

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Affidamento incarico redazione variante di revisione generale al PRGC – Incarico in materia urbanistica rientrante nella disciplina del Dlgs 163/06

Deliberazione n. 296

Adunanza del 25 ottobre 2007

G.E. 472/07

Oggetto: Affidamento incarico redazione variante di revisione generale al PRGC del Comune di Oulx.

Stazione appaltante: Comune di Oulx (TO)

Considerato in fatto

Nel marzo 2007 il Comune di Oulx ha affidato fiduciariamente – con decreto del Sindaco – l’incarico per la redazione della variante generale al PRG, per l’importo di Euro 99.000.

In un esposto inviato all’Autorità, alcuni Consiglieri comunali hanno contestato il provvedimento di conferimento dell’incarico - adottato in assenza di ogni procedura di gara – in difformità dalla vigente normativa in materia di contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 163/2006 e s.m.

Gli esponenti sostengono, inoltre, che il provvedimento di incarico sarebbe viziato da incompetenza, in quanto emanato dal Sindaco e non dal dirigente di area, e da difetto di motivazione, in quanto emesso in assenza di valutazione del curriculum professionale e di offerta economica.

Il Comune, interpellato sulla questione, ha replicato che nel caso di specie non sarebbe applicabile la normativa sugli appalti pubblici, mancando il requisito soggettivo dell’organizzazione in forma d’impresa del soggetto appaltatore.

Sotto questo profilo, il Comune ha richiamato un indirizzo giurisprudenziale (Cons. St. sez. IV, n. 4573 del 2001, Tar Lombardia, sez. Brescia n. 931 del 24.8.2004 e le sentenze ivi richiamate, tra cui Cons. St., sez. IV, n. 6315/2000, Cass., sez. un., n. 10370/1998) che qualifica l’attività resa per la redazione di uno strumento urbanistico come “*prestazione d’opera intellettuale*” piuttosto che come appalto di servizi, con la conseguenza, a detta dell’amministrazione, che l’incarico sarebbe fondato sull’*intuitus personae*, in quanto tale di natura politica e non soggetto ad obbligo di motivazione.

La competenza a individuare il soggetto da incaricare spetterebbe dunque al Sindaco, ferma restando la competenza del dirigente in ordine ai successivi atti provvedimenti di carattere attuativo.

Infatti, con recente nota del 2 agosto c.a. (trasmessa, invero, dagli esponenti) è stata acquisita la determina dirigenziale n. 94 del 4 luglio 2007 con cui si è provveduto all'effettivo conferimento dell'incarico in questione, che prevede un corrispettivo complessivo pari ad euro 121.176, allo studio associato "AESSESTUDIO" con sede nella città di Torino.

Inoltre, secondo l'amministrazione, non sarebbe da escludere la competenza piena del sindaco al conferimento dell'incarico, trattandosi di incarico "*di collaborazione esterna ad alto contenuto di professionalità per obiettivi determinati e con convenzioni a termine*" ai sensi dell'art. 110, comma 6, e dell'art. 50, comma 10, del D.lgs. n. 267/2000 (TUEL); disposizioni riprese, peraltro, dall'art. 55, comma 2, dello Statuto comunale.

Dal carteggio intercorso con le parti, è poi emerso che l'incarico professionale in questione consegue alla risoluzione di un precedente contratto per la stessa prestazione affidato ad altro gruppo di professionisti; che per la risoluzione unilaterale del primo contratto l'amministrazione comunale ha già riconosciuto transattivamente in sede arbitrale la somma di Euro 62.500 ai precedenti professionisti; e che per tale esborso la minoranza consiliare ha interessato il giudice erariale.

Ritenuto in diritto

Le tematiche poste all'attenzione dell'Autorità riguardano, da un lato, la disciplina applicabile all'affidamento in parola, dall'altro, se rientra nella competenza del Sindaco conferire direttamente le prestazioni di che trattasi.

