



DELIBERA N. 548

del 13 luglio 2021

Oggetto

Fasc. Anac n. 1696/2021

Affidamento della progettazione definitiva – esecutiva dell'intervento di recupero e riqualificazione edilizia dell'“Antica Dogana Centro servizi per i giovani” ai sensi dell'art. 63 comma 2b) del d.lgs 50/2016 presso il Comune di Avellino. Importo complessivo presunto dell'intervento 3.500.000 di euro.

Visti il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il d.lgs 18 agosto 2000, n. 267; la L. 11 settembre 2020, n. 120;

Visto il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori

Premessa

Con nota assunta al prot. n. 0030943 in data 15/04/2021 perveniva specifico esposto da parte di un Consigliere del Comune di Avellino il quale riteneva che l'affidamento del contratto in oggetto, effettuato dall'Amministrazione Comunale ad un noto Architetto di fama internazionale, fosse avvenuto in violazione dei principi di libera concorrenza e par condicio come enunciati dal Codice dei Contratti.

Nello stesso periodo gli organi di stampa riferivano di un acceso dibattito con posizioni nettamente divergenti sull'argomento da parte dell'Amministrazione Comunale e dell'Ordine degli Architetti di Avellino che, con le medesime motivazioni di cui all'esposto su richiamato, chiedeva al Comune l'annullamento in autotutela dell'affidamento de quo.

A fronte di ciò, con nota prot. n. 0042151 del 25/05/2021 l'Ufficio di Vigilanza competente chiedeva al Segretario Generale del Comune e al RUP informazioni preliminari e documentazione al riguardo, contestualmente formulando un primo generale rilievo in base alle notizie già acquisite.

Con nota prot. n. 0043726 del 31/05/2021 perveniva altresì un esposto da parte della Fondazione Inarcassa che segnalava le medesime presunte anomalie della procedura.

Con nota assunta al prot. n. 0045818 in data 08/06/2021 pervenivano poi le informazioni e le contro deduzioni richieste al Comune.

Considerato in fatto

Con delibera di Giunta Comunale n. 314 del 23/11/2018 veniva approvato il progetto di fattibilità tecnica ed economica dell'intervento di Recupero e riqualificazione edilizia dell'“Antica Dogana: Centro servizi per i giovani” per un importo complessivo pari a Euro 3 500 000,00.



Il progetto è finanziato prevalentemente dal Fondo Europeo di Sviluppo Regionale (FESR) e in particolare dai Fondi Strutturali relativi alla programmazione 2014-2020 - Asse SVILUPPO URBANO SOSTENIBILE il cui Obiettivo specifico è *l'aumento della legalità nelle aree ad alta esclusione sociale e miglioramento del tessuto urbano nelle aree a basso tasso di legalità*.

Il progetto afferisce al Programma PICS di Avellino, Programmi Integrati Città Sostenibile, i quali sono programmi complessi orientati al perseguimento di obiettivi di crescita socio-economica, rivitalizzazione energetica ed ambientale, miglioramento della qualità della vita ed efficienza.

Sono diretti alle 19 Città Medie della Campania, con popolazione superiore a 50 mila abitanti, tra cui la città di Avellino per la quale è prevista una dotazione finanziaria complessivamente pari a circa 16.000.000 di Euro per la realizzazione di n. 13 interventi, tra cui quello in oggetto, che prevede l'impegno finanziario maggiore.

