



Unione Europea
REPUBBLICA ITALIANA
Regione Siciliana

Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità
Dipartimento Regionale Tecnico

Palermo Prot. n. 1555/DRT del **15 APR. 2014**
Allegati

Oggetto: Circolare n. 3 – 2014 - Accordo condizionato – Affidamento diretto degli incarichi professionali - Procedure

**Agli Ingegneri Capo degli Uffici del Genio Civile dell'Isola
Alle Stazioni Appaltanti dell'Isola
Agli Ordini Professionali Ingegneri, Architetti Avvocati e Geometri
Ai Dipartimenti regionali**

Per l'acquisizione dei progetti e per lo svolgimento di altre attività accessorie alla progettazione o alla direzione lavori, quando già non comprese nell'oggetto dell'appalto di lavori, il Codice dei contratti, di cui al D.Lgs. 163 del 2006, così come recepito con modifiche ed integrazioni dalla l.r. 12/2011, prevede all'articolo 90, comma 6, il ricorso in via prioritaria agli uffici tecnici delle stazioni appaltanti o di altre amministrazioni pubbliche, e in subordine, in caso di carenza di organico, difficoltà di rispettare i tempi, interventi di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale, ed anche per progetti integrali in cui sia necessario l'apporto di una pluralità di competenze, a:

- liberi professionisti singoli o associati;
- società di professionisti;
- società di ingegneria;
- consorzi stabili e raggruppamenti temporanei dei soggetti elencati

Tale possibilità è subordinata all'accertamento e certificazione da parte del RUP delle condizioni ivi indicate.

Dipartimento Regionale Tecnico – Area 1 di diretta collaborazione al Dirigente Generale

Via Munter 21 – 90145 Palermo Tel. 0917072152 - Fax 091 7072178 e-mail: dipartimento.tecnico@regione.sicilia.it area1.dipregionaletecnico@regione.sicilia.it

Responsabile procedimento: Mario Parlavecchio Piano 1 Tel. 0917072131 Fax 0917072131 email: mparlavecchio@regione.sicilia.it

Ufficio Relazioni con il Pubblico (U.R.P.) – Responsabile: Orario e giorni ricevimento: dal lunedì al venerdì dalle ore 9,00 alle ore 13,00

Stanza Piano T Telefono 0917072175 - 0917072284 Fax: 091 7072157 e-Mail: urp.infrastrutture@regione.sicilia.it

La legge dedica molto spazio alle norme sulla redazione dei progetti e sugli affidamenti degli incarichi di progettazione, direzione lavori, supporto tecnico amministrativo al responsabile di procedimento, attività accessorie alla progettazione e alla direzione lavori, la cui procedura di affidamento viene ripartita secondo due fasce d'importo:

- per gli incarichi il cui onorario stimato sia di importo inferiore a 100 mila euro si ricorre a una procedura negoziata con almeno cinque concorrenti, previa adeguata pubblicità dell'esigenza di acquisire la prestazione professionale;
- per gli incarichi il cui onorario sia pari o superiore ai 100 mila euro, si ricorre a procedure aperte, ristrette o negoziate (quando compatibili).

In definitiva queste nuove norme sanciscono la fine del rapporto fiduciario tra committente e professionista e tendono a superarlo con meccanismi che dovrebbero consentire una valutazione oggettiva delle capacità dei professionisti. La normativa sui lavori pubblici è orientata a favorire la concorrenza anche per quanto riguarda i servizi di natura intellettuale e questo evidentemente è contrario all'impostazione liberale delle professioni, che proprio per salvaguardare il concetto di fiduciarità ed evitare la concorrenza, si erano dotate (con una legge dello Stato) di tariffari minimi.

Oggi con il decreto sulle liberalizzazioni i tariffari minimi di ingegneri e architetti non sono più validi né per il settore privato né pubblico.

L'azione dell'Unione Europea nel regolamentare gli appalti pubblici ha interessato anche il settore dei servizi che nel 1992 è stato oggetto di una specifica direttiva: la 92/50/CEE, modificata e integrata nella direttiva 2004/18/CE.