Quanto al primo punto, in effetti, secondo una parte della giurisprudenza, richiamata dal Comune, i servizi di pianificazione urbanistica sono classificati come contratti d'opera professionale e non come "servizi" e dunque sottratti alla disciplina dell'evidenza pubblica. In sintesi, secondo tale indirizzo, "... rimane testualmente esclusa dall'ambito oggettivo della norma l'attività professionale concernente la redazione di strumenti urbanistici che presuppone, viceversa, una scelta eminentemente fiduciaria del professionista. E' costante l'indirizzo giurisprudenziale che in materia qualifica come *locatio operis*, e, più esattamente, come prestazione d'opera intellettuale l'attività resa in favore di un ente pubblico per la redazione di uno strumento urbanistico. Tale attività non possiede neppure i caratteri propri dell'appalto di servizio, ex art. 1655 c.c. e art. 3 del d.lgs. n. 157/95. L'appalto, infatti, si distingue dal contratto d'opera in quanto l'appaltatore deve necessariamente essere una media o grande impresa. Inoltre l'oggetto del contratto di appalto di servizi - prestazione imprenditoriale di un risultato - si differenzia nettamente dall'oggetto dal contratto d'opera che è dato dalla prestazione intellettuale, senza che sia presupposta

un'organizzazione di mezzi o l'utilizzazione di lavoro altrui. In questa prospettiva non giova che l'allegato I, n. 12 al decreto n. 157/95 cit. enumeri i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, anche integrata, i servizi inerenti all'urbanistica ed alla paesaggistica, giacché, come si è visto, difetta il requisito soggettivo dell'organizzazione in forma d'impresa del soggetto appaltatore. In definitiva non ricorrono le condizioni perché possa dirsi applicabile la normativa comunitaria e quella nazionale di recepimento nella fase della scelta del libero professionista cui affidare l'incarico di progettazione dello strumento urbanistico.”

Ciò premesso, ritiene questa Autorità che, in ordine alla qualificazione della prestazione *de qua*, detta interpretazione non possa condividersi, sotto vari profili.

In primis, anche le prestazioni professionali relative alla redazione degli strumenti urbanistici rientrano, *letteralmente*, nella sfera degli appalti pubblici di servizi: essi infatti sono inclusi nei servizi di cui all'allegato II A del Codice dei contratti di cui al d. lgs. n. 163/2006 e s.m., ed in particolare nella categoria 12 (CPV n. 74250000-6, n. 74251000-3), dove sono enumerati i servizi assoggettati integralmente alla disciplina del Codice stesso (cfr. art. 20, comma 2 del Codice).

Inoltre, non pare dirimente la natura imprenditoriale del prestatore di servizi che, di volta in volta, viene in rilievo. Invero, la definizione comunitaria di prestatore di servizi è ampia ed include ogni persona fisica o giuridica, privata o pubblica. Non è dunque coerente con i principi del diritto comunitario valorizzare, al fine di determinare l'ambito di applicazione della normativa sugli appalti pubblici, la natura anfibologica della prestazione (contratto d'opera se espletata da un professionista singolo, appalto se espletata da un'impresa).

E' infatti qualificante, per la definizione comunitaria di appalto, esclusivamente il carattere oneroso del contratto e la circostanza che l'oggetto del contratto stesso rientri negli elenchi di cui agli allegati II A e II B al Codice dei contratti: a questo riguardo, si veda sia l'art. 3, comma 10 sulla definizione di appalto di servizio, sia lo stesso art. 3, comma 22 che comprende nel *genus* degli operatori economici, l'imprenditore, il fornitore ed il prestatore di servizi, mentre la circostanza che l'art. 34 del Codice (soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici) non contempli espressamente la figura del libero professionista, non appare decisiva, anche alla luce del fatto che il successivo art. 91, comma 1, lett. d) contempla i liberi professionisti nel novero degli operatori, conferitari dei (similari) servizi tecnici attinenti i lavori pubblici.