Con delibera di G.C. n° 277 del 31/12/2020 l'Amministrazione comunale, considerata la rilevanza storico-architettonica dell'edificio da riqualificare, ed inoltre *che il progetto da redarre, attraverso opportune indagini storico-tecniche e tecnologiche, deve mirare a reinterpretare il "senso spaziale – percettivo" della struttura originaria con un'idea di spazio più moderno ed innovativo; che tale valutazione assume carattere di asset prioritario per l'Amministrazione e che lo stesso può esclusivamente conseguirsi mediante la creatività di un Professionista esperto di restauro di beni monumentali, architetto di rilevanza internazionale, che riesca a gestire complessivamente e in maniera uniforme ed univoca la definizione progettuale dell'intervento sotto tutti i molteplici aspetti (storico, architettonico, statico e sismico, di salvaguardia e di futuro utilizzo), tali da garantire l'unicità della prestazione finalizzata ad esaltare l'aspetto dell'edificio storico del Palazzo della Dogana*", determinava di *"formulare indirizzo al Dirigente del Settore Assetto e Sviluppo del Territorio affinché affidi la progettazione del Palazzo della Dogana ad Architetto di rilevanza internazionale esperto di restauro di beni monumentali ..."*.

Con determina dirigenziale n° 3459 del 31/12/2020 veniva tra l'altro disposto dal dirigente del settore urbanistica del Comune nonché Segretario Generale del Comune, di dare mandato al RUP per l'attivazione di una procedura tramite Mercato Elettronico Pubblica Amministrazione per l'individuazione della prevista figura esterna di progettista e *"di impegnare per il gruppo esterno la spesa complessiva di Euro 290.000,00 oltre oneri di legge (tot. Euro 367'952,00)"*.

Con determinazione dirigenziale n. 682 del 16/03/2021 veniva affidato ad un avvocato esterno l'incarico di redigere un parere in merito alla legittimità *di una procedura di affidamento diretto per l'individuazione di un architetto di rilevanza internazionale*, ciò considerato quanto suggerito dall'Avvocatura comunale che *operava* dall'ingente lavoro con nota prot. 9725 dell'11/02/21 e successiva nota prot. 19950 del 16/03/21 trovandosi nella dichiarata impossibilità di effettuare un *approfondimento in via di urgenza* al riguardo aveva infine consigliato al RUP e al competente Dirigente dell'area assetto del territorio di rivolgersi ad un legale esterno.

In data 24/03/2021 perveniva il suddetto parere da parte del prof. avv. M.S. di Roma il quale, dopo un excursus sulla normativa comunitaria e nazionale e con il supporto di alcuni pronunciamenti del giudice Amministrativo, così concludeva:

"Il caso sottoposto alla mia valutazione, potrebbe senz'altro giustificare la scelta di un progettista attraverso una procedura negoziata senza bando. Occorrerà peraltro un preliminare provvedimento che l'Amministrazione dovrà assumere nel quale sarà adeguatamente motivato quanto segue:

-la attenta e scrupolosa verifica dell'intervento;

- le aspettative della Amministrazione che dimostrino la specificità e le eccezionali caratteristiche del risultato che si pretende ottenere;



- la necessità di reperire un soggetto attraverso autonome e personali verifiche".

Con determinazione N. 770 del 26/03/2021 il competente dirigente considerava

"- che il parere reso dall'avv.to M.S. ha messo in evidenza come i motivi artistici ricorrono allorché i predetti motivi artistici sono tali da confondersi infungibilmente con la figura soggettiva dell'artista da incaricare;

- che, in particolare, se volontà dell'Amministrazione è quella di creare un'opera di valore artistico unico ne deriva che come la prestazione progettuale che dovrà essere resa assuma i caratteri dell'unicità la quale potrà ottenersi solo se affidati ad architetto di fama internazionale esperto di beni monumentali, concludendo pertanto, il caso così com'è, giustifica senz'altro la scelta di un progettista a mezzo di una procedura negoziata senza bando"; [...]

