

*Regolamenti***Articolo 59. - Settore rapporti esterni e comunicazione**

Il Settore rapporti esterni e comunicazione cura:

- a) gli adempimenti e assume le iniziative per una coordinata attività nei rapporti con le Sezioni regionali dell'Osservatorio;
- b) gli oneri di pubblicità e di conoscibilità degli atti previsti dalle norme legislative e regolamentari, secondo i criteri generali definiti dal Consiglio.

2. In particolare, il Settore attende :

- a) alla pubblicazione, nelle forme stabilite dal Consiglio, dei programmi triennali e degli elenchi annuali dei lavori pubblici ad eccezione di quelli provenienti dal Ministero della Difesa, ai sensi dell'Articolo 14, comma 11, della Legge;
- b) alla trasmissione annuale alla Commissione Europea dei prospetti statistici relativi ai contratti di appalto di lavori stipulati dalle Amministrazioni aggiudicatrici nell'anno precedente, ai sensi dell'Articolo 80, comma 12, del Regolamento;
- c) alla pubblicità dell'elenco delle SOA, ai sensi dell'Articolo 11, comma 1, del DPR 25 gennaio 2000, n. 34; alla pubblicità degli elenchi, su base regionale, dei soggetti che hanno conseguito la qualificazione ai sensi dell'Articolo 8, comma 4, lett. h) , della Legge;
- d) all'attività di comunicazione relativa al "sito internet" dell'Autorità.

3. Il dirigente del Settore può essere, altresì, incaricato di svolgere le funzioni di capo dell'ufficio stampa.

**TITOLO III - Disposizioni finali e transitorie****Articolo 60. - Entrata in vigore**

1. Il presente regolamento sarà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità ed entra in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione.
2. Entro il mese successivo a quello di entrata in vigore del presente regolamento i Dirigenti generali riferiscono al Consiglio in ordine agli adempimenti previsti innovativamente dal regolamento stesso.

*Sezione II***Atti di segnalazione al Governo e al Parlamento**

(Art. 4, co. 4, lett. d, l. n. 109/94)

1. Divieto di affidamento di incarichi di progettazione cosiddetti *sottosoglia* per le società di ingegneria (art.17, co. 4, legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni) e questioni relative alla limitazione della concorrenza e all'esercizio delle professioni
2. Disposizioni di cui all'articolo 30, comma 2 *bis*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 in materia di polizze assicurative volte a garantire il mancato o l'inesatto adempimento da parte delle ditte appaltatrici e le questioni concernenti la loro operatività in assenza degli schemi-tipo di polizze assicurative da approvarsi con decreto dei Ministri dei lavori pubblici e dell'industria

**Divieto di affidamento di incarichi di progettazione cosiddetti *sottosoglia* per le società di ingegneria (art. 17 co. 4, l. 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni) e questioni relative alla limitazione della concorrenza e all'esercizio delle professioni**

(3 luglio 2000)

*Analisi della questione*

Questa Autorità è stata interessata, sulla base di numerose segnalazioni, alla questione relativa alla legittimità dei bandi di gara che prevedono l'esclusione delle società di ingegneria dalle procedure concorsuali aventi ad oggetto affidamenti di incarichi di progettazione di importo inferiore a € 200.000, in applicazione dell'articolo 17, comma 4, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni.

È opportuno, peraltro, evidenziare la circostanza che alcuni Tribunali amministrativi regionali, investiti della questione, hanno ritenuto tale esclusione contraria al dettato comunitario, disapplicando, conseguentemente, il disposto di cui al suindicato art. 17, comma 4, della legge 109/94 e successive modificazioni.

Così, si è stabilito che il regime relativo alla determinazione, in una norma nazionale, di una soglia minima di compensi professionali per l'ammissione delle società di ingegneria a gare di progettazione, appare in contrasto con gli artt. 58, 59 e 60 del Trattato CE e con gli artt. 49 e 12 del Trattato di Amsterdam, in quanto incide pregiudizialmente su fattori propri della libera concorrenza e dell'esercizio delle libere professioni.

Il Tribunale amministrativo evidenzia, inoltre, come l'art. 17, comma 4, della legge n. 109/94 e successive modificazioni incida sulla potenzialità economica dei soggetti cui si riferisce, «senza alcuna enunciazione di ragione giustificativa», producendo effetti negativi sulla pariteticità tra persone fisiche e persone giuridiche, che è sancita dalla direttiva 92/50/CEE e dall'art. 58 del Trattato CE.

Sulla base del dettato normativo risulta, quindi, che solo i committenti di lavori di maggior complessità possono avvalersi di qualunque sorta di professionista, singolo o associato, mentre per le progettazioni più semplici si intende istituire «un'area di riserva per entità organizzative considerate di minore entità, ovvero per singoli professionisti», qualora dette progettazioni siano di importo inferiore a € 200.000.

Si è realizzata, in tal modo, una normativa di favore per le posizioni individuali di progettisti, ovvero di forme di aggregazione professionale diverse dalle società di ingegneria, con ciò determinando una violazione dei principi della concorrenza.