Ne consegue che anche per l'affidamento di tali servizi è necessario far riferimento alle disposizioni dettate dal Codice dei contratti pubblici e, per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, dagli artt. 124 e 125 del Codice stesso.

In base alle norme anzidette, la disciplina degli appalti di servizi non varia significativamente in rapporto al valore economico dell'affidamento, nel senso che anche per gli

appalti sotto la soglia comunitaria è doveroso applicare le procedure di gara ad evidenza pubblica, sebbene con le deroghe in materia di termini e di pubblicità ammesse dall'art. 124 del Codice; fatta salva la possibilità di procedere, da un lato, mediante il sistema in economia con cottimo fiduciario, sempre che la prestazione da affidare ricada nelle specifiche ipotesi di cui all'art. 125 comma 10 del menzionato Codice e dall'altro, con la procedura negoziata, nei casi tassativamente elencati dagli artt. 56 e 57 del Codice medesimo.

Si rammenta peraltro che, quando sia ammessa l'acquisizione del servizio in economia – ossia al ricorrere degli specifici presupposti indicati dalla legge e sempre che l'amministrazione abbia assunto il previo “provvedimento” generale indicato dal detto comma 10 dell'art. 125 del Codice – per prestazioni di importo compreso tra 20.000 Euro e la soglia comunitaria l'affidamento deve essere comunque preceduto da una consultazione informale di almeno cinque operatori economici, nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento richiamati dall'art. 125 comma 11. L'affidamento diretto senza alcun confronto concorrenziale è invece consentito esclusivamente per i servizi in economia di importo inferiore a 20.000 Euro.

Nel caso in questione, quindi, l'affidamento diretto dell'incarico di pianificazione urbanistica si pone in contrasto con la richiamata normativa sui contratti pubblici, configurandosi una lesione del principio di concorrenza che permea di sé l'intera normativa nazionale e comunitaria.

Non appare dunque accoglibile la tesi della stazione appaltante per cui l'incarico di redazione di uno strumento urbanistico si configurerebbe come una prestazione d'opera intellettuale, in quanto tale escluso dalla normativa sugli appalti pubblici - tesi fondata su riferimenti da intendersi ormai superati dalle recenti innovazioni legislative, la cui *ratio* consiste in una marcata riduzione dell'affidamento fiduciario degli incarichi professionali e dei contratti pubblici in genere a vantaggio della selezione di mercato mediante confronto concorrenziale.

Peraltro, le eventuali esigenze dell'amministrazione, sottese ad affidamenti rientranti nel genere di quelli in esame, di orientare le prestazioni professionali verso opzioni tecniche in linea con le medesime esigenze di carattere generale, possono trovare la loro espressione nell'ambito della definizione contrattuale delle prestazioni: in altri termini, nella sua autonomia negoziale, il committente pubblico, in seno al contratto (*rectius*: nello schema di contratto a base del confronto concorrenziale), legittimamente può fissare al futuro affidatario le linee generali da rispettare nel corso della esecuzione del servizio, purchè tali vincoli siano coerenti e ragionevolmente rispettosi degli aspetti professionali insiti nello svolgimento delle arti liberali con contenuti eminentemente tecnici.

Ne è riprova, sotto correlato profilo, la recente modifica apportata all'art. 7 comma 6 del D.lgs. n. 165/2001 ad opera del d.l. n. 223/2006 (“decreto Bersani”), convertito in legge n. 248/2006, in tema di conferimento di incarichi di collaborazione esterna: in particolare, con

l'introduzione del nuovo comma 6 bis, si stabilisce che ciascuna amministrazione deve elaborare e rendere note le procedure comparative per l'assegnazione degli incarichi e questo allo scopo di assicurare la necessaria trasparenza nella scelta dei collaboratori esterni.

Anche in questa materia, è dunque venuto meno l'orientamento secondo cui gli incarichi di collaborazione esterna, in quanto contratti d'opera intellettuale, hanno in genere natura fiduciaria e possono essere affidati *intuitus personae* a soggetti dotati di apposita competenza; pertanto, non è ammissibile affidare incarichi di collaborazione esterna senza un preventivo confronto concorrenziale, anche al fine di scoraggiare l'abuso di tale strumento, che grava in modo rilevante sulle finanze pubbliche.

