



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

DELIBERAZIONE N. 45

Adunanza del 07 maggio 2009

VISF GE/09/3663

Oggetto: *Affidamento incarico di redazione variante al Piano Regolatore Generale del Comune di Formia. Importo della prestazione: €.206.000,00;*

Stazione appaltante: *Comune di Formia (LT);*

Segnalazione: *OICE – Associazione delle organizzazioni di ingegneria, architettura e di consulenza tecnico-economica (Confindustria);*

Rif. normativi: *art. 20 comma 2 D.Lgs. n. 163/2006 (Appalti di servizi All. IIA); art. 7 commi 6, 6-bis e 6-ter del T.U. 30 marzo 2001 n. 165 come modificati dall'art. 32 del D.L. 4 luglio 2006 n. 223 (c.d. decreto Bersani), convertito in L. 4 agosto 2006 n. 248 e dall'art. 46 comma 1 della L. n. 133 del 2008; artt. 1 e 110 comma 6 del D.L.vo 18/8/2000 n. 267.*

IL CONSIGLIO

Vista la relazione della Direzione Generale per la Vigilanza Servizi e Forniture;

Considerato in fatto

1. A seguito di un esposto a firma del Presidente dell'OICE, pervenuto nel mese di gennaio c.a. (nota prot. n. 3663/VISF del 26/01/2009), questa Autorità ha avviato una specifica indagine sull'affidamento diretto dell'incarico di redazione di una variante al Piano Regolatore Generale del Comune di Formia denunciato dall'esponente.

In particolare, stando ai contenuti dell'esposto, la Giunta comunale avrebbe conferito il detto incarico ad un professionista senza il previo espletamento di alcuna procedura di evidenza pubblica, pur trattandosi di prestazioni rientranti nel campo di applicazione del Codice dei cc.pp., in quanto servizi attinenti all'urbanistica, e della direttiva europea 2004/18/CE, configurandosi nella specie un appalto di servizi di importo superiore alla soglia comunitaria.

Sotto tali profili, pertanto, l'esponente denuncia la violazione delle procedure di gara e delle forme di pubblicità previste dalla normativa nazionale e comunitaria di riferimento.

2. In riscontro alle richieste istruttorie formulate dall'Autorità, il Comune di Formia ha trasmesso una sintetica relazione esplicativa in ordine alle modalità adottate nella specie per il conferimento dell'incarico (prot. n. 18715/VISF del 25/03/2009), unitamente ad altra documentazione utile alle valutazioni del caso.

Nella nota dell'Amministrazione comunale viene precisato che, ai fini della predisposizione della nuova variante generale al piano regolatore vigente, l'Ente ha ritenuto di avvalersi di una "consulenza specialistica" affidata in via diretta ad un esperto esterno, sulla base delle disposizioni del regolamento comunale che riservano alla Giunta la competenza a conferire incarichi in materia di piani urbanistici senza espletamento di procedure comparative.

In particolare, risulta in atti che con deliberazione di G.C. n. 344 del 10/10/2008 il Comune di Formia ha approvato alcune modifiche al precedente Regolamento sull'ordinamento degli Uffici e Servizi del 2007, introducendo agli artt. 37 e ss. disposizioni che individuano criteri e modalità per il conferimento di incarichi di collaborazione professionale ad esperti esterni all'Ente.

Così, mentre gli artt. 37-bis e 37-quinquies del citato regolamento comunale prevedono che il conferimento dei detti incarichi debba essere preceduto dall'espletamento di una procedura comparativa tra i diversi curricula professionali, integrata da un eventuale colloquio, l'art. 37-sexies elenca una serie di ipotesi in cui l'Ente può procedere in via diretta, senza alcuna procedura di selezione, includendo tra queste il caso di "...incarichi per la redazione di piani urbanistici, commerciali o di sviluppo, i quali, in quanto caratterizzati da elevata discrezionalità e fiduciarità sono conferiti dalla Giunta Comunale" (art. 37-sexies lett. g).

L'Ente precisa che il regolamento comunale sopra richiamato è stato adottato ai sensi dell'art. 46 del D.L. 25/06/2008 n. 112, convertito con modificazioni in L. 6/08/2008 n. 133, che detta alcune disposizioni in tema di riduzione delle collaborazioni e consulenze nella pubblica amministrazione.