Il legislatore, inoltre, ad avviso dello stesso giudice amministrativo, incide anche sulla configurazione dei profili professionali, finendo per collegare un abbassamento qualitativo del servizio alle progettazioni che presentino un importo inferiore alla soglia comunitaria. Ciò rappresenta un'inam-

## Sezione Seconda

missibile discriminazione tra servizi resi da singoli professionisti o forme aggregative professionali e società di ingegneria, stante il rilievo: «l'attività intellettuale necessaria all'elaborazione progettuale, di qualsiasi genere e livello di compenso, configura un dato che prescinde da fattori di organizzazione».

Lo stesso orientamento giurisprudenziale conclude ritenendo che la norma di cui al comma 4 dell'art. 17 è incompatibile con il dettato comunitario riferito agli artt. 59 e 60 del Trattato CE, sotto il duplice profilo della tutela della concorrenza e del rispetto del paritetico esercizio della professione da parte di tutti i titolari della funzione, singoli o associati.

Per le suesposte considerazioni il giudice amministrativo, accogliendo il ricorso e disapplicando il disposto di cui all'art. 17, comma 4 della legge 109/94, ha infine dichiarato l'illegittimità del bando di gara nella parte in cui esclude le società di ingegneria dalla partecipazione agli appalti per affidamento di incarichi di progettazione *sottosoglia*.

Ancora in sede di giurisdizione amministrativa si è accolta una domanda incidentale di sospensione, in quanto la norma contenuta all'art. 17, comma 4, della legge 109/94 e successive modificazioni appare in contrasto con i principi fondamentali di diritto comunitario ed in particolare con il principio di non discriminazione.

Appare opportuno segnalare che la Commissione europea, in data 27 agosto 1999, ha inviato al Governo italiano una lettera di richiesta di informazioni e chiarimenti in ordine alle disposizioni contenute nell'art. 17, commi 4, 6, 7, 8, 12, della suindicata legge quadro sui lavori pubblici, manifestando il timore che le stesse possano essere in contrasto con il diritto comunitario. Stante il rilievo che riveste la questione in oggetto ed il coinvolgimento di molteplici interessi del settore degli appalti pubblici, in conformità a quanto disposto nel Regolamento sul funzionamento dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, secondo il quale ogni valutazione dei problemi e delle prassi va condotta in base agli apporti delle Amministrazioni ed enti rappresentativi di apparati e interessi del settore dei lavori pubblici, l'Autorità stessa ha convocato un'audizione, che si è tenuta presso la propria sede in data 22 marzo 2000.

Alla convocazione è stato allegato un documento base predisposto dall'Autorità nel quale veniva prospettato il quadro complessivo della questione e veniva posto il seguente ordine di problemi:

- a) definire se l'esclusione delle società di ingegneria, prevista dall'art. 17, comma 4, della legge 109/94, come modificata dalla legge 415/98, configuri una effettiva limitazione della concorrenza e dell'esercizio delle libere professioni;
- b) esaminare se vi siano ragioni imperative di interesse generale, ai sensi dell'art. 59 CE, che giustificano l'esclusione delle società di ingegneria dagli appalti *sottosoglia*;
- c) verificare se detto articolo 17, commi 6, 7 e 8 della legge quadro sui lavori pubblici sia applicabile anche ai soggetti residenti in altri Stati membri dell'Unione europea.

Alcuni dei partecipanti all'audizione hanno presentato memorie contenenti le rispettive valutazioni sulle questioni in discussione.

*Atti di segnalazione*

1. Per quanto attiene al quesito *sub a)*, un primo orientamento ha espresso quanto segue.

La legge quadro riserva sostanzialmente, fissandone i requisiti, l'attività di progettazione esterna a due categorie di soggetti: società di ingegneria e professionisti. La ricognizione del quadro normativo in materia di progettazione mostra come il legislatore abbia voluto assicurare che la stessa fosse espletata da soggetti qualificati, in ossequio all'art. 33, comma 5, Cost. Tale orientamento è peraltro in armonia con quanto rilevato sia dalla Corte Costituzionale che dalla Corte di Giustizia. Quest'ultima ha infatti affermato che non possono ritenersi incompatibili con il Trattato i requisiti specifici che il prestatore deve possedere in forza di norme sull'esercizio della professione, giustificate dal pubblico interesse ed obbligatorie nei confronti di chiunque risieda nello Stato ove la prestazione è effettuata.

Pertanto, l'orientamento giurisprudenziale conferma che il richiedere requisiti specifici in capo al progettista è non solo compatibile con i principi dell'ordinamento nazionale e comunitario, ma è altresì da considerarsi come l'intervento nel quale siffatti principi trovano piena attuazione.

Inoltre, le società di ingegneria devono essere ricondotte nell'ambito delle società di servizi, che possono anche essere costituite da non professionisti e l'attività svolta dalle stesse non può essere 'identica' a quella tipica dell'ingegnere o dell'architetto, pur potendo scorgere un apporto elaborativo e concettuale di soggetti dotati di formazione professionale corrispondente a quella dei professionisti suddetti.