Tenuto conto del curricula dell'Arch. F. M., di chiara fama internazionale, che giustifica, pertanto, alla luce delle argomentazioni espresse dal prof. S. l'affidamento diretto ai sensi dell'art. 63 del D.lgs n. 50/2016, comma 2, lettera b, punto 1 ricorrendone per le ragioni ut supra i presupposti per sussunzione delle fattispecie concreta in quelle astratta;

Tenuto, inoltre, conto di quanto complessivamente previsto dall'art. 2 della legge n° 120/2020 in merito alle semplificazioni e deroghe alle procedure in relazione all'aggiudicazione di contratti pubblici sopra soglia che sono consentiti entro il 31/12/2021 per incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici; Ritenuto, di dover, provvedere in merito e, precisamente, procedere ad attivare, per le complessive e motivate ragioni di cui in premessa, la trattativa diretta tramite MEPA la individuazione dell'architetto di fama internazionale;

determinava di "procedere, per le complessive e motivate ragioni di cui in premessa, ad attivare la trattativa diretta tramite MEPA con l'Arch. F. M., legale rappresentante della società F. ARCHITECTURE S.R.L.."

A seguito dei rilievi avanzati sull'operazione di cui sopra, soprattutto da parte dell'Ordine degli Architetti, nonché considerando l'esposto da parte del Consigliere Comunale di Avellino, come innanzi già ricordato, l'Autorità, a valle di una preliminare valutazione della determina suddetta, con nota prot. n.0042151 del 25/05/2021, chiedeva informazioni documentate all'Amministrazione comunale.

In particolare, segnalando il possibile ricorrere delle lamentate anomalie dell'affidamento in oggetto, chiedeva al RUP e al Dirigente del settore Assetto e Sviluppo del Territorio, di trasmettere una sintetica relazione esemplificativa dell'iter procedurale seguito per l'affidamento del contratto medesimo, corredata della necessaria documentazione di supporto ed in ogni caso dei seguenti documenti:

- progetto di fattibilità tecnica ed economica dell'intervento approvato con delibera di Giunta Comunale n. 314 del 23/11/2018;
- lettere/interlocuzioni con l'Avvocatura ed in particolare la nota prot. 9725 dell'11/02/21, la nota prot. 19950 del 16/03/21 e quanto ritenuto utile per supportare la richiesta di parere esterno all'Amministrazione;
- parere legale dell'avv. M. S..

Con nota assunta a prot. n. 45818 del 8/6/2021 perveniva la risposta del Comune corredata degli atti richiesti.

Con la suddetta nota di risposta i tecnici, oltre alla documentazione richiesta, invitavano l'ANAC all'attenta lettura di una relazione inviata a corredo del riscontro informativo, a firma degli stessi, che era stata trasmessa nel maggio scorso all'Autorità di Gestione della Regione Campania, responsabile della gestione e



attuazione del PO FESR e dunque dei fondi erogati per l'opera, in riscontro ad una richiesta di chiarimenti ed integrazioni effettuata dalla medesima Autorità¹.

In tale relazione i tecnici in particolare, invocando il parere espresso dall'avv. M.S., davano atto:

"-che i motivi artistici ricorrono allorché i predetti motivi sono tali da confondersi infungibilmente con la figura soggettiva dell'artista da incaricare...; che l'indicazione dell'arch. M. F., di chiara fama internazionale (come documentato dal Curricula ricco di premi e riconoscimenti internazionali), rispetta pienamente quanto complessivamente evidenziato"; in definitiva concludendo "che la determina dirigenziale n. 770/2021[...] è sicuramente da ritenersi redatta in linea alle norme attualmente vigenti del Codice di contratti."

Nella nota di chiarimento i tecnici hanno poi ulteriormente ribadito *"che l'intento del comune è semplicemente quello di restituire alla città un'opera d'arte che possa avere i connotati di unicità"* rilevando che ciò è possibile *"solo attraverso la progettazione (e successiva direzione artistica) dell'Architetto M. F. di chiara ed oggettiva fama, riconosciuto per unicità nella creatività delle progettazioni a livello internazionale"*.

