

Deliberazione n. 33 Adunanza del 08 Aprile 2009

Oggetto: GE 64908/08/VISF Procedura di conferimento di incarichi per la progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di progettualità previste nel programma operativo FSE e FERS della Giunta Regionale della Campania.

Esponente : Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggistici e Conservatori della Provincia di Salerno;

Stazione appaltante : Comune di Campagna;

Riferimenti Normativi : art.92, c. 1, d.l.vo n. 163/2006 e s.m.i., L.R. Campania n. 3/2007 art. 11, determinazione n. 4/2007, delibera n. 125/2007

il Consiglio

Visto il decreto legislativo n.163/2006 e s.m.i.;

Vista la L.R. Campania n. 3/2007

Vista la relazione della Direzione Vigilanza Servizi e Forniture;

Vista la Determinazione n. 4/2007

Vista la deliberazione n. 125/2007

Considerato in fatto

L'Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggistici e Conservatori della Provincia di Salerno con nota datata 30 ottobre 2008 ha segnalato a questa Autorità alcuni profili di illegittimità che caratterizzavano il bando di gara relativo alla procedura per il conferimento di incarichi per la progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di progettualità previste nel programma operativo FSE e FERS della Giunta Regionale della Campania.

L'Ordine professionale ha evidenziato, in particolare, che il pagamento dei compensi professionali veniva subordinato al conseguimento del finanziamento da parte dell'organo regionale e che nel bando non venivano specificati precisi criteri per l'individuazione dei professionisti cui affidare gli incarichi.

Considerata la rilevanza delle problematiche segnalate, la Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture (VISF), operante presso questa Autorità, con nota n° 67233 del 27 novembre 2008, ha richiesto al responsabile del procedimento di fornire elementi informativi in ordine alla procedura in questione ed alle opere pubbliche da progettare nell'ambito del programma operativo FSE e FERS.

L'Amministrazione comunale in relazione a quanto sopra ha fornito elementi informativi con la delibera di G.C. n. 221 del 12 novembre 2008 e con nota datata 2 dicembre 2008. In sintesi è stato precisato che:

- le perplessità afferenti la disciplina dei minimi tariffari sembrerebbero essere state completamente superate, alla luce dell'art.2, comma 1) lett. t), punti 2), 3) e 4) del d.lgs. n. 152/2008, che definitivamente ha ribadito l'inapplicabilità dei nuovi tariffari al fine della determinazione del compenso contrattuale;
- l'Amministrazione Pubblica agisce nell'ambito di un'attività discrezionale, con prevalenti profili privatistici. Infatti, nell'ipotesi di cui è questione, non si persegue immediatamente l'interesse pubblico, ma si svolge un'attività per partecipare ad una procedura di finanziamento che, attraverso la realizzazione successiva di un'opera pubblica, concretizzerà un interesse pubblico: si tratta di manifestazione di discrezionalità privata che permette di inserire ogni tipo di clausola nel contratto di collaborazione del tecnico che viene designato, fino a definire un contratto misto, in cui il sinallagma è dato dalla premialità da acquisire, attraverso la partecipazione al concorso regionale di finanziamento, come avviene, appunto, in una procedura di concorso di idee, in cui non tutti i partecipanti vengono premiati;
- il parametro di valutazione per l'ammissione al concorso è dato dal criterio del "tempo";
- con atto d'indirizzo n. 150 del 20/08/08 la Giunta Comunale ha ritenuto di dare mandato di avviare le procedure afferenti i POR della Regione Campania con la pubblicazione di appositi bandi pubblici e di procedere in successione alla individuazione del progettista, precisando che per le attività di progettazione il compenso per le prestazioni sarebbe stato corrisposto solo al

raggiungimento degli obiettivi previsti dal bando della Regione Campania, e alla individuazione delle opere da progettare;