Muovendo dal presupposto, quindi, che la progettazione è un'attività da espletarsi da parte di soggetti in possesso di specifici requisiti di capacità e professionalità, la sua realizzazione non può che essere di competenza di coloro dei quali sia stata accertata l'idoneità. Nelle società di ingegneria, invece, l'apporto prettamente professionale risulta potenzialmente condizionato o strumentalizzato da fattori di altra provenienza. È quindi l'elemento dimensionale a diventare il fulcro dell'attività delle società di cui trattasi, ove l'opera del professionista risulta meramente strumentale all'organizzazione.

Il problema prioritario consiste nell'individuare termini e condizioni in base ai quali le società di ingegneria possano risultare affidatarie di incarichi.

L'articolo 17, comma 4, pertanto, precludendo alle società di cui trattasi di partecipare alle gare per l'affidamento di incarichi al di sotto di € 200.000, intende consentire la loro partecipazione solo a quelle procedure concorsuali per la progettazione nel caso in cui l'opera presenti una particolare complessità tale da richiedere una struttura organizzativa peculiare ed una capacità pragmatica interdisciplinare.

Un secondo orientamento, invece, riscontra l'illegittimità della previsione normativa di cui trattasi, ponendo in evidenza il trattamento differenziato per le due tipologie societarie previste dalla legge quadro. Infatti, mentre per le società di professionisti detta esclusione non opera né in relazione agli incarichi sotto la soglia comunitaria, né per quelli inferiori a €40.000, per le società di ingegneria la suddetta esclusione appare elusiva e restrittiva della concorrenza.

A tale proposito viene anche richiamato l'orientamento della Commissione europea espresso nel *Libro verde* sugli appalti pubblici, nel quale si afferma

## Sezione Seconda

che i principi del Trattato si applicano anche agli appalti sotto soglia, soprattutto con riferimento alla non discriminazione, alla parità di trattamento ed alla trasparenza.

Gli effetti pratici di una tale discriminazione comportano l'impedimento del libero esercizio della professione ai professionisti che si sono organizzati in forma di società di capitali. Tale effetto è peraltro illogico in quanto la legge richiede anche a queste strutture societarie di operare tramite l'apporto di professionisti iscritti ai relativi albi.

2. Per quanto attiene al quesito *sub b)*, un primo orientamento sostiene che gli articoli 9 e 41 della Costituzione trovano nell'art. 17, comma 4, della legge, piena tutela, in quanto il legislatore ha consentito che le imprese possano eseguire la progettazione solo laddove essa si configuri come un servizio. Si tratta, quindi, di una deroga al sistema di tutela che assicura la realizzazione dell'interesse generale mediante la richiesta di specifici requisiti in capo al prestatore.

Non può trascurarsi, inoltre, che nelle società di ingegneria il prestatore di lavoro non deve tener conto solo della natura della prestazione dovuta, ma anche dell'ulteriore e determinante criterio dell'interesse dell'impresa. È pertanto legittimo l'operato del legislatore di consentire l'espletamento della progettazione da parte delle società di ingegneria solo in casi tipizzati, in cui l'esigenza di tutelare l'interesse pubblico trova contemperamento in quella di assicurare la finalità propria della progettazione. La limitazione si è resa necessaria per garantire dunque l'osservanza delle norme professionali e per tutelare il destinatario dei servizi.

Un diverso orientamento ritiene, invece, che, ai sensi dell'art. 59 del Trattato CE la norma in questione costituisca una violazione al diritto comunitario non solo sotto il profilo della discriminazione a causa della nazionalità, ma anche sotto quello della libera prestazione dei servizi.

Il legislatore comunitario ha ammesso la possibilità di derogare a detti principi, ma solo sulla base di ragioni imperative di interesse generale. A tal fine è opportuno esaminare alla luce dei principi di necessità e proporzionalità se una disposizione nazionale contenga restrizioni alla libera prestazione dei servizi ed, in caso affermativo, se essa possa essere giustificata da esigenze imperative di interesse generale. La deroga è consentita, ai sensi dell'art. 56 del Trattato, allorché si tratti di tutela dell'ordine pubblico, della pubblica sicurezza e della sanità pubblica. La giurisprudenza comunitaria ha, tuttavia, elaborato anche altre ipotesi di ammissibilità ad una siffatta deroga tra le quali quella relativa alle norme professionali intese a tutelare i destinatari dei servizi, la protezione della proprietà intellettuale e la tutela dei lavoratori.

Poiché le società di ingegneria devono avvalersi sempre dell'operato di professionisti iscritti all'albo, soggetti al controllo deontologico dell'ordine, può concludersi che nessuna delle deroghe ammesse dalla giurisprudenza comunitaria possa rientrare in quella prevista dalla legge quadro.

In conclusione, trattasi di una nicchia di protezione non legittima dettata da scopi meramente economici, limitativi del principio di libera prestazione dei servizi.

*Atti di segnalazione*

3. In riferimento al terzo quesito, si è argomentato che l'interesse generale da tutelare rende conseguentemente legittima l'imposizione di specifici requisiti che le società di ingegneria, sia nazionali che di altri Stati membri, debbono possedere per partecipare ad affidamenti di incarichi di progettazione.

