Studio legale Avv. Gian Pietro Dalli, Via Palestro n. 31 (56127) PISA
Tel. e Fax 050/970974 – Cell. 338/1042260
E-mail gianpietro.dalli@tin.it
PEC gianpietro.dalli@pecordineavvocatipisa.it

27 febbraio 2020

Tema

Associazione di volontariato – Progettazione opera pubblica – Piano di fattibilità tecnica ed economica – Donazione all'Amministrazione comunale – Divieto – Idea concept dell'opera – Ammissibilità – Limiti e condizioni.

* * *

Premessa

Al di là dei casi di incarico "interno" [art. 24, comma 1, lett. a), b) e c) del D.Lgs. 50/2016] l'Amministrazione comunale può acquisire il progetto dell'opera da operatori "esterni" esclusivamente attraverso :
a) un contratto di appalto;
b) un concorso di idee e/o di progettazione.

Ipotesi eccezionali, e dunque tassative, in cui soggetti terzi possono gestire in autonomia la fase di affidamento ed esecuzione della progettazione sono : la sponsorizzazione attiva (art. 19), il caso dell'opera pubblica eseguita a spese del privato (art. 20), la concessione di lavori (artt. 164 e segg.), il partenariato (artt. 179 e segg.). In questi casi tuttavia l'Amministrazione svolge comunque funzioni di controllo sul rispetto delle norme del Codice che devono essere applicate dal committente.

L'Amministrazione o i terzi nei casi sopra indicati possono affidare il servizio di progettazione esclusivamente agli operatori qualificati previsti dall'art. 46 D.Lgs. 50/2016 che posseggano i requisiti previsti dagli artt. 80 e 83 D.Lgs. cit. (vedi anche D.M. 2 dicembre 2016 n. 263).

Nel caso in cui sia affidato l'incarico attraverso un contratto di appalto, l'Amministrazione:
1) deve scegliere l'operatore attraverso una delle procedure di cui agli artt. 157, 36, 59 e segg. del D.Lgs. 50/2016;
2) inoltre, non può prevedere la gratuità della prestazione, né che il corrispettivo consista in un mero rimborso spese (cfr. art. 24 commi 8 e 8-*ter* D.Lgs. 50/2016).

Per gli iscritti all'Albo valgono inoltre i seguenti canoni deontologici :
"la rinunzia totale o parziale del compenso è ammissibile soltanto in casi eccezionali e per comprovate ragioni atte a giustificarla" (Concorrenza sleale art. 20, comma 2 primo periodo, Codice deontologico);
"la richiesta di compensi ... palesemente sottostimati rispetto all'attività svolta o l'assenza di compensi viene considerata pratica anticoncorrenziale scorretta e distorsiva dei normali equilibri di mercato e costituisce grave infrazione deontologica" (Contratti e compensi Art. 24 comma 6 Codice

deontologico).

* * *

Parere

Per la normativa sopra sinteticamente richiamata la "forma di collaborazione" tra Associazione e Comune, a cui fa riferimento il quesito, non si può esprimere né in un incarico di progettazione affidato all'Associazione, né comunque in una delega di funzioni come stazione appaltante o ente banditore di concorso che sono e restato prerogative di competenza esclusiva dell'Amministrazione pubblica.

Se di incarico si tratta, dovrebbe essere quello che conferisce l'Amministrazione direttamente all'operatore o agli operatori qualificati secondo le regole previste dal Codice dei contratti evidenziate in premessa.
In questo caso, l'appartenenza come socio (di qualsiasi natura) o una qualunque altra forma di collegamento / collaborazione tra il professionista individuato dall'Amministrazione e l'Associazione non può costituire presupposto dell'affidamento da parte dell'Ente. Altrimenti la scelta non sarebbe evidentemente imparziale e trasparente come vuole la normativa anche per gli incarichi di importo inferiore ai 40 mila euro (vedi Linee Guida Anac n. 4).
Escluderei quindi che sia questa la soluzione corretta da seguire.

Vengo quindi ad una alternativa percorribile pur con i limiti che vado ad esporre.

Il Consiglio di Stato (Sez. VI^) con la sentenza 7 marzo 2008 n. 1008 ha confermato alcuni principi espressi in primo grado dal TAR del Lazio (Sez. I^) nella sentenza n. 7283 del 31 luglio 2007 sul tema della legittimità o meno che soggetti estranei all'Amministrazione possano beneficiare quest'ultima di un progetto di opera pubblica affidando il relativo incarico e sostenendone i costi.