- le opere pubbliche da progettare riguardavano il completamento rete fognaria e di quella idrica, il potenziamento della pubblica illuminazione e le strade rurali;
- per pubblicizzare la procedura sono stati affissi manifesti sull'intero territorio comunale, il bando è stato pubblicato sul sito del Comune di Campagna dal 13 ottobre 2008 al 28 ottobre 2008 ed affisso all'Albo Pretorio dal 17 ottobre 2008 al 1 novembre 2008 e, infine, è stato pubblicato sul sito SITAR Regione Campania e sul sito del Ministero delle Infrastrutture - Servizio Contratti pubblici;
- i criteri e le modalità procedurali nonché la tempistica da adottare per la scelta dei professionisti sono stati definiti con Delibera di G.C. n. 225 del 19 novembre 2008 avente ad oggetto "Avviso per collaborazione tecnica ambito fondi europei - Sviluppo regionale. Atto d'indirizzo";
- l'importo stimato per le prestazioni professionali oggetto di affidamento era inferiore a 100.000,00 euro;
- sono state acquisite n. 78 domande di partecipazione e in data 26 novembre 2008 con verbale prot. 20237 si è proceduto all'apertura delle buste;
- con Determina n. 306 del 25 novembre 2008 si è preso atto del verbale di apertura delle buste e si è proceduto all'individuazione dei tecnici nel rispetto di quanto previsto dalla Delibera di G.C. n° 225 del 19 novembre 2008;

Sulla base degli elementi informativi e documentali forniti, la Direzione Generale VISF, con nota n° 73617 del 30 dicembre 2008, ha evidenziato all'Amministrazione le criticità rilevate. In particolare è stato evidenziato che:

- l'indicazione della decorrenza entro cui far pervenire la richiesta di affidamento riportata nel bando "dalla data del presente avviso (26/09/2008)" non risultava chiara tenuto conto che la pubblicazione risultava essere avvenuta all'Albo Pretorio da 17.10.2008 all'01/11/2008;
- le date indicate nel SITAR Regione Campania e nel sito Servizi Contratti Pubblici non risultavano essere congruenti fra loro e con le indicazioni fornite nell'avviso pubblicato all'Albo Pretorio comunale;
- non erano stati chiariti i criteri e le modalità procedurali che sarebbero stati adottati per la scelta dei professionisti a seguito della formazione dell'elenco;
- non erano stati indicati gli importi stimati per ciascuna prestazione professionale che si intendeva affidare;
- non risultavano essere stati chiariti gli specifici interventi da progettare, gli importi stimati dei lavori, desumibili da un propedeutico studio di fattibilità/progettazione preliminare, e se gli stessi erano stati inseriti nei programmi dell'Ente in conformità dell'art.128 del codice dei contratti pubblici e dell'art. 7 della L.R. n. 3/2007;
- l'urgenza della consegna dei progetti per rispettare la data del 31/12/2008 fissata dalla Regione per la richiesta di finanziamento non poteva giustificare il termine ristretto di gg. 21 per la redazione dei progetti;
- non risultava possibile - a pena di nullità - affidare incarichi di progettazione subordinando la corresponsione dei compensi professionali, relativi allo svolgimento della progettazione e delle attività tecnico-amministrative ad esse connesse, ai finanziamenti dell'opera;
- quanto "ritenuto" nella delibera di G.C. n. 221 del 22/11/2008, in ordine all'ipotesi di attività discrezionale con profili privatistici, non appariva pertinente al caso specifico.

Con nota datata 22 gennaio 2009 il Comune di Campagna ha trasmesso la delibera di G.C. n. 6 del 14 gennaio 2009, avente ad oggetto "Procedura di conferimento incarichi per la progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di progettualità previste nel programma operativo FSE e FESR", adottata per fornire chiarimenti in merito alle osservazioni formulate con la sopraindicata comunicazione.

Con detta delibera è stato precisato, oltre a quanto già comunicato, che:

- trattasi di progettazioni sotto soglia comunitaria e che quindi appare sufficiente la pubblicazione sui siti indicati nel bando;
- l'incoerenza della data di pubblicazione dell'avviso sul SITAR non è attribuibile al Comune, ma solo all'organizzazione regionale;
- il parametro fondamentale dell'affidamento è quello del "tempo di redazione dei progetti", tanto è vero che è stato dato incarico all'Ufficio Urbanistica di procedere all'affidamento della redazione dei progetti in base esclusivamente al parametro tempo, includendo nella graduatoria le domande contenenti il tempo di 21 giorni per la consegna dei progetti;
- il compenso è riferito, in mancanza di apposita specificazione nel bando, alla tariffa professionale ancora in vigore;
- nel bando è stata richiesta ai professionisti la misura prescelta per la progettazione;
- l'esiguità del termine è stata pienamente accettata da parte dei partecipanti;
- le modalità apposte per il pagamento non sono una condizione ma una clausola concorsuale che

prevede il compenso quale premialità in caso di ammissione al finanziamento.