Inoltre, si è ritenuto che l'applicazione di queste norme al concorrente straniero vada incontro ad un'esigenza di tutela del principio di parità di trattamento.

#### *Considerazioni*

La costituzione di società di ingegneria all'interno del nostro ordinamento è un problema che la dottrina, la giurisprudenza ed il legislatore hanno vivacemente dibattuto e diversamente affrontato.

L'art. 2 della legge 23 novembre 1939, n. 1815 escludeva per l'esercizio della professione qualunque forma che non fosse quella individuale, allo scopo di precludere detto esercizio ai soggetti praticanti religioni non ammesse dal regime dell'epoca che, tutelati dalla forma societaria, sarebbero stati difficilmente controllabili.

La proibizione suddetta ha trovato successivamente, tuttavia, la propria base giuridica anche negli artt. 2229, 2232, 2237, 2238 c.c., laddove si individua nell'*intuitus personae* il fondamento dell'esercizio della libera professione. Un rapporto negoziale che si instaura con una struttura e, pertanto, su una base non strettamente personale, potrebbe violare il rapporto fiduciario che lega il professionista al cliente.

Il legislatore, in passato, ha affrontato la questione con una produzione normativa settoriale, mentre con la legge 7 agosto 1997, n. 266, abrogando il citato art. 2 della legge 1815/39, è stata definitivamente eliminata la restrizione alla costituzione delle società professionali. Si è attualmente in attesa che l'auspicata riforma delle professioni disciplini in via definitiva anche l'attività delle società di ingegneria.

In questo contesto, è intervenuta la direttiva 92/50/CEE sugli appalti pubblici di servizi che, recepita nel nostro ordinamento dal decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, ha prescritto l'effettiva equiparazione fra persone fisiche e giuridiche in fase di presentazione delle offerte, mantenendo l'obbligo di far sottoscrivere il progetto ad un soggetto abilitato all'esercizio della professione, laddove normativamente previsto.

La legge n. 415/98 fornisce un'elencazione dei soggetti che possono risultare affidatari di incarichi di progettazione di lavori pubblici ed attività accessorie, includendovi le società di ingegneria, come era già stato stabilito dalla legge n. 109/94.

Tuttavia, l'art. 17, comma 4, ultimo capoverso, della legge n. 109/94, come modificata dalla legge n. 415/98, in ordine agli affidamenti alle società di ingegneria, recita: «Le società di cui al comma 1, lettera f), singole ovvero raggruppate ai sensi del comma 1, lettera g), possono essere affidatarie di incarichi di progettazione soltanto nel caso in cui i corrispettivi siano stimati di importo pari o superiore a 200.000 ecu, salvo i casi di opere di speciale complessità e che richiedono una specifica organizzazione.».

Tale disposizione, come prima illustrato, ha generato manifestazioni di dissenso, in quanto consente la partecipazione delle società di ingegneria uni-

*Sezione Seconda*

camente alle procedure concorsuali il cui importo stimato sia pari o superiore a € 200.000. Con ciò, pertanto, si vieta la partecipazione alle gare per gli incarichi di progettazione sotto la soglia comunitaria alle società stesse, salvo il caso che si tratti di opere di speciale complessità, ove risulti necessaria una specifica organizzazione.

Va ricordato che detta limitazione non era presente nel dettato normativo della legge n. 109/94, che operava un mero rinvio al regolamento attuativo per la disciplina degli incarichi di progettazione di importo inferiore alla soglia comunitaria.

Con tale disposizione viene di fatto creata una differenziazione tra tutti gli altri prestatori di servizi attinenti alla progettazione, ivi comprese le società di professionisti, e le società di ingegneria, vietando solo a quest'ultime la partecipazione ad appalti sotto la soglia comunitaria.

È altresì opportuno sottolineare che la finalità della norma in esame sembrerebbe essere quella di salvaguardare i professionisti individuali, i quali non avendo una struttura complessa, come invece possiedono le società di ingegneria, potrebbero essere impossibilitati di fatto a competere con le stesse nelle gare per l'affidamento di incarichi di progettazione.

Pur trattandosi di appalti sotto la soglia di applicabilità della direttiva comunitaria, tuttavia, resta fermo l'obbligo del rispetto delle disposizioni contenute nel Trattato CE in materia di libera circolazione delle merci e dei servizi, nonché dei principi fondamentali di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza.

Pur se appare evidente che l'art. 17, comma 4, non contiene norme discriminatorie, poiché l'esclusione opera indistintamente per le società di ingegneria italiane e per quelle di altri Paesi e pur trattandosi di incarichi di valore inferiore alla soglia comunitaria di applicazione delle direttive sugli appalti di servizi, resta, tuttavia, la questione della compatibilità della normativa nazionale con i principi del Trattato CE ed, in particolare, con quanto disposto dall'art. 59 che prescrive non solo il divieto di qualunque discriminazione nei confronti dei prestatori di servizi, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione che possa ostacolare l'attività di un prestatore di servizi che svolga analoga attività in un altro Stato membro.