Per quanto riguarda la necessità di richiedere un parere legale all'esterno l'Amministrazione ha trasmesso le note lettere/interlocuzioni con l'Avvocatura, ed in particolare le note prot. 9725 dell'11/02/21 e la nota prot. 19950 del 16/03/21 citate nella determinazione N. 770 del 26/03/2021, dalle quali risulta che gli avvocati interni all'ente, stante la situazione di *"forte criticità"* dell'avvocatura per grave carenza di organico a causa del pensionamento di tre dei cinque avvocati in forza all'ufficio nonché per assenza di personale esecutivo, comunicavano di non poter fornire il parere richiesto in *via di urgenza*.

Nessuna informazione è stata fornita in merito allo stato del Procedimento relativo all'attribuzione dell'eventuale incarico al professionista. Da notizie rese note dagli organi di stampa parrebbe che l'architetto M. F. abbia inteso rinunciare all'incarico, mentre nell'albo pretorio del Comune, ad oggi, non risulta sia stato pubblicato alcun atto successivo alla sopra richiamata determina N. 770 del 26/03/2021.

Considerato in diritto

La problematica all'esame dell'Autorità attiene alla legittimità dell'affidamento diretto disposto dalla S.A. invocando il ricorrere delle condizioni previste dall'art. 63 comma 2 lett. b1) del d.lgs 50/16.

Il suddetto articolo consente l'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara allorquando *lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica* tale che risulta univocamente identificato l'artista che può produrla o ne è in possesso.

Al riguardo si osserva che la prestazione che l'Amministrazione intende acquisire dal professionista in questione, rispetto alla quale il Comune ha ricevuto i finanziamenti sulla base di un progetto di fattibilità, non ha per oggetto l'acquisizione o la commissione di un'opera d'arte bensì la progettazione definitiva – esecutiva dell'intervento di recupero e riuso funzionale di un edificio storico di pregio, l'antica dogana, da destinare a centro servizi per i giovani.

Come riportato in narrazione l'intervento afferisce al programma di intervento PICS (Programmi Integrati Città Sostenibile) di Avellino, orientato *"al perseguimento di obiettivi di crescita socio-economica, rivitalizzazione energetica ed ambientale, miglioramento della qualità ed efficienza, la cui attuazione da parte delle Autorità Urbane delegate, comprende una pluralità di azioni integrate, improntate:*

- *alla sostenibilità e consolidamento della dotazione infrastrutturale;*

¹ nota non allegata agli atti citata come nota prot. 29802/2021



- ai temi relativi al contrasto alla povertà ed al disagio;
- all'accessibilità dei servizi per i cittadini;
- alla valorizzazione dell'identità culturale e turistica della Città;
- al miglioramento della sicurezza urbana."²

Come manifestato nello studio di fattibilità del settembre 2018, il progetto in esame prevede un intervento di restauro conservativo e consolidamento della facciata con ricostruzione della struttura retrostante con l'allestimento di spazi interni finalizzati alla creazione di ambienti polifunzionali per l'installazione di info point, front desk, eventi, convegni, dibattiti culturali, video-proiezioni, corsi e attività varie; un intervento coerente dunque con i sopradetti obiettivi di *consolidamento della dotazione infrastrutturale, accessibilità dei servizi per i cittadini, valorizzazione dell'identità culturale e turistica della Città*, e che, per tale motivo, è stato ammesso a finanziamento.

Sommariamente, come si legge nella relazione generale di progetto, sono previste le seguenti lavorazioni:

*"- l'opportuna ricomposizione dell'involucro spaziale;
-il miglioramento sismico, ai sensi della vigente normativa di settore;
- l'adeguamento funzionale - impiantistico del manufatto;
- allestimento dei servizi offerti dal Centro."*

Si evidenzia inoltre al riguardo che la componente tecnica ed impiantistica dell'intervento ha un peso rilevante sul complesso della prestazione.

Posto dunque che trattasi, nella fattispecie, con ogni evidenza di un servizio di progettazione, e non dell'acquisizione/creazione di un'opera d'arte, il richiamo all' art. 63 comma 2 lett. b1) del Codice, effettuato nella determinazione n. 770 del 26/03/2021, risulta non coerente con l'oggetto del contratto che si intende affidare e non conforme alla norma di riferimento.