Il progetto di architettura viene quindi equiparato a un prodotto e l'attività del progettista a un servizio alla pari di altre attività di natura completamente diversa. La direttiva tratta senza distinzione i servizi commerciali e le prestazioni a carattere prevalentemente intellettuale come quelle svolte dagli ingegneri e dagli architetti, facendo venir meno le caratteristiche che contraddistinguono il libero professionista rispetto alle altre figure.

Fa eccezione la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, la cui disciplina si rinviene nell'art. 57 del Codice e negli articoli 11, comma 3 della Direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992 e 31 della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004.

Tale norma individua le ipotesi tassative nelle quali le amministrazioni sono legittimate a ricorrere alla procedura negoziata senza bando, sancendo, tuttavia, un obbligo di motivazione in ordine alla scelta di utilizzare tale eccezionale metodo di scelta del contraente.

Pertanto, nella delibera o determina a contrarre, di cui all'articolo 11 del Codice dei Contratti, la stazione appaltante è tenuta ad indicare la sussistenza di tutti i presupposti giuridici e di fatto legittimanti il ricorso alla procedura negoziata ex art. 57.

Infatti, come chiarito dalla giurisprudenza comunitaria, si tratta di una procedura che deroga al normale principio di concorrenzialità che domina la materia degli appalti pubblici, e, pertanto, i casi in cui essa è legislativamente consentita sono tassativi e da interpretarsi restrittivamente, con onere

dell'amministrazione di motivare espressamente la sussistenza dei presupposti giustificativi (cfr. Corte di Giustizia CE, 8 aprile 2008, n. 337).

In Sicilia, numerosi comuni, al fine di usufruire di risorse comunitarie, hanno presentato progetti redatti in passato da tecnici esterni, ai quali l'incarico professionale era stato conferito prima dell'entrata in vigore delle norme che impongono gara di evidenza pubblica per l'affidamento degli incarichi; in tale periodo era anche frequente il ricorso all'affidamento diretto, peraltro con accordo condizionato inteso a subordinare il pagamento del compenso al professionista all'avveramento del finanziamento dell'opera pubblica dal medesimo professionista progettata.

Essenzialmente, si tratta degli incarichi conferiti a liberi professionisti durante l'arco temporale che va dall'emanazione delle direttive comunitarie 92/50/CEE del 18 giugno 1992 (pubblicata sulla G.U. n. L 209 del 24/07/1992), fino alla data di emanazione della l.r. 2/8/2002 n. 7, con la quale è stata recepita in Sicilia la riforma dei lavori pubblici, di cui alla legge 109/94, emanata in armonia alle direttive europee in materia di lavori pubblici.

In merito alla suddetta problematica, è stata recentemente presentata un'interrogazione al Parlamento Europeo, da parte dell'On. le Giovanni La Via, deputato del PPE, tendente a conoscere il parere della Commissione Parlamentare sull'ammissibilità a finanziamento delle competenze tecniche dovute al progettista dell'opera pubblica da realizzare con fondi comunitari, incaricato senza gara di evidenza pubblica, ma nel rispetto delle leggi interne vigenti nella regione siciliana al momento del conferimento dell'incarico.

La Commissione del Parlamento Europeo ha risposto, precisando che " i finanziamenti UE possono essere concessi solo a progetti pienamente conformi alla normativa UE, compresa quella in materia di appalti pubblici. Per stabilire se i contratti di servizio pubblico per la progettazione di lavori sono stati aggiudicati o meno in base alla normativa UE in materia di appalti pubblici all'epoca vigente, è necessario prendere in considerazione la data della decisione relativa all'aggiudicazione di detti contratti di servizio pubblico. Se le decisioni di cui sopra sono state adottate prima della fine del periodo di recepimento delle prime norme comunitarie che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (Direttiva 92/50/CE), la questione dell'applicabilità della normativa UE non si pone. Se le decisioni sono state adottate dopo la fine del periodo di recepimento o se i contratti hanno subito sostanziali modifiche dopo detto periodo, occorre stabilire se le procedure di aggiudicazione utilizzate hanno rispettato le norme UE vigenti al momento dell'aggiudicazione stessa. Non è pertanto rilevante il fatto che norme regionali consentano procedure di aggiudicazione contrarie alle norme dell'UE. In particolare, per valutare se le procedure di aggiudicazione diretta siano conformi alla normativa UE, occorre stabilire tra l'altro quali precisi servizi siano stati aggiudicati in quale momento, se i contratti coprono i servizi effettivamente prestati, se e quando essi sono stati sostanzialmente modificati, se i servizi rientrano nel campo d'applicazione delle direttive sugli appalti pubblici in termini di valore, quali norme della direttiva applicabile avrebbero dovuto essere applicate all'oggetto, e se possa essere applicabile una deroga all'applicazione della direttiva. Si dovrà inoltre valutare se la lunga durata dei contratti denoti l'intento di escludere il contratto dall'applicazione del diritto dell'UE nel corso del tempo".