Considerato in diritto

Il Comune di Campagna, con avviso del responsabile dell'Area Urbanistica ed Assetto del Territorio, datato 26 settembre 2008, ha reso noto di dover procedere all'affidamento all'esterno di incarichi, di importi inferiori ai 100.00,00 Euro, per la progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, per il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione e per la direzione dei lavori relativa alle progettualità previste nel programma operativo FSE e FERS della Giunta Regionale della Campania, approvato con deliberazione n. 453 del 16 marzo 2007.

Con lo stesso avviso sono state evidenziate le categorie di interventi oggetto del bando regionale e sono stati invitati i tecnici interessati a far pervenire proposta di affidamento entro e non oltre giorni 15 dalla data dell'avviso.

Si tratta, dunque, di un avviso per selezionare, sulla base di *curriculum vitae* e del tempo (massimo) per la consegna degli elaborati tecnici inerenti la progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, i professionisti a cui affidare i predetti incarichi.

Dall'esame dell'avviso di cui sopra nonché dagli atti acquisiti sono emerse alcune criticità, in particolare si è rilevato che:

- per le attività richieste, il compenso per le prestazioni professionali sarebbe stato commisurato al raggiungimento degli obiettivi previsti nel bando regionale e contenuto nell'importo della voce "Spese Generali" previste nel quadro economico del progetto e che in assenza di approvazione del progetto da parte della Regione Campania l'Amministrazione non avrebbe corrisposto alcuna somma per le prestazioni professionali rese;
- l'indicazione del *dies a quo* dal quale far decorrere il termine dei 15 giorni entro cui far pervenire la richiesta di affidamento non risultava chiara, tenuto conto che nel bando pubblicato sull'Albo Pretorio si precisava che detta richiesta di affidamento sarebbe dovuta pervenire entro 15 giorni dalla "dalla data del presente avviso", vale a dire il 26 settembre 2008, mentre lo stesso Bando risulta essere stato pubblicato sull'Albo Pretorio in un diverso lasso temporale compreso dal 17 ottobre 2008 all'1 novembre 2008;
- le date indicate nel SITAR Regione Campania e nel sito Servizi Contratti Pubblici non risultavano essere congruenti fra loro e con le indicazioni fornite nell'avviso pubblicato all'Albo Pretorio comunale;
- nell'avviso non erano stati chiariti i criteri e le modalità procedurali che sarebbero stati adottati per la scelta dei professionisti a seguito della formazione dell'elenco, limitandosi lo stesso a richiedere (i) di indicare nella richiesta di affidamento il tempo massimo per la consegna degli elaborati tecnici inerenti la progettazione, preliminare ed esecutiva (senza fissare in proposito un termine "massimo" suscettibile di essere migliorato in fase di presentazione dell'istanza da parte del professionista) e (ii) di allegare il *curriculum vitae* del professionista istante (senza predeterminare, anche a tal riguardo, i requisiti minimi richiesti al professionista in ragione della qualità e del valore delle prestazioni professionali da affidare);
- non erano stati indicati gli importi stimati per ciascuna prestazione professionale che si intendeva affidare;
- non risultano essere stati chiariti gli specifici interventi da progettare, gli importi stimati dei lavori, desumibili da un propedeutico studio di fattibilità/progettazione preliminare, e se gli stessi erano stati inseriti nei programmi dell'Ente in conformità dell'Art. 128 del codice dei contratti pubblici e dell'Art. 7, comma 4, della L.R. n. 3/2007;
- l'urgenza della consegna dei progetti per rispettare la data del 31 dicembre 2008 fissata dalla Regione per la richiesta di finanziamento non poteva giustificare il termine ristretto di gg. 21 per la redazione dei progetti; detta urgenza poi risulta di dubbia fondatezza laddove si tenga presente che in prossimità della scadenza del detto termine del 31 dicembre 2008 e più precisamente in data 2 dicembre 2008, stando alle indicazioni formulate dalla Amministrazione medesima con la nota di pari data, nessun incarico risultava ancora conferito. Peraltro si osserva che il programma operativo FSE e FERS della Giunta Regionale della Campania, risultava approvato con deliberazione n. 453 fin dal 16 marzo 2007;
- il suddetto termine di 21 giorni per la redazione dei progetti, utilizzato dall'Amministrazione quale criterio di selezione dei professionisti cui affidare le prestazioni professionali, risulta essere stato fissato dall'Amministrazione medesima con Delibera della Giunta Comunale n. 225 del 19 novembre 2008 e, quindi, successivamente alla data di pubblicazione del bando, avvenuta sull'Albo Pretorio nel periodo compreso tra il 17 ottobre 2008 e l'1 novembre 2008;
- nella Determina n. 306 del 25/11/2008 con cui l'Amministrazione ha proceduto alla individuazione dei tecnici nel rispetto dei criteri fissati nella summenzionata Delibera di G.C. n. 225 del 19 novembre 2008, si prende a tal fine atto del verbale di apertura delle buste che, tuttavia, risulta essere datato 26 novembre 2008 e quindi successivo di un giorno rispetto alla Determina che lo richiama;
- nelle premesse del verbale di apertura buste del 26 novembre 2008 si legge che