Nel riconoscere che l'edificio oggetto di interesse e di cui si controverte è di particolare pregio sotto il profilo architettonico e che l'Amministrazione, per questo, ha manifestato il desiderio di acquisire un progetto che dia all'opera un carattere di *unicità*, ed esalti *l'aspetto dell'edificio storico del Palazzo della Dogana*, non può tuttavia non rilevarsi che il Codice dei contratti contempla la specifica casistica cui potersi utilmente riferire nella fattispecie all'art. 23 comma 2, ove è previsto che *"Per la progettazione di lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, paesaggistico, agronomico e forestale, storico-artistico, conservativo, nonché tecnologico, le stazioni appaltanti ricorrono alle professionalità interne, purché in possesso di idonea competenza nelle materie oggetto del progetto o utilizzano la procedura del concorso di progettazione o del concorso di idee di cui agli articoli 152, 153, 154, 155 e 156"*.

Le procedure sopra richiamate sono atte a garantire, nel rispetto dei principi di imparzialità e non discriminazione cui sempre deve conformarsi l'azione della Pubblica Amministrazione, la selezione della migliore offerta sotto ogni profilo.

Si rammenta al riguardo che, secondo quanto indicato dall'art. 155, *"Qualora ai partecipanti a un concorso di progettazione è richiesta una particolare qualifica professionale, almeno un terzo dei membri della commissione giudicatrice possiede tale qualifica o una qualifica equivalente"*. È assicurata pertanto la competenza nella valutazione dei progetti presentati, ed altresì tale valutazione è basata su criteri oggettivi considerato che *"I membri della commissione giudicatrice esaminano i piani e i progetti presentati dai candidati in forma anonima e unicamente sulla base dei criteri specificati nel bando di concorso"*.

² Sito istituzionale della Regione Campania: <http://www.regione.campania.it/regione/it/tematiche/europa-pics-jessica/i-programmi-integrati-citta-sostenibile-pics?page=1>



L'Amministrazione ha invece aprioristicamente ritenuto che un progetto architettonico di pregio potesse essere redatto unicamente da uno specifico architetto di fama internazionale. Tale assunto, non condivisibile per i motivi nel seguito esplicitati, appare non rispettoso delle previsioni normative e degli stessi principi generali dell'ordinamento.

Al riguardo e per un migliore inquadramento è utile rammentare anche che la *Direzione Generale Creatività Contemporanea del MiBACT*, la quale nell'ambito della Legge sul Diritto d'Autore (Legge 633/41) provvede al rilascio del provvedimento di *"Dichiarazione di importante carattere artistico"* per le opere di architettura contemporanea, pone quale condizione che esse siano *frutto dell'ingegno, dotate del carattere della creatività che si risolve nella novità e originalità delle stesse*"; per effettuare tale valutazione procede ad un'istruttoria tecnico-scientifica dell'opera riferendosi a 7 criteri di orientamento generale, definiti con propria Circolare N.5/2016.

Il riconoscimento viene concesso, a posteriori, se l'opera risponde ad almeno tre dei sette criteri elencati nella circolare, di cui solo uno, il criterio n. 6, attiene all'evenienza che essa sia *"stata progettata da una figura di rilievo nel panorama dell'architettura, nazionale e/o internazionale"*.

Non può asserirsi aprioristicamente dunque che l'opera assumerà i *caratteri dell'unicità solo se affidata ad architetto di fama internazionale* poiché tale elemento, pur potendo incidere, anche significativamente, nell'ambito del processo di ideazione e realizzazione di un'opera di grande valore, anche artistico, non può ritenersi determinante ed univoco, né può pertanto porsi alla base della scelta procedurale operata dall'Amministrazione.

Delimitare la ricerca dell'affidatario alla cerchia degli *"architetti di fama internazionale"* costituisce, nella fattispecie, pertanto, una concreta limitazione della concorrenza.