Al riguardo, nelle premesse della delibera n. 344/2008 è richiamato il comma 3 dell'art. 46 cit., ai sensi del quale "...Con il regolamento di cui all'articolo 89 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, sono fissati, in conformità a quanto stabilito dalle disposizioni vigenti, i limiti, i criteri e le modalità per l'affidamento di incarichi di collaborazione autonoma, che si applicano a tutte le tipologie di prestazioni. La violazione delle disposizioni regolamentari richiamate costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale. Il limite massimo della spesa annua per incarichi di collaborazione e' fissato nel bilancio preventivo degli enti territoriali."

Con successiva deliberazione di C.C. n. 65 del 13/10/2008 l'Ente ha poi approvato il programma delle collaborazioni per l'anno 2008, stanziando, per quanto qui di interesse, la somma di € 500.000,00 per la redazione della variante generale al P.R.G.



Nella stessa delibera, inoltre, sono ribaditi in linea generale i presupposti di legittimità già individuati dal comma 1 dell'art. 46 cit. per il conferimento di incarichi professionali.

In esecuzione alle delibere sopra richiamate, la Giunta comunale ha, inizialmente, affidato all'Arch. Franco Purini l'incarico di "*collaborazione autonoma per la redazione della Variante Generale al P.R.G.*" e di ulteriori prestazioni inerenti l'esame delle osservazioni ed opposizioni, la stesura di controdeduzioni e le conseguenti integrazioni e modifiche al piano, la stesura del regolamento edilizio ed altro (deliberazione n. 368 del 7/11/2008). Successivamente, previa modifica alla detta deliberazione n. 368, la Giunta ha chiarito la volontà, già espressa con deliberazione n. 65/2008 di affidare incarichi di collaborazione autonoma inerenti la variante al P.R.G. per l'esercizio finanziario 2008 ed ha, quindi, precisato la tipologia del detto incarico qualificando testualmente il professionista in termini di "*consulente scientifico, di elevato profilo, per lo studio della variante generale al P.R.G. e di supporto alle attività del V Settore Urbanistica ed Edilizia coadiuvato dai tecnici dell'Ufficio di Piano Regolatore*" (delibera n. 46 del 5/03/2009).

Al fine di raggiungere l'obiettivo "*specifico e straordinario dell'adozione della variante generale del nuovo P.R.G.*", il Comune ha, infatti, da tempo attivato presso il Settore Urbanistica ed edilizia l'Ufficio di Piano regolatore, struttura temporanea e flessibile, che oltre a personale interno è stato integrato anche con due tecnici esterni.

A sostegno del proprio operato, l'Amministrazione comunale ha, inoltre, precisato che gli incarichi di consulenza in questione non rivestono natura di contratti di appalto di servizi ma rientrano nel differente e distinto ambito dei contratti d'opera intellettuale, con la conseguenza che si tratterebbe di incarichi sottratti all'applicazione delle disposizioni di cui al D.Lgs. n. 163/2006.

Da ciò deriverebbe, altresì, secondo l'impostazione comunale, che le prestazioni in questione non sarebbero assoggettate neppure alle disposizioni in tema di concorrenzialità e pubblicità cui devono essere, invece, ispirate le procedure inerenti gli appalti e le concessioni per importi superiori alla soglia comunitaria (cfr. nota prot. n. 18715/VISF del 25/03/2009).

Ritenuto in diritto

3. l'Autorità si è già espressa su un caso analogo con delibera n. 296/2007 relativamente all'affidamento dell'incarico di redazione di uno strumento urbanistico. A

4. Nel caso di specie il Comune di Formia ha deliberato l'affidamento diretto di un incarico professionale di importo pari alla soglia comunitaria che, ancorchè qualificato dall'Amministrazione comunale in termini di "consulenza scientifica", è riconducibile alla tipologia di servizi indicati alla Categoria n. 12 dell'All. II A del Codice dei cc.pp. e, pertanto, assoggettato alla disciplina ivi prevista in forza dell'art. 20 comma 2 dello stesso Codice.