Ed invero, l'esclusione dalla partecipazione alle gare delle società di ingegneria per l'aggiudicazione di progetti sotto la soglia di 200.000 ECU, da un punto di vista comunitario, potrebbe comportare una negazione del principio di libera prestazione dei servizi.

Le misure restrittive o limitative di detto principio sono ammesse dall'ordinamento comunitario, qualora le stesse siano giustificate da esigenze imperative d'interesse generale. Queste esigenze sono espressamente contemplate dall'art. 56 del Trattato che si riferisce all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza e alla sanità pubblica.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia (causa C-222/95) ha chiarito: «la libera prestazione di servizi, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata soltanto da norme giustificate da motivi imperativi di pubblico interesse e che si applicano ad ogni persona o impresa che svolga un'attività sul territorio dello Stato destinatario, nella misura in cui tale interesse non sia salvaguardato dalle norme alle quali è assoggettato il prestatore nello Stato membro in cui è stabilito.»



*Atti di segnalazione*

Al riguardo è necessario evidenziare come l'interesse generale di tutela dei destinatari dei servizi e la deontologia professionale sia un interesse certamente degno di protezione, ma questo ha già formato oggetto dell'attenzione del legislatore nel momento in cui si è imposto l'obbligo sia per le società di professionisti, che per quelle di ingegneria, di far eseguire, unicamente da soggetti abilitati, qualsiasi attività che rientri negli appositi albi previsti dall'ordinamento, rendendoli personalmente responsabili.

La regola generale, pertanto, è quella di consentire la più ampia libertà di organizzazione dei professionisti, nel rispetto dell'art. 41 Cost., ferma restando la necessaria tutela del principio della personalità della prestazione, garantita mediante l'imputazione al professionista interno alla società, della responsabilità delle attività professionali poste in essere.

L'interesse generale da tutelare, in conclusione, è che la prestazione professionale sia materialmente svolta da un soggetto abilitato e, pertanto, sottoposto al controllo dell'ordine di appartenenza e ciò appare normativamente oggetto di tutela nell'ambito di quanto disposto dalla legge n. 109/94 e successive modificazioni.

La tutela di questo interesse, peraltro, non può essere in contrasto con l'obiettivo esigenza di assicurare l'efficienza nel mercato e, conseguentemente, la soddisfazione delle preferenze dei consumatori che ne sono i soggetti protagonisti. La tutela di tali soggetti è meglio assicurata in un contesto concorrenziale nel quale i diversi fornitori di servizi di progettazione, liberi di scegliere la formula organizzativa a loro più confacente, offrano prestazioni la cui qualità è più opportunamente garantita dall'assenza di qualunque regime di esclusiva. Del resto questa tematica è al centro del dibattito ancora in corso con riferimento al disegno di legge n. 5092 recante *Delega al governo per il riordino delle prestazioni intellettuali* che, appunto, come si rileva dal testo della relazione di accompagnamento del disegno di legge stesso tende ad affermare due esigenze: «da un lato, l'eliminazione di ogni ostacolo alla concorrenza tra professionisti ed il conseguente abbattimento di ogni ingiustificata e dannosa rendita di posizione; dall'altro lato, la tutela dell'utenza ...».

Ne consegue che, coerentemente con i principi dell'ordinamento, che in più occasioni nel settore in esame richiama l'importanza di concetti quali l'economicità, l'efficienza e l'efficacia dell'azione pubblica, la tutela delle libere professioni può essere più opportunamente perseguita nell'ambito del riordino generale delle stesse piuttosto che riordinando regimi di esclusiva, produttivi di effetti distorsivi della concorrenza e, in ultima analisi, potenzialmente lesivi dell'interesse generale della tutela dell'utente-consumatore.

Inoltre, è opportuno segnalare che l'esclusione delle società di ingegneria dall'affidamento di incarichi sottosoglia desta perplessità anche avuto riguardo alla diversità di trattamento prevista per le società di professionisti, cui non si applica detto divieto.

Ciò appare non facilmente giustificabile se si considera che l'oggetto sociale dei due tipi societari è lo stesso, includendo l'esecuzione di studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni lavori, valutazioni di congruità tecnico economica o studi di impatto ambientale.

*Sezione Seconda*

A dette argomentazioni è stata contrapposta la differente tesi secondo la quale il limite di partecipazione imposta dalla norma alle società di ingegneria ha la sua motivazione nel rapporto di lavoro subordinato che lega il professionista con l'impresa, per cui egli non deve tener conto unicamente della «natura della prestazione dovuta», ma anche «dell'interesse dell'impresa». Ciò comporterebbe una sostanziale differenza tra la figura del libero professionista e quella del dipendente di una società di ingegneria.

Il motivo per il quale il legislatore ha legittimato la partecipazione delle società di ingegneria agli affidamenti sopra € 200.000, secondo quest'ultima tesi, consisterebbe nel fatto che per detti incarichi la prestazione intellettuale è solo una parte del servizio reso e, quindi, che si giustifica la liceità del sistema poiché lo stesso è finalizzato ad assicurare un'utilità ulteriore rispetto a quella che potrebbe assicurare il singolo professionista.

