale sotteso al previo espletamento dell'incarico finalizzato alla redazione del progetto preliminare costituisce, al pari della condizione in cui versa l'aggiudicatario in caso di procedura di rinnovo di un pregresso affidamento ovvero della situazione in cui versa l'appaltatore di lavori in ambiti territoriali limitrofi, una differenziazione fattuale la cui

positiva incidenza si atteggia ad esplicazione del giuoco concorrenziale piuttosto che fungere da fattore anticompetitivo.

Procedure di contenzioso

Nel marzo 2013 la Commissione europea ha aperto il caso EU Pilot 4680/13/MARK²¹ chiedendo alle autorità italiane chiarimenti in merito alla compatibilità con il diritto dell'UE dell'**art. 90, comma 8, del Codice dei contratti pubblici** (D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

Tale disposizione prevede 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**. La Commissione ha rilevato la contrarietà della norma al diritto europeo in materia di appalti pubblici e concessioni - con particolare riferimento all'art. 10 della direttiva 2004/17/CE e all'art. 2 della Direttiva 2004/18/CE - e ai principi generali di parità di trattamento e proporzionalità derivanti dal TFUE. Secondo la Commissione infatti la norma, per raggiungere l'**obiettivo della parità di trattamento fra tutti gli offerenti**, eccede, in quanto la sua applicazione può avere la conseguenza che soggetti che hanno effettuato taluni lavori preparatori siano esclusi dalla procedura di aggiudicazione senza che la loro partecipazione alla stessa comporti un qualsiasi rischio per la concorrenza tra gli offerenti. In particolare, tale norma **non permette a chi ha effettuato i lavori preparatori la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da lui acquisita non può falsare la concorrenza**.

Con una **nota del 19 settembre 2013**, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha risposto alla nota della Commissione europea, dichiarando l'intenzione di modificare l'articolo in oggetto attraverso l'inserimento di una norma modificativa nel disegno di legge europea 2013.

Il **30 settembre 2013** la Commissione ha comunicato all'Italia di accettare la soluzione proposta e ha richiesto l'invio del testo del disegno di legge (europea) una volta approvato, così da poter archiviare il caso EU Pilot in commento.

²¹ Il sistema EU PILOT (strumento informatico EU pilot - IT application) dal 2008 è lo strumento principale di comunicazione e cooperazione tramite il quale la Commissione, mediante il Punto di contatto nazionale - che in Italia è la struttura di missione presso il Dipartimento Politiche UE della Presidenza del Consiglio -, trasmette le richieste di informazione agli Stati membri (tutti gli Stati membri hanno aderito a questo strumento di pre-contenzioso) al fine di assicurare la corretta applicazione della legislazione UE e prevenire possibili procedure d'infrazione. Il sistema viene utilizzato quando per la Commissione la conoscenza di una situazione di fatto o di diritto all'interno di uno Stato membro è insufficiente e non permette il formarsi di un'opinione chiara sulla corretta applicazione del diritto UE e in tutti i casi che potrebbero essere risolti senza dovere ricorrere all'apertura di una vera e propria procedura di infrazione.

L'art. 18 interviene pertanto nel senso indicato dalla Commissione, chiarendo che il divieto di affidamento del contratto ai soggetti incaricati della redazione del progetto non operi **laddove essi dimostrino che l'espletamento dell'incarico di progettazione non determini una posizione di vantaggio** rispetto agli altri concorrenti.