

# STUDIO LEGALE CAGNONI

Avv. VITTORINO CAGNONI  
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. SANDRA BONFE'

Avv. ALESSANDRO CAGNONI

Avv. EMILIANO CAGNONI

Avv. FEDERICO CAGNONI

Rimini, lì 30.01.2009

Spett.le  
Ordine degli Architetti, Pianificatori,  
Paesaggisti e Conservatori  
della Provincia di Rimini  
Corso d'Augusto, 108  
47900 – Rimini (RN)

**Oggetto:** Parere legale sulla legittimità dell'affidamento “esterno” di collaudi di opere pubbliche a dipendenti della Pubblica Amministrazione.

## **1) Premessa**

Con la presente si provvede a rispondere alla richiesta di parere legale che è stata formulata con lettera in data 24.9.2008 dal Consiglio dell'Ordine degli architetti, pianificatori, paesaggisti e conservatori della Provincia di Rimini, in merito alla possibilità di affidare l'attività di collaudo “esterno” di opere pubbliche a dipendenti della Pubblica Amministrazione.

Più precisamente con la suindicata lettera il Consiglio dell'Ordine degli architetti ha deciso di chiedere a questo Studio un parere legale: *“riguardo la legittimità dell'affidamento di collaudi di opere pubbliche a dipendenti pubblici, anche in relazione alla Deliberazione n. 12 del 02/04/2008 dell'Autorità di Vigilanza dei lavori Pubblici, che si allega.*

*In particolare si chiede se sia possibile, da parte di questo Ordine, comprendere nelle terne per collaudi di OO.PP. da fornire ai Comuni che le richiedono, nominativi di iscritti che siano anche dipendenti pubblici”.*

In relazione a tale quesito, il Consiglio dell'Ordine degli architetti ha ritenuto opportuno ricordare la recente deliberazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture n. 12 del 2/4/2008, con la quale la predetta Autorità, dopo aver richiamato un precedente atto di regolazione del 4/11/99 in materia di incarichi di progettazione esterna, giunge alla conclusione di negare ogni possibilità per i dipendenti della P.A. di svolgere l'attività di collaudo “esterno” di opere

pubbliche, a causa dell'assoluta incompatibilità tra l'affidamento dell'incarico di collaudo e il rapporto di pubblico impiego.

La risposta al quesito proposto non appare di facile soluzione, in quanto la questione, da un lato, si colloca in un quadro normativo particolarmente complesso e frammentato e, dall'altro lato, non risulta che sia mai stata affrontata in modo specifico né dalla dottrina e neppure dalla giurisprudenza, onde l'unico punto di riferimento è costituito dal parere negativo espresso dall'Autorità per la vigilanza.

## **2) Ricostruzione del quadro normativo di riferimento**

In materia di "appalto di opere pubbliche" è noto il principio che il "collaudo" costituisce un vero e proprio procedimento obbligatorio, articolato in fasi ben distinte tra loro, e rappresenta un atto fondamentale ed ineliminabile ai fini della accettazione dell'opera stessa da parte della stazione appaltante.

Esso comprende tutte quelle attività che iniziano con il provvedimento di nomina del collaudatore e si concludono con l'approvazione del collaudo, che costituisce l'atto finale di detto procedimento.

La principale finalità del procedimento di collaudo, secondo la definizione ancora oggi valida fornita dall'art. 187 del D.P.R. n. 554 del 21/12/1999 (Regolamento emanato in attuazione della Legge "Merloni" n. 109 dell'11/2/1994), è quella "*di verificare e certificare che l'opera o il lavoro sono stati eseguiti a regola d'arte e secondo le prescrizioni tecniche prestabilite, in conformità del contratto, delle varianti e dei conseguenti atti di sottomissione o aggiuntivi debitamente approvati. Il collaudo ha altresì lo scopo di verificare che i dati risultanti dalla contabilità e dai documenti giustificativi corrispondono fra loro e con le risultanze di fatto, non solo per dimensioni, forma e quantità, ma anche per qualità dei materiali, dei componenti e delle provviste, e che le procedure espropriative poste a carico dell'appaltatore siano state espletate tempestivamente e diligentemente. Il collaudo comprende altresì tutte le verifiche tecniche previste dalle leggi di settore.*"

E' altrettanto noto che la disciplina relativa al collaudo di opere pubbliche, in precedenza prevista dalla suddetta Legge "Merloni" n. 109/1994 e dal relativo Regolamento di attuazione di cui al D.P.R. n. 554/1999, è attualmente contenuta nel "**Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture**", di cui al **D.Lgs. n. 163 del 12/4/2006**, che è stato emanato appunto in sostituzione della Legge "Merloni".

E' parimenti noto che il Codice dei contratti pubblici, immediatamente dopo la sua

entrata in vigore, ha subito numerose modifiche ed integrazioni: una prima volta con il D.Lgs. n. 6 del 26/1/2007 (1° Decreto correttivo), una seconda volta con il D.Lgs. n. 113 del 31/7/2007 (2° Decreto correttivo) e una terza volta con l'ultimo D.Lgs. n. 152 dell'11/9/2008 (3° Decreto correttivo).

Di conseguenza si deve rilevare che l'intera materia risulta disciplinata da norme tra loro scarsamente coordinate, oltre che formulate in modo frammentario e lacunoso, e che pertanto non risulta semplice ricostruire il quadro normativo di riferimento.

Il Codice dei contratti pubblici, nella sua attuale formulazione, prevede, nei due articoli di seguito riportati (artt. 120 e 141), una disciplina generale in merito a vari aspetti delle operazioni di collaudo, quali ad esempio le modalità di affidamento dell'incarico, il certificato di collaudo e i soggetti cui tale incarico deve essere conferito.

L'**art. 120** del Codice, invero, recante la rubrica "**Collaudo**", detta la disciplina generale riguardante tutti i contratti conclusi dalla P.A. ed aventi per oggetto "**i lavori, i servizi e le forniture**".

In particolare l'art. 120, per quanto qui interessa, mediante il **comma 1-bis** disciplina la distinzione fra collaudo "interno" ed "esterno" stabilendo che:

a) per lo svolgimento delle operazioni di collaudo le stazioni appaltanti provvedono a nominare all'interno delle proprie strutture e sulla base di criteri che le stesse sono tenute ad adottare preventivamente, da uno a tre tecnici di elevata e specifica qualificazione in relazione alla tipologia, alla complessità ed all'importo dei lavori da collaudare (collaudo c.d. "interno");

b) nell'ipotesi in cui sussista una carenza di organico all'interno della stazione appaltante o una difficoltà a ricorrere a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici con competenze specifiche in materia, le stazioni appaltanti provvedono ad affidare l'incarico di collaudo a soggetti esterni (collaudo c.d. "esterno").

La norma contenuta nell'**art. 120 comma 1-bis** del **Codice**, infatti, stabilisce testualmente che: "*Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, l'affidamento dell'incarico di collaudo o di verifica di conformità, in quanto attività propria delle stazioni appaltanti, è conferito dalle stesse, a propri dipendenti o a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici, con elevata e specifica qualificazione in riferimento all'oggetto del contratto, alla complessità e all'importo delle prestazioni, sulla base di criteri da fissare preventivamente, nel rispetto dei principi di rotazione e trasparenza; il provvedimento che affida l'incarico a dipendenti della stazione appaltante o di amministrazioni aggiudicatrici motiva la scelta, indicando gli specifici requisiti di competenza ed esperienza, desunti dal curriculum dell'interessato e da ogni altro*

*elemento in possesso dell'amministrazione. Nell'ipotesi di carenza di organico all'interno della stazione appaltante di soggetti in possesso dei necessari requisiti, accertata e certificata dal responsabile del procedimento, ovvero di difficoltà a ricorrere a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici con competenze specifiche in materia, la stazione appaltante affida l'incarico di collaudatore ovvero di presidente o componente della commissione collaudatrice a soggetti esterni scelti secondo le procedure e con le modalità previste per l'affidamento dei servizi; nel caso di collaudo di lavori l'affidamento dell'incarico a soggetti esterni avviene ai sensi dell'articolo 91. Nel caso di interventi finanziati da più amministrazioni aggiudicatrici, la stazione appaltante fa ricorso prioritariamente a dipendenti appartenenti a dette amministrazioni aggiudicatrici sulla base di specifiche intese che disciplinano i rapporti tra le stesse”.*

L'**art. 141** del medesimo **Codice**, recante la rubrica “**Collaudo dei lavori pubblici**”, detta invece la disciplina specifica esclusivamente riferita alle “**opere pubbliche**”.

La suindicata norma, mediante i **commi 1, 4 e 5** si occupa espressamente sia dei requisiti professionali dei collaudatori che del procedimento di nomina del collaudatore o della commissione di collaudo.

L'**art. 141** stabilisce, infatti, testualmente che:

*“Il regolamento definisce le norme concernenti il termine entro il quale deve essere effettuato il collaudo finale, che deve avere luogo non oltre sei mesi dall'ultimazione dei lavori, salvi i casi, individuati dal regolamento, di particolare complessità dell'opera da collaudare, in cui il termine può essere elevato sino ad un anno. Il medesimo regolamento definisce altresì i requisiti professionali dei collaudatori secondo le caratteristiche dei lavori, la misura del compenso ad essi spettante, nonché le modalità di effettuazione del collaudo e di redazione del certificato di collaudo ovvero, nei casi previsti, del certificato di regolare esecuzione.” (comma 1).*

*“Per le operazioni di collaudo, le stazioni appaltanti nominano da uno a tre tecnici di elevata e specifica qualificazione con riferimento al tipo di lavori, alla loro complessità e all'importo degli stessi. Possono fare parte delle commissioni di collaudo, limitatamente ad un solo componente, i funzionari amministrativi che abbiano prestato servizio per almeno cinque anni in uffici pubblici” (comma 4).*

*“Il collaudatore o i componenti della commissione di collaudo non devono avere svolto alcuna funzione nelle attività autorizzative, di controllo, di progettazione, di*

*direzione, di vigilanza e di esecuzione dei lavori sottoposti al collaudo. Essi non devono avere avuto nell'ultimo triennio rapporti di lavoro o di consulenza con il soggetto che ha eseguito i lavori. Il collaudatore o i componenti della commissione di collaudo non possono inoltre fare parte di organismi che abbiano funzioni di vigilanza, di controllo o giurisdizionali.” (comma 5).*

Per quanto riguarda la definizione dei requisiti professionali dei collaudatori, risulta chiaramente che il Codice non detta una specifica regolamentazione al riguardo e si limita a disporre un semplice rinvio ad un futuro regolamento avente il compito di stabilire la relativa disciplina.

E ciò in conformità al principio generale adottato dal Codice di rinviare per la disciplina di dettaglio all’emanazione di un futuro regolamento, secondo quanto previsto dall’articolo 5 del Codice medesimo per il quale: “*Lo Stato detta con regolamento la disciplina esecutiva e attuativa del presente codice in relazione ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di amministrazioni ed enti statali...*”.

Allo stato il suindicato regolamento non è ancora stato approvato, con la conseguenza che, secondo l’opinione unanime espressa in materia dalla dottrina, deve trovare applicazione la disciplina specifica dettata dal regolamento di attuazione della precedente Legge sui lavori pubblici, se ed in quanto compatibile (D.P.R. n. 554/1999 in attuazione della Legge “Merloni” n. 109/1994).

Ne consegue che per quanto attiene ai requisiti professionali dei collaudatori, per conoscere la relativa normativa, occorre fare riferimento all’art. 188 del regolamento di cui al D.P.R. n. 554/1999.

### **3) La soluzione del quesito alla luce dell’art. 188 comma 2 del D.P.R. 554/1999**

In via preliminare, quindi, si può osservare che la soluzione del quesito giuridico prospettato da codesto Consiglio, in merito alla possibilità di conferire un incarico di collaudo ad un dipendente pubblico, dipende da una corretta interpretazione della norma contenuta nell’art. 188 del citato Regolamento.

Si deve altresì confermare che non esistono precedenti in giurisprudenza né particolari riferimenti in dottrina che abbiano chiarito l’ambito applicativo della suddetta norma in relazione al caso in esame.

Al riguardo è il caso di rilevare che il quesito si pone esclusivamente in relazione alle operazioni di collaudo c.d. “esterno”, ossia nei casi in cui le stazioni appaltanti provvedano ad affidare l’incarico di collaudo a soggetti esterni per carenza di organico al loro interno o per difficoltà a ricorrere a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici

con competenze specifiche in materia, e non certamente in relazione a prestazioni di collaudo “interno”, affidate dalle stazioni appaltanti a dipendenti scelti all’interno delle proprie strutture.

L’**art. 188 del D.P.R. 554/1999**, al **comma 2**, stabilisce appunto che i necessari requisiti abilitanti allo svolgimento di una prestazione di collaudo “esterno” sono:

- il conseguimento della laurea in ingegneria o in architettura nonché, limitatamente ad un solo membro della commissione, della laurea in geologia o in scienze agrarie e forestali;
- l’ottenimento dell’abilitazione all’esercizio della professione;
- il possesso dell’iscrizione da almeno cinque anni nel rispettivo albo professionale.

E’ evidente che il concorso dei suddetti requisiti si prefigge lo scopo essenziale di garantire, in linea presuntiva iuris et de jure, il possesso di una “*elevata e specifica qualificazione*” da parte del collaudatore di cui all’art. 141 comma 4 del Codice.

Non risulta viceversa altrettanto evidente se la norma sia diretta di per sé ad escludere l’affidamento esterno dell’incarico di collaudo a dipendenti pubblici.

A tale riguardo occorre riconoscere che una corretta interpretazione dell’art. 188 comma 2 del D.P.R. 554/1999 conduce probabilmente a negare l’esistenza di una preclusione in tal senso: il dipendente pubblico può infatti conseguire la laurea in architettura o ingegneria, può partecipare all’esame di Stato e conseguire la relativa abilitazione e può, altresì, iscriversi al relativo albo professionale.

A quest’ultimo proposito, infatti, si deve rilevare che la disciplina generale in materia di “pubblico impiego” di cui all’art. 60 del D.P.R. n. 3 del 10/1/1957 (T.U. delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato), pur vietando al pubblico dipendente l’esercizio di “*alcuna professione*”, non preclude al medesimo, in assoluto, l’iscrizione ai relativi ordini professionali.

A riprova di quanto appena detto, e con particolare riferimento all’albo degli architetti e degli ingegneri, l’**art. 62 del R.D. n. 2537 del 23/10/1925** (contenente l’approvazione del regolamento per la professione di architetto e ingegnere), prevede infatti la possibilità per i dipendenti di enti pubblici, ai quali fosse impedito l’esercizio della professione (come successivamente verrà sancito in via generale dall’art. 60 del D.P.R. n. 3/1957), di iscriversi all’albo professionale.

Tale norma riconosce quindi la piena legittimità dell’iscrizione all’albo professionale degli architetti (o degli ingegneri) da parte dei soggetti che, essendo

pubblici dipendenti, non possono perciò esercitare concretamente ex art. 60 del D.P.R. n. 3/1957 la libera professione.

Il suddetto principio è stato autorevolmente confermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, mediante una pronuncia con la quale si è stabilito che *“All’ingegnere od architetto che quale dipendente dello Stato o di altre Pubbliche Amministrazioni, versi in situazione di incompatibilità con l’esercizio della libera professione, non è preclusa l’iscrizione all’albo professionale”*(Cass. Sez. Un. sent. n. 8897 dell’1/12/1987).

A commento di tale decisione, la dottrina ha spiegato che l’inserimento in un albo (nella specie quello degli architetti), da un lato, e l’esercizio della relativa attività professionale, dall’altro lato, sono due momenti che, sia pure connessi, conservano la loro assoluta indipendenza concettuale e funzionale, con la conseguenza che, in mancanza di espresso divieto normativo, non si trovano motivazioni giuridicamente ammissibili per una loro identificazione tale da renderne necessaria una contestuale presenza.

Alla luce di quanto sopra esposto e sulla base di una interpretazione letterale dell’art. 188 comma 2 del D.P.R. 554/1999 (che si limita a richiedere appunto come condizione abilitante all’esercizio dell’attività di “collaudo” esterno l’iscrizione al relativo albo professionale, oltre che ovviamente la laurea e l’abilitazione professionale), si può dunque ragionevolmente affermare che non sussiste alcun divieto per il conferimento dell’incarico di “collaudo” esterno di opere pubbliche nei confronti di dipendenti di enti pubblici che siano iscritti, come loro consentito dal suddetto art. 62 del R.D. n. 2537/1925, all’albo professionale degli architetti o degli ingegneri e che, in quanto tali, soddisfino i requisiti professionali richiesti dall’art. 188 medesimo.

Tale operazione interpretativa, viceversa, avrebbe condotto ad un risultato completamente diverso (e cioè di esclusione) se il legislatore avesse previsto, come ha fatto per la distinta prestazione di “progettazione” esterna, una condizione di idoneità palesemente incompatibile con la carica di dipendente pubblico, ossia l’esercizio della libera professione (vedi di seguito l’art. 90 del Codice).

Il dubbio interpretativo, dunque, non sarebbe sorto se la materia dei requisiti professionali fosse stata disciplinata in maniera uniforme sia con riferimento all’incarico di “progettazione” esterna che all’incarico di “collaudo” esterno: ovverosia se fosse stata prevista la medesima disciplina, ivi compreso il requisito dell’esercizio della libera professione, per entrambi gli incarichi.

**4) La soluzione “negativa” sostenuta dall’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (deliberazione n. 12 del 2/4/2008)**

Come si è già ricordato l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nel parere espresso mediante la citata deliberazione n. 12 del 2/4/2008 perviene, viceversa, ad una soluzione negativa per quanto riguarda il conferimento degli incarichi di “collaudo” esterno ai dipendenti della P.A..

La tesi sostenuta da detta Autorità, si basa sul presupposto di una totale equiparazione tra la prestazione di “collaudo” e la prestazione di “progettazione”: di conseguenza ogni valutazione effettuata in ordine alla impossibilità di conferire incarichi di progettazione esterna a dipendenti pubblici, si ritiene valida ed estensibile anche agli incarichi di collaudo esterno.

In particolare si richiama un precedente atto di regolazione del 4/11/1999, nel quale la medesima Autorità esaminava l’art. 17 della Legge 109/1994 (oggi art. 90 del D.Lgs. 163/2006), recante appunto la disciplina dei requisiti professionali necessari per l’esercizio della prestazione di “progettazione” esterna di opere pubbliche.

Il citato articolo, al comma 1 lett. d), prevedeva come requisito di idoneità per il conferimento dell’incarico di “progettazione” esterna, la qualifica di “*liberi professionisti singoli od associati*”.

E’ appena il caso di rilevare che tale requisito professionale previsto dall’art. 17 della Legge 109/1994 è oggi riproposto, nella stessa formulazione, anche nell’art. 90 comma 1 lett. d) del D.Lgs. 163/2006.

Di conseguenza il riferimento effettuato dall’Autorità di vigilanza ad una disposizione normativa non più in vigore non rende meno attuale l’argomentazione in esso contenuta, avendo la normativa vigente in materia sostanzialmente confermato la precedente.

La citata Autorità affermava correttamente che il suindicato requisito precludeva in assoluto ai dipendenti pubblici la possibilità di ottenere incarichi di “progettazione” esterna, non potendo i medesimi essere “liberi professionisti”.

Si richiamava, infatti, il principio fondamentale, sopra citato, stabilito dall’**art. 60 del D.P.R. n. 3/1957** (T.U. delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato), per il quale “*L’impiegato non può esercitare il commercio, l’industria, nè alcuna professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro, tranne che si tratti di cariche in società o enti per le quali la nomina è riservata allo Stato e sia all’uopo intervenuta l’autorizzazione del ministro competente.*”

La suindicata norma (oggi applicabile a tutti dipendenti pubblici, anche non statali, in base all'art. 53 del D.Lgs. n. 165 del 30/3/2001, che ha sostituito a sua volta l'art. 58 del D.Lgs. n. 29 del 3/2/1993), sancisce dunque la regola generale di incompatibilità tra la libera professione e il rapporto di pubblico impiego, come diretta conseguenza del principio di esclusività della prestazione lavorativa in favore dell'amministrazione di appartenenza: l'impiegato, infatti, deve dedicare interamente all'ufficio la propria attività lavorativa, intellettuale e materiale, senza svolgimento di attività estranee che possano renderlo portatore di interessi alternativi rispetto a quelli propri dell'ufficio di appartenenza.

Di conseguenza l'Autorità per la vigilanza rilevava che alla luce di tale regola generale e alla luce del requisito professionale previsto dall'art. 17 della Legge 109/1994 sussisteva un divieto assoluto per i dipendenti pubblici ad ottenere incarichi di progettazione esterna di opere pubbliche.

Né a conclusione diversa si poteva pervenire, secondo la citata Autorità, in base all'art. 58 del D.Lgs. n. 29/1993 (oggi art. 53 del D.Lgs. n. 165/2001), per il quale *“Le pubbliche amministrazioni non possono conferire ai dipendenti incarichi, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, che non siano espressamente previsti o disciplinati da legge o altre fonti normative, o che non siano espressamente autorizzati.”* (comma 2).

La norma appena citata tempera la rigidità del principio di incompatibilità tra pubblico impiego e libera professione stabilito dall'art. 60 del D.P.R. n. 3/1957, consentendo l'attribuzione al pubblico dipendente dei c.d. incarichi extraistituzionali.

In riferimento a tale norma l'Autorità per la vigilanza rilevava giustamente che le eventuali autorizzazioni da parte della P.A., volte ad affidare singole prestazioni professionali ai dipendenti pubblici, presupponevano comunque la saltuarietà ed occasionalità di tali prestazioni: in materia di progettazione esterna, invece, l'art. 17 comma 1 della Legge 109/1994 richiedeva l'esercizio continuato e professionale della relativa attività, onde impediva ai dipendenti della P.A. ogni possibilità in tal senso.

In relazione al quesito che ci è stato proposto, l'Autorità per la vigilanza, nella citata deliberazione n. 12 del 2/4/2008, afferma che tutto quanto dichiarato in materia di *“progettazione”* esterna nel suo precedente atto di regolazione del 4/11/1999, sia applicabile anche agli incarichi di *“collaudo”* esterno, e ciò con il testuale rilievo che *“benché l'Atto di regolazione si riferisce ad incarichi di progettazione, ad oggi, per quanto già evidenziato circa l'equiparazione, relativamente alle procedure di affidamento, degli incarichi di collaudo a quelli per altre prestazioni professionali (art. 91 comma 8 del D.Lgs. n. 163/2001), le valutazioni a suo tempo effettuate dal Consiglio*

*possono estendersi anche a tale tipologia di incarico.”*

La suddetta Autorità perviene quindi ad affermare l'assoluta incompatibilità tra l'incarico di “collaudo” esterno e la veste di dipendente pubblico, sulla base di una equiparazione, relativamente alle procedure di affidamento, delle diverse prestazioni professionali: ogni considerazione effettuata sul divieto di conferire incarichi di “progettazione” esterna a dipendenti della P.A. è dunque ritenuta valida ed applicabile anche in materia di “collaudo” esterno.

**5) Esame critico della deliberazione n. 12 del 2/4/2008 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e conferma della preferibile tesi “positiva”**

E' noto che una delle principali novità del Codice è certamente costituita dall'introduzione di un meccanismo per la risoluzione delle controversie insorte durante una gara, rimesso all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: in realtà, a ben vedere, il Codice istituzionalizza quella che, per certi versi, era in passato una prassi consolidata.

In proposito l'art. 6, comma 7, lett. n) del Codice prevede che l'Autorità “*su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione; si applica l'articolo 1, comma 67, terzo periodo, della legge 23 dicembre 2005, n. 266.*”

La ratio della norma è evidentemente quella di introdurre uno strumento deflativo del contenzioso, nell'ottica di assicurare al privato una valida alternativa rispetto alla tutela giurisdizionale.

E' altrettanto noto, come stabilito espressamente dalla suddetta norma, che nell'esercizio di tale funzione c.d. paracontenziosa, l'Autorità formula, su richiesta della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, pareri non vincolanti: la stessa giurisprudenza ha infatti confermato, con orientamento consolidato, la natura non provvedimentale delle determinazioni dell'Autorità per la vigilanza, onde ha escluso la possibilità di una loro impugnativa (Cons. Giust. Amm. Sicilia 3/8/2007 n. 714; Cons. Stato, sez. IV, 22/5/2007 n. 2651; Cons. Stato, sez. IV, 12/9/2006 n. 5317; Cons. Stato, sez. V, 30/10/2003 n. 6760; T.A.R. Lazio, sez. III, 10/7/2002 n. 6241; T.A.R. Piemonte, sez. I, 21/12/2000 n. 1427; Corte Cost. 7/11/1995 n. 482)

In particolare il Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza n. 6760 del 30/10/2003 ha espressamente stabilito che: “*Le determinazioni che l'Autorità per la vigilanza sui*

*lavori pubblici assume in risposta ai quesiti rivolti dagli operatori del settore circa l'interpretazione della normativa vigente nella materia costituiscono manifestazione di opinioni dotate di indiscutibile autorevolezza, in ragione della particolare competenza dell'organo, che possono anche conseguire un apprezzabile effetto di uniformità e di chiarezza nell'applicazione della legge. Si tratta, tuttavia, di pronunciamenti che non possono risolversi nella funzione di interpretazione autentica o integrazione della normativa, difettando l'Autorità del relativo potere e, pertanto, non rappresentano neppure un vincolo per le amministrazioni nello svolgimento delle procedure di selezione di loro competenza.”*

Si tratta, in definitiva, di pareri che sebbene dotati di una certa autorevolezza, non creano a carico dell'Amministrazione l'obbligo di uniformarsi ad essi (salvo comunque l'obbligo di motivare le ragioni per le quali la stazione appaltante ha scelto eventualmente di discostarsene), né impediscono al privato di adire l'Autorità giurisdizionale.

Premesso quanto sopra, a nostro parere la deliberazione dell'Autorità di vigilanza è senza dubbio condivisibile nella parte in cui afferma l'assoluta incompatibilità tra gli incarichi di progettazione esterna e la veste di pubblico dipendente: l'art. 90 comma 1 lett. d) del D.Lgs. 163/2006 (che ha sostituito l'art. 17 della Legge 109/1994), infatti, stabilisce espressamente che gli incarichi di “*progettazione*” esterna debbono essere conferiti a “*liberi professionisti singoli od associati*”, e quindi a soggetti che svolgono in modo continuativo e professionale la relativa attività.

E' evidente quindi che la suddetta norma preclude ai dipendenti della P.A. la possibilità di svolgere tali incarichi, in quanto i dipendenti pubblici possono eseguire, al di fuori delle competenze d'ufficio e previa autorizzazione ex art. art. 53 del D.Lgs. n. 165/2001, solamente prestazioni occasionali e saltuarie, onde giammai possono assumere la veste di “*liberi professionisti singoli od associati*”.

Riteniamo, viceversa, che non sia altrettanto fondato quanto esposto dall'Autorità nella parte in cui afferma l'applicabilità delle suddette argomentazioni anche in materia di “*collaudo*” esterno: detta Autorità perviene infatti a tale conclusione interpretativa solamente sulla base della rilevata equiparazione, per quanto riguarda le procedure di affidamento, tra le diverse prestazioni professionali.

A tale riguardo si deve effettivamente constatare che l'assimilazione tra le prestazioni di “*progettazione*” esterna e quelle di “*collaudo*” esterno, dal punto di vista delle procedure di affidamento, ha avuto un suo riconoscimento normativo nell'art. 91 del Codice: tale norma è stata altresì recentemente modificata dal D.Lgs. n. 152/2008

(c.d. 3° Decreto correttivo), a seguito di una pronuncia della Corte di Giustizia Europea (sentenza 21/2/2008, causa-412/04) che ha accolto alcune censure mosse dalla Commissione Europea relativamente all'art. 28 comma 4 della Legge Merloni e all'art. 188 del Regolamento attuativo, nella parte in cui non prevedevano l'esperimento di procedure concorsuali per l'individuazione dei collaudatori.

L'art. 91 del Codice, nella versione modificata, ai commi 1 e 2 stabilisce dunque testualmente che:

*“1. Per l'affidamento di incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori e di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo nel rispetto di quanto disposto all'articolo 120, comma 2-bis, di importo pari o superiore a 100.000 euro si applicano le disposizioni di cui alla parte II, titolo I e titolo II del codice, ovvero, per i soggetti operanti nei settori di cui alla parte III, le disposizioni ivi previste.”*

*“2. Gli incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo nel rispetto di quanto disposto all'articolo 120, comma 2-bis, di importo inferiore alla soglia di cui al comma 1 possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f), f-bis), g) e h) dell'articolo 90, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei.”*

Occorre peraltro ricordare che la suindicata norma al **comma 8**, nella sua versione originaria, prevedeva e continua a prevedere il principio generale per il quale *“E' vietato l'affidamento di attività di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, collaudo, indagine e attività di supporto a mezzo di contratti a tempo determinato o altre procedure diverse da quelle previste dal presente codice”*.

Si deve però sottolineare che la suddetta equiparazione, sulla quale si fonda l'argomentazione dell'Autorità, riguarda esclusivamente le modalità di affidamento delle diverse prestazioni professionali, e non i requisiti di idoneità per lo svolgimento delle prestazioni medesime.

A quest'ultimo proposito, infatti, il Codice distingue espressamente i requisiti professionali necessari per il conferimento degli incarichi di “progettazione” esterna, tra i quali rientra il requisito riguardante la veste di “*liberi professionisti singoli od*

*associati*” (art. 90 comma 1 lett. d) del D.Lgs. 163/2006), dai requisiti professionali necessari per il conferimento degli incarichi di “collaudo” esterno, tra i quali è previsto il requisito, oltre della laurea e della abilitazione, anche dell’*“iscrizione quinquennale al relativo albo professionale”* (art. 188 comma 2 del D.P.R. 554/1999), ma non il requisito dell’esercizio della libera professione .

E’ ragionevole pensare, in base ad una interpretazione sistematica delle due norme, che la diversa espressione utilizzata in materia di “progettazione” rispetto a quella utilizzata in materia di “collaudo” sia riprova del fatto che quando il legislatore ha voluto, come nel caso dell’art. 90 del Codice, escludere la possibilità di conferire un determinato incarico ai dipendenti pubblici, lo ha fatto in maniera chiara e precisa, prevedendo appunto un requisito di idoneità esplicitamente in contrasto con la veste di pubblico dipendente. Ciò che invece non è avvenuto nella definizione dei requisiti professionali del collaudatore (art. 188 del citato Regolamento): la previsione del requisito dell’iscrizione all’albo professionale, come già spiegato, non è infatti in contrasto con l’esercizio dell’attività di dipendente pubblico.

A ciò si deve aggiungere che la previsione di distinti requisiti professionali trova probabilmente la sua ragion d’essere nella diversità sostanziale delle due prestazioni.

L’attività di “collaudo”, infatti, ha essenzialmente lo scopo di consentire l’accertamento della conformità dell’opera eseguita alle pattuizioni contrattuali ed alle regole dell’arte, ossia di verificare l’esattezza dell’adempimento da parte dell’appaltatore: si tratta, dunque, di una attività di natura meramente tecnico-valutativa, articolata in una serie di operazioni materiali di verifica e di controllo, propedeutiche al rilascio del giudizio di collaudabilità o meno dell’opera, che si esaurisce in una prestazione circoscritta e determinata.

L’attività di “progettazione”, viceversa, consiste, di norma, in una operazione più impegnativa che esige un maggiore dispendio di tempo e di energie da parte del tecnico, in quanto presuppone l’elaborazione di una idea che dovrà poi essere trasformata in un progetto utilizzabile e realizzabile in concreto: si tratta pertanto di una prestazione più complessa ed articolata rispetto a quella di collaudo in quanto non si limita a valutare un’opera già costruita ma si estende al compimento di un insieme di calcoli, di disegni e di elaborati, che richiedono un grado di impegno e di tempo sicuramente maggiori.

La diversa importanza e complessità delle due prestazioni e quindi la diversa incidenza delle medesime sulle energie lavorative del tecnico-pubblico dipendente, probabilmente spiega il motivo per cui il legislatore ha ritenuto l’attività di “collaudo” esterno compatibile con la veste di dipendente pubblico e, viceversa, ha considerato

quest'ultima carica non conciliabile con l'attività di "progettazione" esterna. E ciò verosimilmente costituisce, altresì, la ragione per cui il legislatore ha previsto solo per l'attività di collaudo, ritenuta più semplice, la mera iscrizione all'albo professionale (requisito professionale considerato compatibile, come più volte ribadito, con le funzioni di dipendente della P.A.) e viceversa ha imposto per l'attività più complessa di progettazione l'esercizio della libera professione (requisito professionale ritenuto, viceversa, incompatibile con la carica di dipendente pubblico).

**6) Configurabilità del quesito con esclusivo riferimento alle operazioni di collaudo "esterno" e ai dipendenti pubblici a "tempo pieno"**

Coma in precedenza ricordato, è indubbio che il quesito giuridico formulato da codesto Consiglio assume rilevanza esclusivamente in relazione alle operazioni di collaudo c.d. "esterno", ossia nei casi in cui le stazioni appaltanti provvedano ad affidare l'incarico di collaudo a soggetti esterni per carenza di organico al loro interno o per difficoltà a ricorrere a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici con competenze specifiche in materia.

Parimenti occorre rilevare che il quesito giuridico, oltre che venire in rilievo solo con riferimento al collaudo esterno, riguarda esclusivamente i dipendenti pubblici a tempo pieno (c.d. lavoro "full time").

Il citato art. 53, comma 1 del D.Lgs. n. 165/2001, infatti, dopo aver stabilito che *"resta ferma per tutti i dipendenti pubblici la disciplina delle incompatibilità dettata dagli articoli 60 e seguenti del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3"* dispone che è comunque *"salva la deroga prevista...per i rapporti di lavoro a tempo parziale, dall'articolo 6, comma 2, del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 17 marzo 1989, n. 117 e dell'articolo 1, commi 57 e seguenti della legge 23 dicembre 1996, n. 662."*

La norma stabilisce, dunque, il principio generale di esclusività del rapporto di pubblico impiego per tutti i dipendenti pubblici a tempo pieno (anche non statali) e la conseguente incompatibilità tra la carica di dipendente della P.A. e l'esercizio della libera professione.

Contestualmente prevede, però, una esplicita deroga al principio appena menzionato per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo parziale, con prestazione lavorativa non superiore al 50 per cento di quella a tempo pieno.

In relazione a quest'ultimi dipendenti di lavoro c.d. "part time", l'**art. 6** del

**D.P.C.M. n. 117 del 17/03/1989** (contenente le “Norme regolamentari sulla disciplina del rapporto di lavoro a tempo parziale”) riconosce infatti che *“Al personale interessato è consentito, previa motivata autorizzazione dell’amministrazione o dell’ente di appartenenza, l’esercizio di altre prestazioni di lavoro che non arrechino pregiudizio alle esigenze di servizio e non siano incompatibili con le attività di istituto della stessa amministrazione o ente”*.

La regola generale, valevole per i dipendenti pubblici a tempo pieno, di esclusività della prestazione di lavoro per l’ente di appartenenza risulta così parzialmente limitata da una normativa che configura il rapporto di pubblico impiego come non necessariamente fondato sulla dedizione all’amministrazione di tutta l’attività lavorativa.

Ne deriva che nulla questo sussiste, sia per quanto riguarda l’incarico di “collaudo” esterno sia per quanto riguarda l’incarico di “progettazione” esterna, per i dipendenti pubblici di lavoro “part time”, non superiore al 50% di quello a tempo pieno, ai quali è appunto consentito, in forza delle suindicate disposizioni speciali, lo svolgimento di attività libero professionali, ivi comprese dunque le prestazioni di “collaudo” esterno e di “progettazione” esterna di opere pubbliche.

Si precisa, in riferimento all’attività di “progettazione esterna”, che il Codice ha dettato una norma specifica per i dipendenti pubblici con rapporto di lavoro a tempo parziale, stabilendo il divieto dell’affidamento degli incarichi di progettazione esterna da parte delle amministrazioni di appartenenza o da parte di altre amministrazioni pubbliche se detti incarichi devono essere espletati nell’ambito territoriale dell’ufficio di appartenenza (art. 90, comma 4).

## **7) Conclusioni**

In definitiva si può affermare, in base ad una interpretazione letterale e sistematica dell’art. 188 comma 2 del D.P.R. 554/1999, che l’affidamento esterno del “collaudo” di opere pubbliche è ammissibile anche per i dipendenti della P.A..

Ne consegue che deve ritenersi sicuramente possibile per codesto Ordine comprendere nelle terne per collaudi di opere pubbliche, da fornire ai Comuni che le richiedono, nominativi di iscritti che siano anche dipendenti pubblici.

E’ del tutto ovvio che l’esecuzione di tali prestazioni professionali da parte dei dipendenti pubblici presuppone comunque l’espressa e preventiva autorizzazione di cui all’art. 53 comma 2 del D.Lgs. n. 165/2001: è noto, infatti, come già ricordato, che il dipendente pubblico, al di fuori delle proprie mansioni di ufficio, può svolgere

solamente prestazioni aventi il carattere della saltuariet  ed occasionalit  e previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza.

Al riguardo, il **comma 5** del medesimo **art. 53** del **D.Lgs. n. 165/2001** precisa altres  che *“In ogni caso, il conferimento operato direttamente dall'amministrazione, nonch  l'autorizzazione all'esercizio di incarichi che provengano da amministrazione pubblica diversa da quella di appartenenza, ovvero da societ  o persone fisiche, che svolgano attivit  d'impresa o commerciale, sono disposti dai rispettivi organi competenti secondo criteri oggettivi e predeterminati, che tengano conto della specifica professionalit , tali da escludere casi di incompatibilit , sia di diritto che di fatto, nell'interesse del buon andamento della pubblica amministrazione.”*

Tale norma, quindi, chiarisce in primo luogo che gli incarichi professionali, non compresi nei compiti e doveri di ufficio e per i quali   previsto sotto qualsiasi forma un compenso, possono essere conferiti al pubblico dipendente direttamente dall'Amministrazione di appartenenza ovvero da questa autorizzati nel caso l'incarico provenga da altra amministrazione o da altri soggetti (pubblici o privati); ci  precisato, stabilisce in secondo luogo che i suddetti incarichi debbono essere conferiti e/o autorizzati dall'Amministrazione di appartenenza esclusivamente sulla base di criteri oggettivi e predeterminati, finalizzati dunque ad escludere situazioni di incompatibilit  con il buon andamento della P.A..

Alla luce della norma appena citata e della normativa (ampiamente illustrata nel presente parere) del “collaudo esterno”,   evidente pertanto che, sebbene in astratto non vi siano ostacoli per il conferimento di incarichi di “collaudo esterno” al pubblico dipendente (ovviamente previa autorizzazione ex art. 53 comma 2 del D.Lgs. n. 165/2001), in concreto   comunque necessaria una verifica degli interessi coinvolti, onde escludere eventuali situazioni di incompatibilit  tra il tecnico-pubblico dipendente, a cui dovrebbe essere attribuito l'incarico professionale, e la P.A..

Confidando di aver esaurientemente risposto alla richiesta di parere legale che l'Ordine che ci ha rivolto, restiamo a disposizione per ogni eventuale ed ulteriore chiarimento che si rendesse necessario.

Con i migliori saluti.

Avv. Vittorino Cagnoni

Avv. Emiliano Cagnoni