Tuttavia, le argomentazioni suesposte, pur ponendo in evidenza la differenza di *status* indubbiamente esistente tra libero professionista e professionista dipendente da una società di ingegneria, non consentono di individuare l'interesse generale che sarebbe alla base della disparità di trattamento riscontrabile nella previsione normativa contenuta nell'articolo 17, comma 4, della legge n. 109/94 e successive modificazioni.

Giova ribadire che l'interesse generale da tutelare non può rispondere alla mera esigenza di salvaguardare i professionisti individuali i quali, non avendo una struttura complessa di cui avvalersi, come invece possiedono le società di ingegneria, temono di essere impossibilitati a competere con le stesse.

La tutela che deve, invece, essere qui presa in esame è quella relativa al destinatario del servizio e alla deontologia professionale e tali interessi, come detto in precedenza, sono garantiti dalla previsione normativa che impone che la prestazione professionale sia materialmente svolta da un soggetto abilitato, con ciò sottoponendo lo stesso al controllo dell'ordine di appartenenza.

Per quanto attiene all'ultimo quesito relativo all'applicabilità dell'articolo 17, commi 6, 7, 8 della legge quadro, anche a soggetti residenti in altri Stati membri, è opportuno evidenziare che anche in questo caso il problema non si pone con riguardo alla eventuale disparità di trattamento con altri prestatori di servizi operanti negli altri Stati membri, ma piuttosto in relazione al principio del reciproco riconoscimento vigente nell'ordinamento comunitario. In altri termini, bisogna valutare la circostanza per cui società di ingegneria che possano legittimamente operare nel proprio Paese si trovino, in ragione delle disposizioni suindicate, a non poter competere per gli affidamenti di incarichi di progettazione nel territorio italiano, in quanto non in possesso degli specifici requisiti richiesti. Mentre infatti, la giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto la possibilità a ciascuno Stato membro di richiedere specifici requisiti alle imprese stabilite nel proprio territorio, in base al suddetto principio, le stesse debbono essere riconosciute libere di prestare i propri servizi anche negli altri Stati membri, sulla sola base del riconoscimento ottenuto nel proprio Paese di origine.

L'avvertita esigenza di sviluppare forme organizzative complesse è particolarmente sentita nell'ambito delle professioni tecniche ove l'aspetto tecnico-

*Atti di segnalazione*

organizzativo è prodromico ed essenziale rispetto all'elemento prestazionale, come anche l'esigenza di apporti di capitali.

È anche opportuno evidenziare che in Europa le modalità di esercizio in comune della professione sono ormai divenuti modelli consolidati per l'attività in questione e variano molto da paese a paese. La normativa più completa è quella prevista dalla Francia, dove esistono due forme societarie: le *sociétés d'exercice libérale* e le *sociétés civiles professionnelles*. Mentre le seconde hanno caratteristiche simili alle società di professionisti previste dalla 'legge Merloni', le prime rappresentano modelli associativi di vere e proprie società di capitali aventi ad oggetto l'esercizio in comune della professione, di cui possono essere soci anche persone fisiche o giuridiche che non svolgano la suddetta attività o che la svolgano al di fuori dell'ambito societario. Per quanto attiene alla responsabilità, poi, ciascuno dei soci risponde illimitatamente degli atti professionali da lui compiuti, con l'individuazione di una responsabilità solidale in capo alla società.

L'organizzazione in forma societaria dell'attività comporta indubbi vantaggi sia per il consumatore sia per il professionista. Oltre, infatti, alla indiscutibile riduzione dei costi, l'organizzazione interna consente di fornire alla clientela più servizi specializzati e una più solida garanzia patrimoniale nel caso di errori nell'esercizio della propria attività.

L'auspicata adozione di una disciplina organica rappresenta anche l'occasione per adeguarsi all'evoluzione del mercato comunitario, consentendo ai professionisti di meglio fronteggiare la concorrenza internazionale.

In conclusione, la previsione normativa di cui all'articolo 17, comma 4, della legge quadro, potrebbe essere intesa come rivolta a tutelare interessi privati meramente contingenti e di breve respiro che si traducono in uno svantaggio per la collettività, non solo perché determinano restrizioni concorrenziali di notevole portata, ma anche perché frenano lo sviluppo del settore. È a tal fine utile valutare se appaiono esservi ragioni di interesse generale per precludere ad alcune categorie e per taluni appalti l'esercizio della professione in forma societaria sulla base della considerazione che tali formule mal si adatterebbero ai caratteri delle professioni intellettuali.

Se è indubbio che queste ultime hanno alcune specificità da salvaguardarsi, è pur vero che esse impongono semmai di prevedere, attraverso l'emanazione di una disciplina organica della materia, alcune regole *ad hoc*, che concilino la peculiarità delle professioni con le nuove esigenze che si presentano sul mercato, in modo di consentire ai professionisti di rispondere adeguatamente alle sfide che sono chiamati ad affrontare nel contesto europeo.

Si auspica quindi che la revisione delle norme che disciplinano l'esercizio dell'attività professionale porti a risultati positivi, mediante il conseguimento di finalità pubbliche che risultano assolutamente compatibili con la sottoposizione delle professioni alle regole del mercato e della concorrenza, senza limiti qualitativi e quantitativi.

**Disposizioni di cui all'articolo 30, comma 2 bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 in materia di polizze assicurative volte a garantire il mancato o l'inesatto adempimento da parte delle ditte appaltatrici e questioni concernenti la loro operatività in assenza degli schemi-tipo di polizze assicurative da approvarsi con decreto dei Ministri dei Lavori Pubblici e dell'Industria**  
(14 dicembre 2000)

*Analisi della questione*

Sono giunte a questa Autorità alcune segnalazioni da parte di stazioni appaltanti sulla questione relativa agli adempimenti, da parte delle compagnie assicuratrici, delle polizze assicurative volte a garantire, ai sensi dell'articolo 30, comma 2, della legge n. 109/94, gli oneri per il mancato od inesatto adempimento di un lavoro pubblico da parte della ditta appaltatrice.

L'articolo 30, comma 2 bis, della legge n. 109/94, introdotto dalla legge n. 415/98, ha disposto sul punto che tali polizze assicurative dovranno prevedere espressamente «la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale» e la loro operatività «a semplice richiesta scritta della stazione appaltante».

L'articolo 3, comma 6, lettera t), della legge n. 109/94 ha poi previsto la definizione, con il regolamento attuativo, delle modalità di attuazione di tali obblighi assicurativi, delle condizioni generali e particolari delle polizze e dei massimali garantiti, nonché in particolare delle modalità di costituzione delle succitate garanzie fidejussorie.

Detto regolamento, come noto, è entrato in vigore il 28 luglio 2000 e, in virtù delle disposizioni ivi contenute, si può ritenere che abbia dettato una disciplina particolareggiata della materia.

L'art. 9, comma 59, della l. n. 415/98, unitamente all'art. 107, ultimo comma, del predetto regolamento, hanno altresì disposto che le fidejussioni di cui trattasi dovranno essere conformi a schemi-tipo da emanarsi con provvedimento di concerto tra il Ministro dell'Industria e quello dei Lavori Pubblici.

È accaduto che, stante il vuoto normativo tuttora vigente in ordine ai predetti schemi-tipo, numerose compagnie assicuratrici hanno predisposto talune condizioni generali di contratto in cui sono riportate clausole che, per la loro formulazione generica e comunque meno restrittiva di quanto disposto dal citato art. 30 della l. n. 109/94, lasciano spazio all'applicazione del dettato normativo degli artt. 1944 e 1945 c.c.

La prima norma, che regola i rapporti tra fidejussore e debitore principale, dispone: «il fidejussore è obbligato in solido col debitore principale al pagamento del debito. Le parti, però, possono convenire che il fidejussore non sia tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore principale».

*Sezione Seconda*

L'art. 1945 c.c., che disciplina i rapporti tra fidejussore e creditore, prescrive che il garante può opporre a quest'ultimo tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salvo quelle derivanti dall'incapacità.

L'articolo 30, comma 2 *bis*, della l. n. 109/94, invece, in aderenza all'intento del legislatore che vuole garantire, in materia di lavori pubblici, una procedura volta all'efficienza e alla tempestività, ha inteso dare formale riconoscimento al cosiddetto 'contratto autonomo di garanzia', ossia a quel contratto con cui il garante, a differenza di quanto indicato negli artt. 1944 e 1945 c.c., si obbliga ad eseguire la prestazione senza opporre eccezioni attinenti alla vicenda del rapporto contrattuale. Tale forma contrattuale è stata da tempo peraltro riconosciuta legittima da parte della giurisprudenza della Suprema Corte, in ossequio al principio di autonomia negoziale di cui all'art. 1922, comma 2, c.c.

L'antinomia delle predette disposizioni normative e la mancata emanazione, a tutt'oggi, degli schemi di polizza-tipo indicati dall'art. 107 del DPR n. 554/99 e dall'art. 9, comma 59, della l. n. 415/98, recano problemi di diritto transitorio.

Ci si pone cioè la questione se, in attesa dell'approvazione degli schemi-tipo, i contratti di assicurazione fidejussoria stipulati nell'ambito del settore dei lavori pubblici rimangono o meno vincolati all'assetto contrattuale così come definito dalle parti.

Stante il rilievo che investe la questione in esame, in conformità a quanto disposto nel regolamento sul funzionamento dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, secondo il quale le valutazioni dei problemi vanno condotte in base agli apporti delle amministrazioni ed enti rappresentativi di apparati e interessi del settore dei lavori pubblici, l'Autorità stessa ha convocato un'audizione, che si è tenuta presso la propria sede in data 9 novembre 2000.

Alla convocazione è stato allegato un documento base predisposto dall'Autorità, composto da: *a*) una relazione, riferita ad una singola fattispecie emblematica della questione; *b*) un appunto nel quale veniva prospettato il quadro complessivo del problema; *c*) una lettera indirizzata all'ISVAP, in cui si chiedeva se il medesimo istituto avesse, in relazione ai propri poteri di vigilanza, prodotto determinazioni, atti di indirizzo o pareri circa l'argomento in esame; *d*) nota di risposta dell'ISVAP.