La Cat. 12, infatti, riguarda i "*Servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, anche integrata; servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica; servizi affini di consulenza scientifica e tecnica; servizi di sperimentazione tecnica e analisi*". B

Come precisato dallo stesso art. 3 del disciplinare di incarico allegato alla delibera di affidamento n. 46/2009, l'incarico in questione ha ad oggetto:



6

- a) l'alta consulenza per lo studio inerente la redazione della variante al P.R.G. del Comune di Formia; al riguardo è precisato nello stesso art. 3 che la variante sarà redatta dal competente Ufficio del Settore Urbanistica ed Edilizia dell'Amministrazione comunale;
- b) l'assistenza alla stesura dei documenti grafici che dovranno definire le destinazioni d'uso e le relative norme di attuazione per l'intero territorio, avendo cura che gli elaborati e le relative tavole siano predisposti in conformità alle norme vigenti e in particolare a quanto previsto dalla Legge Regionale Lazio n.38/99.

E' previsto altresì che l'attività di studio e di alta consulenza scientifica si esplichi anche attraverso la produzione di scritti e relazioni corredate da atti tecnici illustrativi (comma 2 art. 3 del disciplinare).

Maggiori indicazioni sui contenuti dell'incarico, tuttavia, possono trarsi con più precisione dal successivo art. 5 del disciplinare che, nell'individuare gli impegni del professionista, delinea anche l'estensione dell'incarico e l'effettiva portata della collaborazione partecipativa dello stesso alle attività di redazione della variante, che resta comunque di competenza dell'Ufficio di Piano regolatore del Comune.

Pertanto, le attività demandate al professionista, come risultanti dalla delibera di conferimento dell'incarico e dal disciplinare ad essa allegato, configurano un complesso di prestazioni soggette alle disposizioni vigenti in tema di procedure di scelta del contraente di rilevanza comunitaria.

5. Dall'esame delle disposizioni che disciplinano gli Enti locali, nel caso di specie, è applicabile anche l'art. 7 comma 6-ter del T.U. 30 marzo 2001 n. 165, come modificato dall'art. 32 del D.L. 4 luglio 2006 n. 223 (c.d. decreto Bersani), convertito in L. 4 agosto 2006 n. 248.

L'art. 7 cit. prevede che i regolamenti previsti dall'art. 110 comma 6 del T.U. sugli Enti locali (D.L.vo 18/8/2000 n. 267) per il conferimento di collaborazioni esterne ad alto contenuto di professionalità si adeguano ai principi di cui al comma 6 dello stesso art. 7 (e, *mutatis mutandis*, anche del comma 6-bis).

Il comma 2 dell'art. 1 dello stesso D.L.vo n. 165/2001 ricomprende poi nel campo applicativo del decreto anche i Comuni.

Ne deriva che anche per gli incarichi di collaborazione (o di consulenza) conferiti dagli Enti locali a professionisti esterni è applicabile la stessa disciplina contemplata per le Amministrazioni dello Stato, gli Enti pubblici nazionali, le Regioni e le Aziende Sanitarie.

Più in dettaglio, è applicabile l'art. 7 comma 6 del D.L.vo n. 165 del 2001, come sostituito dall'art. 46 comma 1 della L. n. 133 del 2008, sopra richiamato.

Il comma 6-bis dello stesso art. 7, anch'esso valido per gli Enti locali perché riguardante le amministrazioni pubbliche, prevede testualmente che *"le amministrazioni pubbliche disciplinano e rendono pubbliche, secondo i propri ordinamenti, procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione"*.

Così, mentre il comma 6 dell'art. 7 del D.L.vo n. 165 del 2001 detta le condizioni di legittimità che consentono alla P.A. di affidare all'esterno incarichi specialistici, quali appunto possono qualificarsi gli incarichi di collaborazione e le consulenze professionali, il successivo comma 6-bis prevede una non meglio precisata "procedura comparativa", quale soglia minima di rispetto dell'evidenza pubblica.

La norma, quindi, risolve il problema dell'"*an*" (il "se" è possibile ricorrere all'esterno), ossia individua in quali casi è consentito il ricorso ad esperti esterni alla P.A.,



mentre sul "quomodo" dell'affidamento, ossia sulle modalità che la P.A. deve osservare per procedere alla scelta del contraente, si limita a richiamare genericamente l'obbligo della "procedura comparativa".

Deve ritenersi, pertanto, che a prescindere dalla possibilità di inquadrare gli incarichi di collaborazione e le consulenze entro gli ambiti degli appalti pubblici di servizi, la legge stabilisce -per la scelta del professionista- una procedura di evidenza pubblica, che deve intendersi come procedura selettiva improntata a principi di meritocrazia e imparzialità, mentre non è consentito che l'affidamento di tali incarichi possa essere disposto su base fiduciaria, ossia *intuitu personae*.

