

Centro Studi Consiglio Nazionale degli Ingegneri

L'applicabilità del principio del “terzo garante” da parte dei professionisti

**Commento alla sentenza 2.12.1999 C – 176/98 della Corte di Giustizia
CE**

(c.r. 14)

Roma, marzo 2000

**CENTRO STUDI DEL CONSIGLIO NAZIONALE
DEGLI INGEGNERI**

CONSIGLIO DIRETTIVO

dott. ing. Giovanni Angotti	Presidente
dott. ing. Alberto Speroni	Vice Presidente
dott. ing. Renato Cannarozzo	Consigliere
dott. ing. Alberto Dusman	Consigliere
dott. ing. Giancarlo Giambelli	Consigliere
dott. Massimiliano Pittau	Direttore

COLLEGIO DEI REVISORI

dott. Domenico Contini	Presidente
dott. Stefania Libori	Revisore
dott. Francesco Ricotta	Revisore

Il presente testo è stato redatto dal dott. Lorenzo Passeri, consulente del Centro Studi del Consiglio Nazionale Ingegneri, con il coordinamento del dott. Massimiliano Pittau, Direttore del Centro Studi medesimo.

INDICE

Premessa	5
1. La problematica	6
2. Argomentazioni di natura testuale	8
3. Argomentazioni di natura logica	9

Premessa

La Sezione V della Corte di Giustizia C.E. con la sentenza del 2.12.1999 resa nel procedimento C - 176/98 ha affermato il seguente principio: *“La direttiva del Consiglio 92/50 CEE consente ad un prestatore di servizi, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici richiesti per la partecipazione ad una gara d'appalto di servizi, di fare riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto. Spetta al Giudice nazionale valutare se tale prova sia stata fornita”*.

In buona sostanza il Giudice comunitario, nell'esigenza di garantire la piena attuazione della Direttiva n.92/50 CE, diretta a sua volta a salvaguardare il principio della *libera prestazione dei servizi*, ha ritenuto di privilegiare la “sostanzialità” anziché la “formalità” dell'organizzazione fra imprese, ferma restando la prova dell'effettiva disponibilità, da parte del concorrente, dei mezzi dell'impresa alla quale sia indirettamente collegato.

La questione che s'intende esaminare consiste nel verificare se, e fino a qual punto, il principio recato dalla giurisprudenza comunitaria possa applicarsi ai prestatori dei servizi di ingegneria e di architettura.

1. La problematica

Sul piano teorico la problematica trova ragione d'essere in un filone giurisprudenziale, di recente affermatosi sul territorio nazionale, che, sulla scorta delle pressioni comunitarie, è diretto tendenzialmente ad equiparare il libero professionista all'imprenditore e, conseguentemente, l'attività dallo stesso esercitata ad un'attività imprenditoriale.

E' opportuno fare un breve cenno delle principali pronunce che lo hanno caratterizzato.

La Sezione I della Corte di Appello di Milano, con l'ordinanza n. 1778, del 29.09.1999¹ ha espressamente affermato che: “ *La disciplina antitrust riguarda anche gli esercenti le professioni intellettuali, cui va applicata la nozione di impresa ai sensi dell'art. 85 del Trattato delle Comunità Europee. Inoltre, lo svolgimento di funzioni pubblicistiche da parte degli enti professionali non vale a sottrarre l'operato al vaglio delle regole sulla concorrenza*”.

Ancora più esplicita è la Sezione I del T.A.R. Lazio con la sentenza n. 466 del 28.1.2000² nella quale si dispone, fra l'altro, che: “ *Ai fini specifici della tutela della libera concorrenza, la cui disciplina è di derivazione comunitaria, **gli esercenti le professioni intellettuali sono considerati imprese**, consistendo la loro attività nell'offerta sul mercato di prestazioni suscettibili di valutazione economica e di acquisto delle stesse dietro corrispettivo; ai medesimi fini, **gli ordini professionali sono considerati associazioni di imprese**, sussistendo il profilo strutturale di ente*

¹ Si veda “Giornale Di Diritto Amministrativo”, Milano, n. 2/2000, pagg.149 ss.

² Si veda “Guida al Diritto”, Milano, n. 6/2000, pagg. 85 ss.

associativo, nonché quello funzionale rappresentato dalla capacità di influenzare il mercato di riferimento”.

Una lettura comparata fra il dispositivo delle pronunce da ultimo citate e quello esperito dalla Corte di Giustizia della Ce potrebbe condurre ad una soluzione corretta della problematica originariamente prospettata. Difatti:

- 1) se in ossequio al principio della libera prestazione dei servizi in ambito comunitario, la Corte di Giustizia riconosce al prestatore di servizi la facoltà di ricorrere a referenze esterne per comprovare il possesso dei requisiti tecnici ed economici necessari ai fini della qualificazione per la partecipazione a gare d'appalto, quale che sia la natura giuridica del vincolo che lega il prestatore concorrente nella gara ed il terzo in possesso dei summenzionati requisiti;
- 2) se i liberi professionisti sono equiparati, alla stregua della richiamata giurisprudenza, ad un imprenditore e la loro attività è qualificata come imprenditoriale;
- 3) anche a questi ultimi dovrebbe essere concessa la facoltà di potersi avvalere, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici per la partecipazione ad una gara d'appalto di servizi, di **altri soggetti**, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli reciproci.

Con riferimento specifico all'attività di progettazione si ritiene, però, che un'indagine sulla problematica *de qua*, condotta tenendo presente l'intero quadro normativo che regola il settore, non possa che condurre a negare l'operatività del summenzionato principio comunitario.

Le ragioni possono essere ricondotte ad una duplice categoria: testuale e logica.

2. Argomentazioni di natura testuale

Un'indagine testuale sulla struttura del quesito formulato dal T.A.R. Sardegna è di preliminare importanza per fare chiarezza sulla problematica. Il Giudice amministrativo ha difatti chiesto, alla Corte di Giustizia, se la Direttiva 92/50 consentisse ad una **società** (non un qualsiasi imprenditore) di comprovare il possesso dei requisiti tecnici e finanziari richiesti per l'ammissione ad una gara d'appalto facendo valere le referenze di altro soggetto che sia **unico socio** di una delle **società** di cui la prima è **partecipata**.

E', pertanto, chiaro come il predetto quesito abbia dettagliatamente circoscritto la questione indagata dalla Corte di Giustizia della CE, al solo caso di una società partecipata da un'altra società; situazione oggettivamente ben diversa, pur alla luce dell'equiparazione fra l'imprenditore ed il libero professionista, rispetto a quella nella quale versi, appunto, quest'ultimo qualora intenda avvalersi delle capacità tecniche ed economiche di un altro libero professionista.

L'operatività della sentenza resa dal Giudice comunitario deve quindi essere vagliata e ponderata considerando la diversità della fattispecie; per quanto ogni pronuncia giurisprudenziale rechi con sé principi generali, in questo caso, infatti, la Corte di Giustizia si è preoccupata di chiarire il fenomeno del collegamento fra imprese organizzate in forma societaria non ponendosi minimamente quello della qualificazione del libero professionista.

3. Argomentazioni di natura logica

Le obiezioni mosse alla sentenza sotto il profilo testuale possono essere superate considerando, come già anticipato, che i principi dalla stessa recati sono di ordine generale, quindi suscettibili di una applicazione indifferenziata per casi analoghi. Essendo il libero professionista ritenuto, almeno dalla prevalente giurisprudenza, un imprenditore, in linea teorica non sussisterebbero elementi impeditivi in merito all'applicabilità allo stesso del principio propugnato dalla Corte di Giustizia.

Sembra però opportuno chiarire ulteriormente il contenuto delle sentenze nazionali summenzionate al fine di definire ulteriormente il quadro della problematica.

Si è già detto dell'orientamento giurisprudenziale che tende ad equiparare l'attività libero professionale ad attività imprenditoriale e, di conseguenza, il libero professionista all'imprenditore; sul punto va ulteriormente precisato che l'equiparazione summenzionata non deve ritenersi generalizzata, bensì incontra un limite evidente nei diversi profili concettuali che informano la libera professione e che giustificano una peculiare disciplina della stessa, sia essa privatistica o pubblicistica.

In buona sostanza l'equiparazione fra imprenditore e libero professionista si concreta in quei soli casi nei quali sia necessario *“garantire il valore giuridico della libera concorrenza in tutti gli ambiti nei quali si realizzi la prestazione di beni o servizi dietro corresponsione di un corrispettivo in regime di libero mercato”*.

Ora, con riferimento al caso specifico, l'indizione di un concorso di progettazione pone necessariamente l'esigenza prima di tutelare il principio comunitario della libertà di concorrenza, in considerazione del fatto che il

progettista concorrente è equiparato ad un imprenditore, perché prestatore di un'attività consistente “nell'offerta di prestazioni suscettibili di valutazione economica”⁴ e perché tale idonea ad incidere sugli equilibri di mercato. Ne consegue l'assoggettamento del libero professionista – imprenditore, alla normativa comunitaria *antitrust* diretta a garantire l'assetto concorrenziale del mercato.

Riesaminando il contenuto della pronuncia della Corte di Giustizia della Ce del 2.12.1999, n. C - 176/98, è facile notare come la stessa abbia ad oggetto però la tutela di un altro fondamentale principio comunitario: quello della **libera prestazione dei servizi**.

Proprio per soddisfare tale ultima esigenza il Giudice comunitario riconosce, come già detto, la facoltà del prestatore di servizi “*che non soddisfi da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi, di far valere presso l'Autorità aggiudicatrice le capacità di terzi ai quali conta di ricorrere qualora gli sia aggiudicato l'appalto*”.

In linea teorica, dunque:

- 1) se il libero professionista è equiparato all'imprenditore;
- 2) se per l'imprenditore è stata abbattuta l'esigenza di una specifica organizzazione formale al fine della qualificazione per la partecipazione ad una gara d'appalto di servizi;
- 3) anche al libero professionista potrà essere applicato tale principio giurisprudenziale.

L'operatività di tale ultimo sillogismo deve però essere vagliata tenendo presente il quadro normativo complessivo che disciplina il settore della progettazione.

⁴ Si veda nota precedente.

Innanzitutto è opportuno porre una distinzione fra i soggetti collettivi ed individuali preposti all'esercizio dell'attività di progettazione.

Per quanto concerne la prima categoria (società professionali in genere), il principio propugnato dal Giudice comunitario si applica perfettamente, giacché una società di professionisti oppure una società di ingegneria concorrenti in una procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi, ben potranno ricorrere, ai fini della qualificazione, ai requisiti tecnici e finanziari di un'altra società dalla quale non siano partecipate, ma alla quale siano indirettamente collegate.

Più complesso è il discorso in merito al professionista soggetto individuale. Difatti, è possibile riconoscere come quest'ultimo, alla luce della sentenza citata, in via teorica, non è più costretto ad organizzarsi in una forma giuridica ben definita (ad es. A.T.I.) al fine di far valere requisiti posseduti da altro soggetto. In realtà però all'operatività concreta del principio propugnato dal Giudice comunitario si oppongono ostacoli che, sotto il profilo della disciplina normativa, sembrano difficilmente superabili.

Se un singolo libero professionista volesse avvalersi delle capacità, siano esse tecniche od economiche, di un altro libero professionista al fine della qualificazione per la partecipazione ad una gara, potrebbe, a livello teorico, porre in essere un formale vincolo giuridico (contratto etc.) che leghi i diversi soggetti fino al punto da rendere comuni i requisiti posseduti dal singolo, non potendosi certo ipotizzare che il libero professionista "associato" accetti di partecipare esclusivamente come prestanome.

Proprio su quest'ultima possibilità si pongono le limitazioni scaturenti dalla disciplina del settore. Difatti all'ipotesi di un collegamento fra due o più progettisti concretabile in un mero accordo formale ed in quanto tale certamente non riconducibile ad un raggruppamento temporaneo, si oppone

l'art.17 della Legge n. 109/94, così come modificato dall'art. 6 della Legge n. 415/98, il quale testualmente reca che: "le prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, nonché alla direzione dei lavori ed agli incarichi di supporto tecnico amministrativo alle attività del responsabile unico del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale di cui all'art. 14 sono espletate: (..)

d) da liberi professionisti singoli ed associati nelle forme di cui alla legge n. 1815/1923;

e) dalle società di professionisti;

f) dalle società di ingegneria;

g) da raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere d), e) e f)".

L'inciso "sono espletate" denota chiaramente una tassatività dell'elencazione dei soggetti competenti ad eseguire l'attività di progettazione.

L'assunto trova conferma anche nel Regolamento generale sui lavori pubblici che, all'art. 50, afferma che: "quando ricorre una delle situazioni previste dall'art. 17, comma 4, della Legge, le stazioni appaltanti **affidano** ai soggetti di cui all'articolo 17, comma 1 lettere *d), e) f) e g)* i servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria anche integrata e gli altri servizi tecnici concernenti la redazione del progetto preliminare, del progetto definitivo ed esecutivo".

In poche parole la tassatività dell'elencazione dei soggetti competenti all'esecuzione dell'attività di progettazione priva di qualsiasi discrezionalità sia il concorrente sia la pubblica amministrazione circa l'ammissibilità di diverse forme organizzatorie rispetto a quelle normativamente definite.

Va chiarito che le limitazioni ora esposte sono state predisposte dal solo legislatore italiano, mentre nulla di tutto ciò è presente nelle norme della Direttiva Ce n. 92/50.

Se si tiene in considerazione il fatto che i principi propugnati dalla Corte di Giustizia della Ce sono di immediata vincolatività per gli ordinamenti giuridici interni, proprio la mancata operatività per il professionista italiano di quanto disposto con la più volte citata sentenza 2.12.1999, lascia trasparire un profilo di illegittimità dell'art. 17 della Legge n. 109/94 nella parte in cui, limitando le forme organizzative delle quali può avvalersi il libero professionista per la prestazione del servizio di progettazione alla pubblica amministrazione, pone una ingiustificata limitazione interna al principio della libertà di concorrenza.