Nel documento base veniva posto il seguente problema: definire se per tutti i contratti di assicurazione stipulati ai sensi dell'art. 30 della l. n. 109/94, anteriormente o meno alla data di entrata in vigore del regolamento attuativo (28 luglio 2000), in assenza dell'approvazione degli schemi-tipo di polizza di cui agli artt. 107, u.c. del medesimo regolamento e 9, comma 59, della l. n. 415/98, possa ritenersi prevalente l'assetto contrattuale così come fissato dalle parti.

I partecipanti all'audizione, oltre a esprimere verbalmente la propria opinione, hanno presentato memorie scritte contenenti le rispettive valutazioni sulla questione in discussione. Tutti costoro hanno espresso il medesimo orientamento, che è poi quello evidenziato dall'ISVAP nella nota di risposta facente parte del documento base, e cioè che nel corso del predetto periodo temporale le parti possano regolare i propri rapporti sia mantenendo la di-

*Atti di segnalazione*

disciplina di cui agli artt. 1944 e 1945 c.c. sia derogandovi, attraverso la stipula di un contratto autonomo di garanzia.

La previsione dell'articolo 30, comma 2 *bis*, della l. n. 109/94 sarebbe quindi da intendersi vincolante solo dal momento della realizzazione del regime assicurativo definito dalla legge primaria e dalla normativa secondaria e, quindi, dall'adozione del regolamento e dall'approvazione degli schemi di polizza-tipo.

*Considerazioni*

Occorre preliminarmente considerare se l'affermazione contenuta nell'articolo 30, comma 2 *bis*, della l. n. 109/94 (la polizza dovrà prevedere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e la sua operatività entro i 15 giorni a semplice richiesta della stazione appaltante) rivesta carattere puntuale e concreto, tale da poter essere oggetto di applicazione in virtù della sola integrazione regolamentare.

Come già evidenziato, l'art. 3, comma 6, lett. *t*) della legge quadro aveva già previsto la definizione, con il regolamento attuativo, delle modalità di costituzione delle garanzie fidejussorie di cui al citato art. 30.

Il regolamento attuativo ha dettato sul punto alcune disposizioni (si vedano l'art. 100 per la cauzione provvisoria e l'art. 101 per quella definitiva) che hanno completato e precisato il contenuto dell'art. 30, dettando una disciplina esaustiva della materia e conferendo ai principi in esso indicati piena efficacia.

Da ciò discende che occorre operare una distinzione tra polizze assicurative stipulate ai sensi dell'art. 30, comma 2 *bis* della legge quadro prima dell'entrata in vigore del regolamento attuativo e quelle negoziate successivamente. Per le prime, non possono che valere le clausole contrattuali delle polizze accettate dall'amministrazione appaltante; per le seconde, invece, occorre rispettare le disposizioni normative, stante la completezza della disciplina dettata dal regolamento attuativo.

La previsione di schemi-tipo di polizza, contenuta nella l. n. 415/98, ha pertanto portata meramente organizzativa e di funzionalità concreta. Ad essa non può essere riconosciuta un'efficacia condizionante l'applicazione della norma corrispondente all'interesse sostanziale dell'amministrazione di non incontrare ostacoli alla realizzazione delle proprie pretese economiche.

Ma vi è di più: le disposizioni dell'art. 30, comma 2 *bis*, come integrate da quelle regolamentari, possono avere valore sostanziale di clausola legale di un contratto e, pertanto, nei loro confronti può trovare applicazione l'art. 1339 c.c., per il quale le clausole imposte da legge sono di diritto inserite nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti, con conseguente possibilità per l'amministrazione di agire senza preventiva escussione del debitore principale.

In conclusione: l'applicazione concreta della succitata normativa pone questioni delicate di diritto transitorio, cui l'Autorità ha inteso dare una definizione con la determinazione n. 3/2001, ove è indicato il proprio indirizzo sul punto.

*Sezione Seconda*

Si è voluto evidenziare con la predetta determinazione la necessità che, nelle more dell'emanazione degli schemi-tipo di polizza assicurativa, al fine di evitare ogni inconveniente, le stazioni appaltanti richiedano nei bandi di gara o nelle lettere di invito che nelle polizze assicurative vengano riportate le disposizioni di cui al comma 2 *bis* dell'art. 30 della l. n. 109/94.

Peraltro, la intervenuta scadenza del termine previsto dalla normativa (art. 9, comma 59, l. n. 415/98) per l'approvazione degli schemi di polizza-tipo e la circostanza che la soluzione di tali problematiche può comportare plausibilmente il ricorso alle vie giudiziarie — quindi un possibile aggravio in termini temporali all'esecuzione di un'opera pubblica — rendono necessaria una sollecita definizione degli schemi anzidetti da parte del Ministro dell'Industria e di quello dei Lavori Pubblici, necessità che si prospetta quale soluzione la quale può evitare il verificarsi di fenomeni di applicazione distorta della normativa sui lavori pubblici (art. 4, comma 4, lett. *d*, l. n. 109/94) e quindi prevenire i fenomeni stessi, anziché operare con interventi successivi al loro verificarsi.