La Commissione, in modo inequivocabile, ha chiarito che, per i contratti aggiudicati prima delle direttive europee, dette norme non si applicano, mentre per la fattispecie rappresentata con la domanda, ha sostanzialmente precisato che il finanziamento di un'opera con fondi comunitari comprende le competenze tecniche professionali, ancorché l'incarico è stato conferito senza gara di evidenza pubblica prima della fine del periodo di recepimento delle prime norme comunitarie che disciplinano l'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, ma nel rispetto delle leggi interne vigenti al momento del conferimento dell'incarico di cui alla Direttiva 92/50/CEE.

Quindi, sulla base del suddetto parere della Commissione Europea, le stazioni appaltanti possono effettuare una preventiva valutazione dell'ammissibilità a finanziamento comunitario delle competenze tecniche dei progetti presentati.

Occorre tenere anche presente che i vecchi incarichi sono stati fatti salvi e ritenuti legittimi, sulla base del principio che la disciplina della formazione di un atto è quella vigente nel momento in cui l'atto viene formato, dall'articolo 41, comma 4, della legge regionale 2 agosto 2002, n. 7, nel testo modificato con la legge regionale 19 maggio 2003, n. 7.

Nell'eventualità di mancato finanziamento europeo, non è però possibile sopperire con fondi regionali, in quanto tale eventualità non è prevista dalla vigente legislazione regionale.

Tuttavia, si ritiene utile fare alcune precisazioni in merito ai rapporti contrattuali tra le stazioni appaltanti ed i professionisti incaricati, per la fattispecie di cui ci si occupa.

Innanzitutto, è bene precisare che la clausola contrattuale interna al rapporto di prestazione d'opera professionale e recante una condizione diretta a subordinare il pagamento del compenso al professionista ad un evento futuro e incerto, qual è il finanziamento dell'opera pubblica dal medesimo professionista progettata, non è affetta da nullità.

Lo ha affermato la Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 15786 del 24 giugno 2013 che ha seguito gli stessi principi espressi dalla Corte a Sezioni Unite (Cass. SS.UU. 19/9/2005 n. 18450), che, pur applicati in una fattispecie nella quale il committente era una pubblica amministrazione, sono pienamente applicabili anche nel caso in cui il committente sia un soggetto privato.

Va osservato che la fattispecie analizzata dalla Suprema Corte è datata 1994 quando ancora esistevano le tariffe professionali ed inoltre che dal principio di inderogabilità della tariffa professionale non deriva la nullità (non prevista) della clausola, liberamente pattuita, che condiziona il pagamento al verificarsi di una condizione. I Giudici hanno ricordato i principi ribaditi sempre in Cassazione con la sentenza n. 21235 del 05/10/2009 con la quale si è affermato che "il compenso per prestazioni professionali va determinato in base alla tariffa ed adeguato all'importanza dell'opera solo nel caso in cui esso non sia stato liberamente pattuito, in quanto l'art. 2233 cod. civ. pone una garanzia di carattere preferenziale tra i vari criteri di determinazione del compenso, attribuendo rilevanza in primo luogo alla convenzione che sia intervenuta fra le parti e poi, solo in mancanza di quest'ultima, e in ordine successivo, alle tariffe e agli usi e, infine, alla determinazione del giudice, mentre non operano i criteri di cui all'art. 36, primo comma, Cost., applicabili solo ai rapporti di lavoro subordinato".

In definitiva, la violazione dei precetti normativi che impongono l'inderogabilità dei minimi tariffari non importa la nullità, ex art. 1418, primo comma, cod. civ., del patto in deroga, in quanto trattasi di precetti non riferibili ad un interesse generale, cioè dell'intera collettività, ma solo ad un interesse della categoria professionale.

