

STUDIO LEGALE
CANCRINI E PARTNERS

ARTURO CANCRINI

Francesco Toscano
Francesco Vagnucci
Laura Fioravanti
Filippo Casadei
Aldo Scarpello
Stefania Argentieri Piuma

Antonina Leccese
Valeria Ninfadoro
Vittorio Capuzza
Francesca Leproux
Maria Bordi
Andrea Cioccoloni del Greco
Stefano Santori
Giuseppe Durano
Monica Novelli
Giorgia Cancrini
Giovanni D'Alessio
Dario Esposito
Giulia Passino

Consulente:
PROF. AVV. MARCO D'ALBERTI

Adriana Amodeo
Giorgia Malorni
Fabrizio D'Ippolito
Federica Rosanna Salmoiraghi
Maria Teresa della Vittoria Scarpati
Antonella Mascolo
Andrea Palmieri
Maria Chiara Ciliberto
Francesca Pileggi
Jacopo Pappalardo
Marco Sciolli
Paolo Di Tosto
Flaminia Calcagno
Laura Trotta
Carlotta Frattini
Edoardo Costanzo

FOCUS DEL PROGETTO DI RIFORMA
“PROPOSTA DI REVISIONE DEL CODICE DEI CONTRATTI
PUBBLICI E RIQUALIFICAZIONE DELLA FIGURA
DELL'ARCHITETTO”

Le proposte di riforma che verranno prospettate nel presente documento, tutte riferite allo svolgimento dei servizi di architettura disciplinati dal Codice dei Contratti Pubblici di cui al D.lgs. 50/2016, muovono dalla convinzione che le logiche della concorrenza, cui si ispirano le procedure ad evidenza pubblica, abbiano determinato una sorta di spersonalizzazione della figura dell'architetto anche a scapito della dignità e del decoro della professione, favorendo il proliferare di grandi studi di architettura, sempre più organizzati in vere e proprie realtà imprenditoriali, con conseguente svilimento del principio della infungibilità e insostituibilità delle prestazioni tipiche dell'architettura quali prestazioni natura intellettuale.

L'intento della riforma, condiviso da numerosi professionisti iscritti all'Ordine degli Architetti di Roma, è, dunque, quello di valorizzare e rafforzare, anche nell'ambito dei servizi di architettura disciplinati dal D.lgs. 50/2016, l'idea che il progetto architettonico sia un'opera dell'ingegno, che

l'economicità dei compensi non può andare a scapito della qualità dei progetti, che solo la qualità dei progetti consente alle stazioni appaltanti effettivi risparmi in termini di tempo oltre che di risorse finanziarie, che la qualità dei progetti passa attraverso una adeguata formazione e qualificazione dei professionisti e, perciò, attraverso una riforma di più ampio respiro che, anche attraverso il rafforzamento dei rapporti tra Ordini e Università, coinvolga i giovani professionisti, garantendo loro il rapido avvio alla professione, attraverso l'introduzione del tirocinio professionale come percorso di accesso alla professione stessa, in condizioni di decoro e dignità. In tale prospettiva, si prospetta l'opportunità di formulare una norma di riforma che, nel duplice intento di elevare il livello di formazione universitaria e post universitaria e di valorizzare il progetto architettonico quale opera dell'ingegno e della creatività, configuri il ricorso alla procedura del concorso di progettazione o del concorso di idee di cui agli articoli 152, 153, 154, 155 e 156 del D. Lgs. 50/2016 quali procedure di scelta che in linea con il criterio di cui l'art. 1, c. 1, lett. oo), l.d. n. 11/2016 - che promuove la qualità architettonica e tecnico funzionale - dovrebbero essere preferite rispetto all'appalto di progettazione e all'appalto integrato.

In effetti, sia il concorso di idee che il concorso di progettazione - tra i quali corre una differenza in termini di oggetto, là dove nel primo vi è un'idea progettuale e nel secondo un progetto - sono procedure essenzialmente finalizzate a evidenziare le capacità creative e progettuali dei soggetti partecipanti alla prova.

In particolare, concorso di progettazione che, esalta il concetto del progetto architettonico (o ingegneristico) quale "opera d'ingegno" e non già quale mera prestazione professionale, prescindendo dalla valutazione delle capacità economico-finanziarie e tecnico-organizzative, apre significative prospettive di inserimento dei giovani nella professione.