È stato peraltro considerato dall'Amministrazione che l'unico professionista di fama in grado di garantire la realizzazione di *un'opera d'arte che possa avere i connotati di unicità*, fosse l'arch. M. F., ritenendo che il servizio reso dallo stesso potesse ritenersi infungibile *in quanto l'identità dell'artista determina intrinsecamente il carattere e valore unico dell'opera d'arte stessa*, senza fornire, di fatto, adeguate ed apprezzabili motivazioni esplicative della scelta effettuata.

Al riguardo, nel confermare che nel caso di specie, ricorre in concreto l'affidamento di un vero e proprio servizio di progettazione - pur se riferito ad immobile di valenza e pregio per il quale è possibile prospettare un certo livello di complessità, non potendosi configurare nei sensi suesposti il commissionamento di un'opera d'arte - pare opportuno meglio chiarire la differenza tra *"esclusività/unicità"* della prestazione ed infungibilità della stessa.

L'Autorità nelle linee guida n. 8 ha chiarito che i concetti di infungibilità ed esclusività non sono sinonimi, in quanto un bene o un servizio è infungibile quando è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno dell'amministrazione. Pertanto, anche in presenza di diritti esclusivi, non è detto che il bisogno dell'Amministrazione non possa essere soddisfatto in modo adeguato anche ricorrendo ad altre soluzioni.

Ha altresì rilevato che *"Neppure un presunto più alto livello qualitativo del servizio ovvero la sua rispondenza a parametri di maggior efficienza può considerarsi sufficiente a giustificare l'infungibilità. Si tratta, infatti, di elementi che, da soli, non possono condurre al ricorso alla procedura negoziata senza bando precludendo, in tal modo, ad altri potenziali concorrenti di presentare offerte qualitativamente equipollenti se non superiori al presunto unico fornitore in grado di soddisfare certi standard"*.

Conclusivamente deve rilevarsi, alla lettura dell'originaria determinazione dell'Amministrazione e a fronte delle note controdeduttive trasmesse dalla stessa S.A., la mancata adeguata e ragionevole esplicitazione

delle motivazioni alla base dell'identificazione dello specifico professionista prescelto per l'affidamento del contratto de quo, risultando al riguardo invocata la sola evenienza che l'architetto M.F. vantasse un curriculum *di chiara fama internazionale*. Tale elemento, tuttavia oltre a non poter essere ritenuto condizione necessaria e sufficiente per conferire all'opera da progettare un importante carattere artistico come sopra rappresentato, è altresì da ritenersi sussistente anche con riferimento ad altri professionisti del settore, non risultando pertanto chiarito dall'Amministrazione comunale di Avellino quale sia stato l'elemento discriminante nella scelta operata circa il professionista cui affidare le prestazioni suddette.

Tutto ciò considerato e ritenuto

il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 13 luglio 2021

DELIBERA

- di rilevare che la determinazione a contrarre n. 770 del 26/03/2021 presenta numerosi elementi di anomalia e non conformità, non ricorrendo i presupposti di cui all'art. 63 comma 2 lett. b del d.lgs. 50/2016 e risultando l'affidamento disposto non rispettoso dei principi di libera concorrenza e non discriminazione come elencati all'art. 30 del Codice dei Contratti e degli articoli 23 e 157 dello stesso.

Dà mandato all'Ufficio Vigilanza Lavori di inoltrare la presente delibera al RUP del Comune di Avellino, al Segretario Generale, nonché al dirigente dell'area assetto del territorio e al Sindaco, invitando l'Ente a dare notizia circa le eventuali determinazioni assunte.

Dà mandato al medesimo Ufficio di trasmettere la Delibera alla Direzione Generale Autorità di Gestione del Fondo Europeo di Sviluppo Regionale della Campania, responsabile del Programma di intervento PICS, per le proprie valutazioni di competenza.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 20 luglio 2021

*Per il Segretario
Maria Esposito*

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente