

Direzione lavori: nessuna incompatibilità con la progettazione

La conferma del TAR: chi ha redatto il progetto a base di gara può partecipare anche alla procedura per l'affidamento di direzione lavori

di [Redazione tecnica](#) – 03.04.2024

La **direzione lavori** e il **coordinamento della sicurezza** in fase di esecuzione possono essere affidati allo stesso progettista che ha curato la **progettazione definitiva ed esecutiva** e il coordinamento della sicurezza in fase progettuale.

Direzione lavori: legittimo l'affidamento allo stesso progettista

Nessuna violazione del *favor participationis* o della concorrenza dunque, né nessuna asimmetria informativa tra concorrenti, come spiega il **TAR Lombardia** con la **sentenza del 29 marzo 2024, n. 962**, con la quale ha respinto il ricorso di uno studio di progettazione, secondo cui l'aggiudicazione allo stesso progettista sarebbe stata viziata da un incommensurabile vantaggio competitivo su tutti gli altri concorrenti, ovvero la conoscenza in via esclusiva del progetto esecutivo dei lavori da dirigere.

Secondo il ricorrente, il R.T.P. aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per aver omesso di riferire che la propria mandataria aveva predisposto la progettazione degli interventi oggetto dell'appalto, così impedendo alla Stazione appaltante di adottare idonee misure compensative in grado di neutralizzare una rilevante asimmetria informativa rispetto agli altri concorrenti, aggravata dalla mancata consegna ad essi della **copia del progetto esecutivo** e dimostrata dagli espliciti riferimenti contenuti nell'offerta tecnica del Raggruppamento aggiudicatario.

Nessuna violazione delle cause da esclusione e nessun conflitto di interessi

Una tesi che non ha convinto il giudice amministrativo, che ha richiamato le disposizioni dell'art. 80, comma 5, lett. e), del d. Lgs. n. 50 del 2016, applicabile *ratione temporis*, secondo cui *"le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora (...) una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 67 non possa essere risolta con misure meno intrusive"*. L'art. 67, comma 1 dello stesso decreto stabilisce che *"qualora un candidato o un offerente o un'impresa collegata a un candidato o a un offerente abbia fornito la documentazione di cui all'articolo 66, comma 2, o abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice adotta misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente stesso"*.

Le ipotesi di esclusione dalla gara previste all'art. 80, comma 5, del D. Lgs. n. 50 del 2016 sono infatti **tipiche e di stretta interpretazione**, non suscettibili di estensione analogica dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute e restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione, con la conseguenza che le norme di legge.

Allo stesso modo, le ipotesi di **conflitto di interesse** devono essere interpretate in maniera restrittiva e solo quale extrema ratio possono condurre all'esclusione dell'operatore che asseritamente versi in tale situazione, subordinatamente all'effettuazione di verifiche in concreto e sulla base di prove specifiche e rigorose.

La differenza tra procedure di gara e consultazioni preliminari di mercato

Nel caso in esame, il fatto che nel precedente segmento procedurale l'affidataria abbia svolto il ruolo di progettista dell'intervento posto a base di gara non è ostativo alla partecipazione a quella successiva, in quanto tale ruolo non è ricompreso nello spettro di applicazione dell'art. 67 del D. Lgs. n. 50 del 2016, che

si riferisce soltanto a coloro che abbiano fornito la documentazione di cui all'art. 66, comma 2, o abbiano altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto.

Difatti, gli artt. 66 e 67 riguardano le **consultazioni preliminari di mercato**, che vengono svolte, in vista dell'avvio di una procedura di appalto, da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici al fine di acquisire informazioni per l'avvio di una procedura: *"l'istituto delle consultazioni preliminari di mercato è una semplice pre-fase di gara, non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto, risolvendosi in uno strumento a disposizione della stazione appaltante con cui è possibile avviare un dialogo informale con gli operatori economici e/o con soggetti comunque esperti dello specifico settore di mercato onde acquisire quelle informazioni di cui è carente per giungere ad una migliore consapevolezza relativamente alle disponibilità e conoscenze degli operatori economici rispetto a determinati beni o servizi"* (Delibera A.N.A.C. n. 417 del 14 settembre 2022, che richiama Consiglio di Stato, III, 23 settembre 2019, n. 6302). Quindi le consultazioni preliminari di mercato non possono coesistere, né essere ritenute equivalenti (e confuse) con una procedura di gara, visti i differenti presupposti costitutivi dei predetti istituti giuridici; ne discende che, in presenza di una **procedura competitiva**, è per definizione esclusa l'applicabilità degli artt. 66 e 67 del D. Lgs. n. 50 del 2016, che riguardano invece una fase prodromica all'avvio della procedura competitiva.

Si tratta di un approccio in linea con quanto stabilito dall'art. 80, comma 5, lett. e), del D. Lgs. n. 50 del 2016, coerente anche con il principio di stretta interpretazione delle cause di esclusione dalla gara e del loro **divieto di estensione analogica**, in quanto limitative della libertà di concorrenza.

Incompatibilità riguarda l'affidamento dei lavori

Peraltro, nessun divieto legale di partecipazione alla gara di direzione lavori si applica ai soggetti che abbiano progettato lo stesso intervento, sussistendo incompatibilità unicamente tra attività di progettazione per progetti posti a base di gara e il successivo affidamento di lavori (art. 24, comma 7, del D. Lgs. n. 50 del 2016); l'incompatibilità si riferisce solo al caso di **cumulo tra la progettazione e l'affidamento dei lavori**, nessun rilievo riveste l'asserita violazione di tale disposizione – nella parte in cui stabilisce che *"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"* – con riguardo alle ipotesi differenti, come quella oggetto di controversia, che afferiscono alla progettazione e alla direzione (e non all'esecuzione) dei lavori, dove torna ad applicarsi la regola generale secondo la quale l'onere di provare la violazione della par condicio degli operatori è in capo a colui che solleva una tale contestazione.

Infine, spiega il TAR, la sussistenza di un'asimmetria informativa che avrebbe avvantaggiato il R.T.P. aggiudicatario non è stata nemmeno dimostrata in concreto, poiché alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, non era stato ancora avviato il procedimento per la redazione del progetto esecutivo, con la conseguente assenza di alcun concreto e apprezzabile vantaggio in vista della presentazione dell'offerta correlata alla eventuale conoscenza del progetto definitivo, ricavabile al limite soltanto dal citato progetto esecutivo.

Articolo tratto da *Lavori Pubblici*