Sulla questione, appare utile richiamare anche la sentenza n.13469/2010, con la quale la Corte di Cassazione è tornata a discutere del contratto sottoposto a condizione sospensiva, puntualizzando alcune questioni in merito al comportamento tenuto dalle parti nello stato di pendenza, nonché alle conseguenze in caso di mancato avveramento della condizione dovuto al comportamento omissivo di una delle parti.

La, or non più, vexata quaestio, è (era) relativa al caso dell'amministrazione pubblica che commissiona un progetto ad un professionista, subordinando, l'erogazione del compenso, al finanziamento (regionale, nazionale, europeo et similia) dell'opera pubblica oggetto della progettazione.

Ci si era chiesto se, mancando il finanziamento, si dovesse ritenere, ai sensi dell'art. 1359 c.c., avverata la condizione, mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa.

La Suprema Corte ha statuito che: < per ritenere applicabile o non applicabile l'art. 1359 c.c., a seguito del mancato avveramento della condizione suddetta il giudice di merito deve accertare se, in base ai doveri gravanti sull'amministrazione contraente in forza dell'art. 1358 c.c. – secondo l'interpretazione datane dalla sentenza delle sezioni unite di questa Corte (Cass. SS.UU. 19/9/2005 n. 18450) - essa si sia attivata per ottenere il finanziamento e le iniziative prese a tal fine corrispondessero "ad uno standard esigibile di buona fede". Deve quindi accertare, ove non si sia attivata o abbia desistito dall'attivarsi, se ciò possa considerarsi, in relazione alla situazione concretamente determinatasi, conforme agli obblighi nascenti dall'art. 1358 c.c., ovvero se ciò sia ingiustificabile alla stregua di tali obblighi.>

In tema di art. 1358 c.c. non si può tacere dell'importanza dell'obbligo di buona fede che, secondo Cass. civ., sez. III, 15 febbraio 2007, n. 3462 costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, applicabile in ambito contrattuale ed extracontrattuale, che impone di mantenere, nei rapporti della vita di relazione, un comportamento leale (specificantesi in obblighi di informazione e di avviso) nonché volto alla salvaguardia dell'utilità altrui, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio.

Nello specifico del contratto sottoposto a condizione mista, va ricordata Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2003, n. 6423, secondo la quale questo tipo di contratto è soggetto alla disciplina tanto dell'art. 1358 c.c., che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede durante lo stato di pendenza, quanto dell'art. 1359 c.c., secondo cui la condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario al suo avveramento.

In conclusione, secondo quanto statuito dalla Suprema Corte, i professionisti ai quali la P.A. abbia affidato un incarico subordinando l'erogazione del compenso al finanziamento dell'opera pubblica oggetto della progettazione, nel caso in cui il progetto non venga finanziato (mancato avveramento della condizione sospensiva) non avranno nulla a pretendere, essendo la clausola condizionante pienamente legittima, salva la dimostrazione che l'Amministrazione non abbia tenuto un comportamento secondo buona fede durante

la pendenza della condizione, causando in tal modo l'avveramento della condizione (perdita del finanziamento).

Diversamente ove l'accordo sia stato preso prima dell'entrata in vigore della direttiva 92/50/CE pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. L209 della Comunità europea in data 24/07/1992, i professionisti avranno diritto al compenso; a far data dall'entrata in vigore della suddetta direttiva eventuali accordi tra i professionisti ed i comuni saranno a carico di quest'ultimi.



Il Dirigente Generale

(In C) Vincenzo Sansone)

V. Sansone

Dipartimento Regionale Tecnico - Area 1 di diretta collaborazione al Dirigente Generale

Via Munter 21 - 90145 Palermo Tel. 0917072152 - Fax 091 7072178 e-mail: dipartimento.tecnico@regione.sicilia.it area1.dipregionaletecnico@regione.sicilia.it

Responsabile procedimento: Mario Parlavecchio Piano 1 Tel. 0917072131 Fax 0917072131 email: mparlavecchio@regione.sicilia.it

Ufficio Relazioni con il Pubblico (U.R.P.) - Responsabile: Orario e giorni ricevimento: dal lunedì al venerdì dalle ore 9,00 alle ore 13,00

Stanza Piano T Telefono 0917072175 - 0917072284 Fax: 091 7072157 e-Mail: urp.infrastrutture@regione.sicilia.it