Sempre nell'intento di potenziare il percorso formativo degli architetti e di garantire loro un livello di preparazione effettivamente adeguato anche

all'accesso all'esercizio della professione nell'ambito delle commesse pubbliche, si prospetta l'opportunità di promuovere una "Scuola del Genio civile".

E' di tutta evidenza come dall'attuazione di tale iniziativa trarrebbe indubbio vantaggio e beneficio anche la Pubblica Amministrazione, consentendole, già nell'arco di una generazione, di gestire nuovamente con efficienza e competenza gli appalti pubblici..

In estrema sintesi si può affermare che le proposte di riforma che si intendono promuovere sono tutte sorrette dall'idea di voler restituire alla professione dell'architetto la dignità di professione intellettuale, significativamente colpita dall'abolizione dei minimi tariffari e ancor più svilita, per quanto attiene il settore dei contratti pubblici, dalle regole della concorrenza.

Per quanto attiene tale specifico aspetto, si potrebbe prospettare l'introduzione di una norma che preveda una specifica percentuale massima di ribasso nelle procedure di gara per l'affidamento degli incarichi di progettazione e/o comunque per le prestazioni attinenti la progettazione delle opere nelle ipotesi di procedure per l'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione.

Tale soluzione, a vantaggio della della qualità della progettazione, lascerebbe comunque ampio margine al principio della concorrenza.

Inoltre, ribadire l'idea del progetto architettonico quale opera dell'ingegno e restituire centralità e dignità alla professione dell'architetto nell'ambito delle commesse pubbliche aventi ad oggetto la realizzazione di opere edili, significherebbe anche rafforzare il principio imprescindibile in base al quale il professionista deve essere un soggetto terzo rispetto a chi costruisce.

Sotto tale profilo, balza agli occhi la particolare criticità dell'appalto integrato, là dove il controllore (redattore della pratica, progettista, direttore dei lavori e coordinatore della sicurezza), può, per ipotesi, essere (e spesso è) anche titolare dell'impresa di costruzioni (o suo dipendente), dovendo,

dunque, essere controllato da se stesso o da un suo dipendente, con evidente conflitto di interessi anche a danno del committente dell'opera.

Tale criticità dell'appalto integrato si prospetta anche nelle ipotesi in cui il progettista sia un professionista "indicato" dall'impresa esecutrice dei lavori e, perciò, estraneo alla propria struttura, atteso che l'art. 59, comma 1 quater, D.lgs. 50/2016 prevede, comunque, la corresponsione al progettista della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione da parte dell'impresa esecutrice.

Anche in questa ipotesi si prospetta una situazione del tutto anomala per cui il progettista, che - come si è detto - in relazione al ruolo rivestito, dovrebbe essere "terzo" rispetto all'impresa esecutrice, potrebbe trovarsi a essere in qualche modo "assoggettato" alle scelte di quest'ultima, pur conservando la piena responsabilità professionale riferibile alle prestazioni svolte.

Tanto premesso, si deve considerare che l'appalto integrato non può certamente essere espulso dall'ordinamento giuridico, essendo, comunque, contemplato quale figura contrattuale prevista dalla legislazione di livello comunitario e per la quale la legislazione europea non prevede limitazioni.

In effetti, il "considerando" n. 8 della Direttiva così recita: *"vista la diversità degli appalti pubblici di lavori, è opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici possano prevedere sia l'aggiudicazione separata che l'aggiudicazione congiunta di appalti per la progettazione e l'esecuzione di lavori. La presente direttiva non è intesa a prescrivere un'aggiudicazione separata o congiunta degli appalti."*

D'altro canto l'art. 2, paragrafo 1, n. 6 della Direttiva 2014/24/UE fornisce la seguente definizione di "appalti pubblici di lavori":

"appalti pubblici aventi per oggetto una delle seguenti azioni:

- a) l'esecuzione, o la progettazione e l'esecuzione, di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato II;*
- b) l'esecuzione, oppure la progettazione e l'esecuzione di un'opera; oppure*

c) la realizzazione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice che esercita un'influenza determinante sul tipo o sulla progettazione dell'opera;”

La definizione sopra riportata, peraltro sostanzialmente identica a quella contenuta nell'art. 3, lett. II), del nuovo codice, è chiara nell'individuare l'oggetto degli “appalti pubblici di lavori” sia nella sola esecuzione che nella progettazione ed esecuzione dei lavori nel prevedere che gli appalti di lavori possano avere ad oggetto sia la sola esecuzione che la progettazione ed esecuzione, ha voluto lasciare le amministrazioni aggiudicatrici (e non gli Stati membri in sede di recepimento) libere di scegliere, fra l'appalto di sola esecuzione o di progettazione ed esecuzione, quale fosse lo strumento più opportuno per perseguire l'interesse pubblico, in ragione delle diverse peculiarità che caratterizzano il singolo appalto di lavori da realizzare.

In sostanza, il citato art. 2 della Direttiva 2014/24/UE è una norma precisa e incondizionata che non lascia un margine di discrezionalità nel recepimento o meno di essa agli Stati membri; peraltro, come accennato, nessuna altra norma della Direttiva contiene limitazioni ad essa o pone delle condizioni alla sua applicabilità.

Pertanto, una norma nazionale che restringa il campo applicativo dell'appalto integrato, a fronte di una definizione comunitaria che si esprime in termini di assoluta facoltà di scelta in capo alle stazioni appaltanti fra appalto di sola esecuzione ed appalto di progettazione ed esecuzione, non può che essere considerata in contrasto con la definizione comunitaria.

Una volta giunti alla conclusione sopra esposta, qualsiasi norma nazionale che limitasse la possibilità per le stazioni appaltanti di scegliere se affidare un appalto di progettazione ed esecuzione o di sola esecuzione risulterebbe disapplicabile.

Infatti, il principio del primato e della prevalenza del diritto comunitario, e del conseguente obbligo di disapplicazione della legislazione di diritto interno da esso difforme, è un principio accolto in modo unanime dalla

giurisprudenza, in primis della Corte di Giustizia ed ormai consolidatasi in tutti gli ordini e gradi delle giurisdizioni nazionali.

Tale principio sancisce che le disposizioni della direttiva che risultino dal punto di vista sostanziale incondizionate e sufficientemente precise, si applicano all'interno degli Stati membri ai soggetti ai quali esse si rivolgono; ciò a prescindere dal fatto che gli Stati abbiano recepito tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale o che l'abbiano recepita in tempo utile ma in modo inadeguato e/o difforme (cfr. Corte di Giustizia CE 4 marzo 1999 in causa C-258/97; CGCE 16 settembre 1999 in causa C-27/98; Consiglio di Stato, sez. IV, 6 maggio 1992 n. 481).

Preso atto di quanto sopra, si potrebbe prospettare l'ipotesi di una riforma dell'appalto integrato che configuri il professionista affidatario della progettazione quale parte contrattuale diretta del committente dell'opera da realizzare, con tutte le conseguenze che ne derivano, in termini di indipendenza dall'impresa esecutrice dei lavori, alla quale sarebbe, perciò, preclusa ogni forma di ingerenza nelle scelte progettuali e ogni forma di controllo sulle prestazioni del progettista.

Va da sé che una riforma in tal senso, implicherebbe, necessariamente una rivisitazione delle regole in tema di responsabilità; il riferimento è all'art. 106, comma 9, secondo periodo del D.lgs. 50/2016 a mente del quale “*Nel caso di appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo*”.

Rendere il progettista dell'appalto integrato “indipendente” dall'impresa esecutrice o quanto meno garantire allo stesso la più ampia libertà delle scelte tecnico/progettuali, significa, inevitabilmente, configurarlo come diretto interlocutore della stazione appaltante anche sotto il correlato profilo della responsabilità professionale.

* * * * *

Il percorso di riforma appena illustrato deve necessariamente trovare supporto, coordinamento e rappresentatività da parte di un Gruppo di lavoro *ad hoc* - composto da membri esperti del diritto dei contratti pubblici, ma aperto anche alla partecipazione degli iscritti all'OAR - con lo scopo di presentare al Governo e al Parlamento una "Proposta di Revisione del Codice dei Contratti Pubblici e Riqualificazione della figura dell'Architetto", ispirata all'idea del progetto e della prestazione professionale dell'architetto come "Opera di ingegno" e non come servizio e articolata nei punti cardine sopra passati in rassegna, già indicati in Consiglio.

Roma, 16 maggio 2022

Avv. Arturo Cancrini