L'Amministrazione ha escluso quattro domande di partecipazione in quanto pervenute oltre il termine finale fissato "il giorno 28/10/08 alle ore 14.00", anche se, come sopra evidenziato, tale termine non risulta chiaramente ed univocamente individuato nel Bando né adeguatamente reso pubblico;

- quanto "ritenuto" dalla Amministrazione nella Delibera di G.C. n. 221 del 22 novembre 2008, in ordine all'ipotesi di attività discrezionale con profili privatistici, non appare pertinente al caso specifico.

In ordine alla subordinazione della corresponsione del compenso al professionista da parte dell'Amministrazione alla approvazione del progetto da parte della Regione e, quindi, al finanziamento dell'opera, deve ribadirsi quanto già asserito da questa Autorità che non è possibile - a pena di nullità - affidare incarichi di progettazione subordinando la corresponsione dei compensi professionali, relativi allo svolgimento della progettazione e delle attività tecnico-amministrative ad esse connesse, ai finanziamenti dell'opera. La progettazione di un'opera pubblica non può costituire un'attività fine a se stessa, svincolata dalla esecuzione dei lavori, con la conseguenza che non si può affidare un incarico di progettazione senza che l'opera sia stata non solo programmata ma sia stata anche indicata l'effettiva reperibilità delle somme necessarie per realizzarla e che, pertanto, con l'entrata in vigore della Legge n. 248/2006 non è stato abrogato l'art. 92, comma 1, del d.l.vo n. 163/2006 (cfr. Determinazione n. 4/2007, delibera n. 125/2007).

Tale precisazione si rende necessaria in quanto si è riscontrata una prassi piuttosto diffusa presso le Amministrazioni che, facendo leva su quanto disposto dell'art.2 del Decreto Legge 4 luglio 2006, n. 223 convertito in Legge 4 agosto 2006, n. 248 in merito alla abrogazione delle disposizioni che, con riferimento alle attività libero professionali ed intellettuali, prevedono la obbligatorietà delle tariffe ed il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi, qualificano il finanziamento dell'opera quale "obiettivo" da raggiungere mediante l'attività di progettazione svolta dal professionista e con ciò ritengono di poter subordinare la corresponsione del compenso spettante al professionista per l'attività svolta al raggiungimento dell'obiettivo così individuato. Con l'ulteriore conseguenza, come nel caso in esame, che "in caso di non approvazione del progetto da parte della Regione Campania l'Amministrazione non dovrà corrispondere alcuna somma al professionista che si propone per le prestazioni rese".

Tale prassi, oltre a porsi in violazione delle norme vigenti in materia e più precisamente dell'art.92, comma 1 del D.Lgs. n. 163 tuttora vigente anche a seguito della novella posta dal D.Lgs. n. 152/2008 che non ne ha in alcun modo mutato la portata dispositiva, si ritiene determini anche una evidente disparità/diseguaglianza di posizioni rispetto a quelle Amministrazioni che, in ottemperanza alla disposizione richiamata nonché alle pronunce di questa Autorità (determinazione n. 4/2007, delibera n. 125/2007), abbiano adottato procedure coerenti con detta disciplina, facendosi quindi carico di remunerare in ogni caso il professionista per l'attività di progettazione eseguita ovvero che, in assenza di risorse per compensare l'attività di progettazione, non hanno candidato progetti all'Ente che eroga il finanziamento.

In relazione, poi, all'affinità della procedura di cui trattasi a quella del "concorso di idee", cui l'Amministrazione ha fatto riferimento nelle risposte fornite, si osserva che questa Autorità ha avuto modo in diversi atti di indirizzo di rappresentare che non sono consentite modalità di affidamento dell'attività di progettazione, nelle varie forme in cui si può esplicitare (incarico di progettazione, concorso di progettazione ovvero concorso di idee), alternative a quelle individuate dalla legge.

Nel caso di specie si è in presenza di un avviso per la selezione di professionisti cui affidare incarichi di progettazione afferenti un complesso di interventi di tipologia e su aree diverse; non si è in presenza, dunque, di un concorso di progettazione o di idee, ai quali è possibile ricorrere, ai sensi dell'articolo 91, comma 5 del d. Lgs. n. 163/2006, nel caso in cui la prestazione riguardi la progettazione di lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, storico artistico e conservativo, nonché tecnologico. Peraltro, non risulta essere stata attivata alcuna procedura comparativa per la selezione degli elaborati progettuali.

In merito alle modalità procedurali seguite per l'individuazione dei professionisti da parte dell'Amministrazione deve segnalarsi che le stesse non hanno garantito il rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità, trasparenza e, più in generale non sono state improntate al perseguimento del principio costituzionale di buon andamento che impone che l'azione amministrativa si attenga a criteri di efficienza e di efficacia.

In particolare, nel caso in esame l'Amministrazione non ha preventivamente determinato in sede di Bando non solo i requisiti minimi richiesti ai professionisti nella fase di ammissione alla selezione (requisiti che avrebbero dovuto a loro volta essere commisurati alla tipologia ed al valore degli incarichi da affidare; tipologia e valore anch'essi non precisamente indicati) ma non ha nemmeno indicato i criteri che avrebbe seguito nella scelta dei professionisti e quindi nella fase di affidamento degli incarichi. L'indicazione del criterio del "tempo massimo per la redazione del progetto" infatti è avvenuta a posteriori ed alla stessa non risulta nemmeno data alcuna diffusione presso il pubblico dei potenziali candidati.

Non vi è stata, infine, alcuna chiarezza circa i termini fissati dall'Amministrazione ai fini della presentazione delle richieste di affidamento da parte dei potenziali concorrenti, determinandosi in tal modo una evidente violazione della *par condicio* tra i candidati, penalizzando sia coloro i quali hanno utilizzato il termine più breve per la presentazione dell'istanza, sia coloro i quali a giudizio dell'Amministrazione avrebbero presentato una richiesta tardiva.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

- rileva che l'avviso pubblico di cui trattasi non è conforme all'art. 92, comma 1, del d. lgs. n. 163/2006 e s.m.i.;
- rileva che le modalità procedurali attivate per l'individuazione dei professionisti cui affidare gli incarichi di progettazione non hanno garantito il rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità, trasparenza e non sono state improntate al perseguimento del principio costituzionale di buon andamento che impone che l'azione amministrativa si attenga a criteri di efficienza e di efficacia;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture affinché comunichi la presente deliberazione, all'esponente e alla stazione appaltante, in modo che la stessa possa rivalutare il proprio operato ed uniformarlo ai principi di cui all'art.2 del decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i. e comunicare i provvedimenti che si intendono porre in essere per conformare gli affidamenti dei servizi alle norme vigenti in materia nonché provveda alla pubblicazione della stessa sul sito internet dell'Autorità;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture affinché trasmetta la presente delibera alla Regione Campania al fine di dare informativa delle risultanze istruttorie e per gli eventuali provvedimenti di competenza.

I Consiglieri Relatori : Piero Calandra; Alfredo Meocci; Guido Moutier

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositata in Segreteria in data

Il Segretario