



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Art. 24, comma 7, d.lgs.50/2016 – richiesta di parere.

### **FUNZ CONS 41/2022**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 5 maggio 2022, acquisita al prot. Aut. n. 34108 ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021 si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 14 settembre 2022, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata nella richiesta di parere, relativa all’applicazione delle disposizioni dell’art. 24, comma 7, del d.lgs. 50/2016 nei termini indicati nell’istanza medesima, si richiama in via preliminare la norma *de qua*, a tenore della quale «(...) gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara non possono essere affidatari degli appalti, nonché degli eventuali subappalti e cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività 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 e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti. Tali divieti non si applicano laddove i soggetti ivi indicati dimostrino che l’esperienza acquisita nell’espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori».

La disposizione dell’art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016, sostanzialmente corrispondente al previgente art. 90, commi 8 e 8-bis, d.lgs. n. 163 del 2006 (ancor prima, art. 17, comma 9, l. n. 109/1994), stabilisce che «gli affidatari di incarichi di progettazione non possono essere affidatari degli appalti o delle concessioni di lavori pubblici, nonché degli eventuali sub appalti o cottimi, per i quali abbiano svolto tale attività di progettazione, nemmeno mediante soggetto controllato, controllante o collegato, ed a meno che non dimostrino che l’esperienza acquisita nell’espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da poter determinare un vantaggio che alteri la concorrenza» (Relazione illustrativa del Codice dei contratti pubblici).

In relazione a tale disposizione normativa la giurisprudenza amministrativa ha sottolineato che la stessa «riproduce le incompatibilità previste dall’art. 90, comma 8 e 8 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, stabilendo che gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara

non possono essere affidatari degli appalti o delle concessioni di lavori pubblici, nonché degli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione, e prevedendo che il divieto non si applica "laddove i soggetti ivi indicati dimostrino che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori". Si estende perciò alla norma attualmente vigente l'interpretazione seguita, riguardo alle corrispondenti previsioni del d.lgs. n. 163 del 2006, dalla prevalente giurisprudenza, la quale ha affermato, tra l'altro, che:

- la disciplina è espressione di un principio generale in forza del quale ai concorrenti ad una procedura di scelta del contraente da parte della Pubblica Amministrazione deve essere riconosciuta un'omogenea posizione, ex se implicante la più rigorosa parità di trattamento, dovendo comunque essere valutato se lo svolgimento di pregressi affidamenti presso la stessa stazione appaltante possa aver creato, per taluno dei concorrenti stessi, degli speciali vantaggi incompatibili con i principi - propri non soltanto dell'ordinamento italiano, ma anche di quello comunitario - di libera concorrenza e di parità di trattamento (...);
- la ratio dell'art. 90, comma 8, va individuata nell'esigenza di garantire che il progettista si collochi in posizione di imparzialità rispetto all'appaltatore-esecutore dei lavori, potendo svolgere una funzione sostanziale di ausilio alla P. A. nella verifica di conformità tra il progetto e i lavori realizzati. Se le posizioni di progettista e di appaltatore - esecutore dei lavori coincidessero vi sarebbe il rischio di vedere attenuata la valenza pubblicistica della progettazione, con la possibilità di elaborare un "progetto su misura" per una impresa alla quale l'autore della progettazione sia legato, così agevolando tale impresa nell'aggiudicazione dell'appalto (cfr. Cons. Stato, V, 21 giugno 2012, n. 3656; id., 2 dicembre 2015, n. 5454)» (Cons. di Stato n. 2853/2018).

Anche la giurisprudenza più recente ha ribadito e sottolineato che la norma è volta ad «evitare che nella fase di selezione dell'appaltatore dei lavori sia "attenuata la valenza pubblicistica della progettazione" di opere pubbliche (Cons. Stato, V, 21 giugno 2012, n. 3656), e cioè che gli interessi di carattere generale ad essa sottesi possano essere sviati a favore dell'interesse privato di un operatore economico, con la predisposizione di progetto "ritagliato 'su misura' per quest'ultimo, anziché per l'amministrazione aggiudicatrice" (Cons. Stato, V, 9 aprile 2020, n. 2333), e la competizione per aggiudicarsi i lavori risulti falsata - anche alla luce del maggior compendio tecnico-informativo disponibile al progettista - a vantaggio dello stesso operatore (cfr. anche Cons. Stato, V, 2 dicembre 2015, n. 5454). Sotto altro profilo, in termini generali, il divieto si propone di assicurare le condizioni di indipendenza e imparzialità del progettista rispetto all'esecutore dei lavori, necessarie affinché il primo possa svolgere nell'interesse della stazione appaltante la funzione assegnatagli dall'amministrazione, anche "di ausilio alla P.A. nella verifica di conformità tra il progetto e i lavori realizzati" (Cons. Stato, n. 3656 del 2012, cit.; n. 2333 del 2020, cit.)» (Cons. di Stato n. 5499/2022).

In relazione alle previsioni dell'art. 24, comma 7 del d.lgs. 50/2016, anche l'Autorità, ha espresso avviso, in conformità all'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, ravvisando la *ratio* della norma «... nella tutela della trasparenza, dell'imparzialità e della parità di trattamento, affinché non si creino posizioni di vantaggio, dipendenti da forme di contiguità con la stazione appaltante, in capo a soggetti che hanno rivestito un ruolo determinante nell'indirizzo delle scelte dell'amministrazione in fase progettuale o che comunque hanno ricevuto un flusso di informazioni riservate tale da falsare la concorrenza». L'Autorità ha anche sottolineato «il superamento dell'automatismo dell'originario divieto, da parte del legislatore del 2014 che, a seguito della

procedura di infrazione comunitaria Eu Pilot 4860/13/MARKT, ha introdotto la possibilità, per i soggetti potenzialmente attinti dall'incompatibilità, di dimostrare che la pregressa attività non ha consentito loro di acquisire un indebito vantaggio competitivo rispetto agli altri concorrenti» (del. n. 225/2020-prec 19/20/L).

Pertanto, «la norma non introduce una causa automatica e insuperabile d'esclusione a carico del progettista coinvolto nella successiva fase esecutiva, bensì - a seguito dei correttivi introdotti in conseguenza della procedura d'infrazione europea Eu Pilot 4860/13/MARKT e della modifica legislativa di cui alla legge n. 161 del 2014, all'epoca intervenuta sul decreto legislativo n. 163 del 2006, con novellazione sostanzialmente corrispondente al testo dell'attuale art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016 - determina un regime di "inversione normativa dell'onere della prova" (Cons. Stato, V, 14 maggio 2018, n. 2853). In particolare "Tale norma pone [...] a carico dell'operatore economico aggiudicatario l'onere di dimostrare che l'esperienza acquisita nell'espletamento dell'incarico di progettazione non abbia determinato un vantaggio tale da falsare la concorrenza con gli altri operatori in fase di gara" (Cons. Stato, V, 9 marzo 2020, n. 1691); d'altra parte la possibilità di fornire detta prova contraria deve essere necessariamente assicurata all'operatore (Cons. Stato, n. 2333 del 2020, cit.). In tale prospettiva, se non v'è un divieto partecipativo assoluto e aprioristico conseguente all'avvenuta predisposizione del progetto, bensì un necessario accertamento da eseguire nel caso concreto in ordine alla posizione di vantaggio goduta dal progettista (cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., parere 3 novembre 2016, n. 2285), v'è nondimeno una presunzione normativa d'incompatibilità che si rende necessario ribaltare» (Cons. di Stato n. 5499/2022 cit.).

Con linee guida n. 1/2016 aggiornate, l'Autorità ha evidenziato che «Nel bando di gara per l'affidamento dei lavori va previsto che il concorrente, affidatario della progettazione dell'appalto in questione, deve produrre la documentazione atta a dimostrare che l'esperienza acquisita nello svolgimento dell'incarico non ha potuto falsare la concorrenza (art. 24, comma 7, ultimo periodo, codice). A tal fine è almeno necessario – in coerenza con quanto previsto per le consultazioni preliminari di mercato – mettere a disposizione di tutti gli altri candidati e offerenti le medesime informazioni messe a disposizione – anche in formato editabile – nella gara bandita per la progettazione e prevedere termini adeguati, nella gara relativa all'appalto dei lavori, per la ricezione delle offerte, in modo da consentire agli altri concorrenti di elaborare le citate informazioni. *Ciò vale anche nel caso di partecipazione dell'autore del progetto di fattibilità tecnico economica alla gara per i successivi livelli di progettazione*».

Le Linee Guida citate chiariscono quindi che la posizione di vantaggio goduta dal progettista è superabile mettendo a disposizione di tutti i concorrenti le medesime informazioni in possesso dello stesso, nonché prevedendo una congrua tempistica ai fini della presentazione delle offerte; il principio emerge del resto dall'art. 67 d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione alle consultazioni preliminari di mercato e altre informazioni scambiate o acquisite da un concorrente nella preparazione della procedura, che vanno rese disponibili agli altri operatori economici (in tal senso Cons. di Stato n. 5499/2022 cit.).

Conclusivamente, l'art. 24, comma 7, del Codice non introduce una causa automatica di esclusione dalla gara a carico del progettista, ma consente allo stesso, ove potenzialmente attinto dall'incompatibilità, di dimostrare che la pregressa attività non ha permesso di acquisire un indebito vantaggio competitivo rispetto agli altri concorrenti, tale da falsare la concorrenza.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

*Avv. Giuseppe Busia*

Firmato digitalmente il 19 settembre 2022