Infine, vale ancora la regola generale posta dall'art. 12 della legge n. 241/90 e s.m. sul procedimento, secondo cui: 1) "La concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione ed alla pubblicazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi. 2) L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma primo deve risultare dai singoli provvedimenti relativi agli interventi di cui al medesimo comma primo.

Considerati i risparmi che l'Amministrazione avrebbe potuto certamente conseguire acquisendo tale prestazione sul libero mercato piuttosto che mediante incarico fiduciario, la violazione rilevata è da sottoporre al sindacato del giudice erariale, ex art. 6 comma 13 del Codice dei contratti pubblici.

La circostanza che si tratti di un appalto di servizi soggetto alla disciplina dei contratti pubblici determina, poi, a corollario, la competenza piena del dirigente di area, in ossequio al principio di separazione di attribuzioni tra organi politici ed organi amministrativi - principio ispiratore delle riforme normative a partire dagli anni '90 e ribadito per gli Enti locali dall'art. 107 del D.Lgs. n. 267/2000 (TUEL).

Si è dunque ormai consolidato l'orientamento secondo cui spetta ai dirigenti (vd. Consiglio di Stato sez.V 9/9/2005 n. 4654; TAR Campania Napoli, sez. II 23/3/2004 n. 3081) la competenza anche per gli incarichi in materia urbanistica che un precedente indirizzo giurisprudenziale voleva tra le attribuzioni degli organi politici: ciò in base alla considerazione che la scelta del contraente per l'affidamento di tali incarichi "è atto di gestione, privo di qualsiasi contenuto di indirizzo per gli uffici".

Inoltre, secondo un costante orientamento espresso da questa Autorità, tutte le determinazioni relative al conferimento degli incarichi professionali competono ai dirigenti e non agli organi di governo degli enti, per il decisivo rilievo che, se è rimessa ai dirigenti la

responsabilità delle procedure di appalto, ai medesimi compete anche il correlativo potere di approvazione, per quanto attiene alla verifica tecnica e di legittimità degli atti di gara, a questa ricollegandosi quel perfezionamento dell'iter procedimentale al quale solo può riconnettersi la responsabilità piena del funzionario.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

1. Approva la presente deliberazione nei termini e secondo le valutazioni precedentemente formulate.
2. Ritiene che l'affidamento degli incarichi in materia urbanistica in questione sia assoggettato alla disciplina del D.lgs. n. 163/2006 e s.m. rientrando a pieno titolo nella categoria degli appalti di servizio di cui all'allegato IIA della norma anzidetta, con la conseguenza che l'Amministrazione avrebbe dovuto assegnare lo stesso incarico tramite confronto concorrenziale invece che mediante mero affidamento fiduciario.
3. Ritiene che la competenza all'affidamento dell'incarico di che trattasi spetti al dirigente di area, in base al principio della separazione delle funzioni tra organo politico ed uffici di gestione.
4. Manda al Servizio Ispettivo di trasmettere la presente deliberazione agli esponenti e alla Stazione appaltante, affinché questa faccia conoscere, entro 30 (trenta) giorni dalla ricezione del presente atto, le misure che intende adottare per conformarsi alle indicazioni dell'Autorità, compresa l'esigenza di rivedere, *in parte qua*, lo Statuto comunale.
5. Manda al Servizio Ispettivo di trasmettere la presente deliberazione, unitamente agli atti istruttori, alla competente Procura regionale della Corte dei conti, ex art. 6, comma 13 del D.lgs. n. 163/2006 e s.m.
6. Manda al Servizio Ispettivo di trasmettere la presente deliberazione anche all'Osservatorio regionale della Regione Piemonte.

IL CONSIGLIERE RELATORE

IL PRESIDENTE

Alessandro Botto Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data

Il Segretario