E' pur vero che in materia di conferimento di incarichi di consulenza la giurisprudenza ha in qualche caso escluso dall'applicazione della normativa che disciplina gli appalti pubblici, sia di lavori che di servizi, anche l'attività professionale concernente la redazione di strumenti urbanistici, in forza della scelta eminentemente fiduciaria del professionista avente natura di prestazione d'opera intellettuale (Cons. di Stato, Sez. IV, 29 gennaio 2008 n.263).

In tema di *collaborazioni e consulenze nella pubblica amministrazione*, il citato comma 3 dell'art. 46 del D.L. 25/06/2008 n. 112, convertito in L. 6 agosto 2008 n. 133, ha poi stabilito che i limiti, i criteri e le modalità per l'affidamento di incarichi di collaborazione autonoma, sono fissati con specifico regolamento, ferma restando tuttavia la necessità di conformarsi a quanto stabilito dalle disposizioni vigenti.

Ne deriva che le "disposizioni vigenti" da applicare nel caso di specie, avuto riguardo ai contenuti delle prestazioni affidate al consulente, risultano essere quelle del Codice dei cc.pp. in forza della qualificazione di cui alla Cat. 12 dell'All. II A.

Si tratta di incarichi riconducibili alla tipologia degli appalti pubblici di servizi, con la conseguenza che la concreta individuazione della procedura di scelta del contraente dipende dall'importo della prestazione che, laddove sia pari o superiore alla soglia comunitaria (come nel caso che ci occupa), comporta la necessità di ricorrere alla procedura aperta o ristretta *ex artt. 54 e ss. del D.L.vo n. 163/2006*, mentre non residuano nella fattispecie margini per la procedura negoziata.

Nel caso in questione, quindi, l'affidamento diretto dell'incarico di consulenza per lo studio inerente la redazione della variante al P.R.G. 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 si configurerebbe come una prestazione d'opera intellettuale e, 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.

La mancata esecuzione di una procedura concorsuale potrebbe, inoltre, aver comportato un maggior onere per l'Amministrazione con possibile danno all'erario.

6. 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

- *rileva che l'affidamento dell'incarico di consulenza per la redazione del P.R.G., disposto dal Comune di Formia in via diretta -senza alcuna procedura comparativa- si pone in contrasto con le disposizioni normative vigenti in materia, in quanto 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 II A della norma anzidetta;*

- *atteso che le modalità di affidamento adottate nella fattispecie trovano supporto normativo esclusivamente nell'art. 37-sexies del nuovo Regolamento sull'ordinamento degli Uffici e Servizi dell'Ente, del quale il Comune ha fatto puntuale applicazione, invita l'Amministrazione comunale ad intervenire in via di autotutela al fine di modificare la detta disposizione regolamentare in termini coerenti con l'assetto ordinamentale vigente in materia, attenendosi per il futuro al rigoroso rispetto delle procedure previste dalla legge per l'affidamento dei detti incarichi;*

- *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;*

- *dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture, affinché richieda al Comune di Formia, a mezzo dell'Ufficio competente, gli eventuali provvedimenti in sede di autotutela che lo stesso intende porre in essere, da comunicare entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della presente deliberazione;*

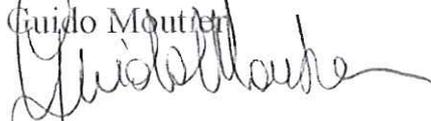
- *dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture perché comunichi la presente deliberazione al Comune di Formia, in persona del Sindaco o al responsabile del procedimento e all'organo di controllo interno dell'Ente, nonché all'esponente, in persona del Presidente dell'Associazione delle organizzazioni di ingegneria, architettura e di consulenza tecnico-economica (OICE);*



- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture perché trasmetta la presente deliberazione alla Procura della Corte dei Conti per le eventuali iniziative di competenza.

I Consiglieri Relatori

Guido Mouton



Piero Calandra



Il Presidente

Luigi Gimpaolino



Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 28 maggio 2009

Il Segretario



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

IL CONSIGLIO

Si dichiara che la presente copia, composta di

n. 7 fogli, è conforme all'originale.

Roma, li 28 maggio 2009

IL SEGRETARIO