Secondo i giudici amministrativi, questa modalità di acquisizione degli elaborati è illegittima per i seguenti motivi:
1) progettazione, affidamento ed esecuzione dei lavori pubblici sono fasi di un unico procedimento di esclusiva competenza dell'Amministrazione interessata;
2) ciò a garanzia del rispetto dei principi di fonte eurounitaria sintetizzabili in quelli di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa;
3) sono eccezionali i casi previsti dal Codice dei contratti pubblici in cui l'affidamento della progettazione può essere gestito da soggetti terzi e per questo si devono ritenere tassativi;
4) anche in questi casi, tuttavia, l'Amministrazione beneficiaria mantiene un potere di controllo sulla applicazione delle norme del Codice a garanzia della qualità della prestazione finale;
5) *"…. in presenza di una disciplina così analitica e dettagliata, l'assenza di qualunque riferimento alla possibilità che soggetti terzi possano sic et simpliciter disporre l'affidamento di un incarico di progettazione di un'opera in luogo ed in favore dell'amministrazione pubblica interessata impone di*

escludere tale ipotesi concretando una vera e propria prohibitio legis …" (TAR Lazio sent. cit.);
6) a sostegno di questa interpretazione viene quindi richiamato il disposto dell'art. 91 del Codice del 2006 che si ritrova anche nell'art. 157, comma 3, del Codice vigente :
*"**E' vietato l'affidamento di attività di progettazione**, direzione lavori, direzione dell'esecuzione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, collaudo, indagine e attività di supporto **per mezzo di** contratti a tempo determinato o altre **procedure diverse da quelle previste dal presente codice**".*

La soluzione dei giudici non lascia quindi molto spazio a coloro che intendono contribuire alla progettazione di un'opera pubblica attraverso iniziative non previste dal Codice dei contratti.
Pur tuttavia, occorre considerare che la richiamata giurisprudenza parla di "progettazione" e il caso risolto riguardava la redazione di un progetto definitivo. Si può quindi ritenere che alla sfera di applicazione dei principi sopra espressi sia in parte estraneo ciò che viene prima del progetto di un'opera pubblica come definito dal Codice secondo i tre livelli del progetto di fattibilità, del progetto definitivo, del progetto esecutivo (art. 23).

Ne consegue che, ferma la compatibilità con il proprio statuto, l'Associazione può di sua iniziativa (ovvero esclusa qualunque forma di delega / investitura da parte dell'Amministrazione) incaricare professionisti qualificati di redigere quello che possiamo definire una "idea o concept" dell'opera da realizzare. Una elaborazione quindi che si pone a monte della fase progettuale vera e propria. Un disegno d'insieme che potrà essere successivamente donato all'Amministrazione comunale così da essere sviluppato attraverso un appalto o un concorso secondo le procedure di legge.
Una tale iniziativa sarà legittima e quindi l'Amministrazione potrà accettare la donazione sempre che non ricorra la fattispecie prevista dall'art. 23 comma 2 del Codice ovvero che l'opera da realizzare non sia di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, paesaggistico, agronomico e forestale, storico-artistico, conservativo, tecnologico poiché, in questo caso e in mancanza di professionalità interne all'Amministrazione in possesso di idonea competenza, la norma impone che sia direttamente e *ab initio* avviata una procedura concorsuale. Una procedura che garantendo un confronto tra idee diverse consente di scegliere quella ritenuta più idonea.

Se non ci troviamo in quella situazione, ritengo che una forma "embrionale" di progetto possa costituire oggetto di una donazione a favore dell'Amministrazione attraverso la consegna degli elaborati frutto del lavoro dei professionisti incaricati e pagati dall'Associazione.
Una donazione che avendo ad oggetto una peculiare opera dell'ingegno deve necessariamente (e direi principalmente) coinvolgere i professionisti firmatari del disegno e non solo l'Associazione committente. Trattandosi di un'idea di opera pubblica, infatti, essa ha una destinazione per così dire "obbligata" a favore dell'Amministrazione interessata a realizzare l'opera. I professionisti sono quindi necessariamente partecipi con la loro committente dell'utilizzo degli elaborati e pertanto se questi saranno successivamente donati all'Ente dovranno anch'essi condividere la scelta, sebbene siano stati pagati per la prestazione resa.
Inoltre, proprio perché la cessione si esprimerà in una convenzione da sottoscrivere con l'Amministrazione, i professionisti firmatari e l'Associazione dovranno possedere i requisiti generali

previsti dall'art. 80 del Codice.

La forma e i limiti che deve rispettare una Associazione di volontariato, o altra compagine del terzo settore, nell'affidare incarichi a professionisti soci o meno esulano a mio parere da quanto di interesse per l'Ordine e quindi su tale questione non mi soffermo.

Ammessa quindi la cedibilità del concept di un'opera pubblica all'Amministrazione, occorre considerare gli effetti che essa comporta per la parte cedente tenendo conto che si tratta di una cessione a titolo gratuito (e non potrebbe essere altrimenti) che interviene in una fase prodromica allo sviluppo successivo della progettazione.

La cessione del progetto all'Amministrazione comunale presuppone lo "spirito di liberalità" sia da parte dell'Associazione, sia, per quanto detto sopra, da parte dei professionisti firmatari e dunque non può comportare nessun tipo di "ritorno economico" (diretto o indiretto) per gli iscritti all'Associazione e per coloro che hanno eseguito materialmente la prestazione (soci o meno). Mi riferisco, ad esempio, all'affidamento dei successivi livelli di approfondimento della progettazione vera e propria. Né, d'altra parte, si potrebbe ritenere che una tale elargizione possa costituire elemento premiale o comunque un presupposto influente sull'affidamento dei successivi incarichi, in quanto una tale procedura come ricordato non è prevista dal Codice.
La donazione del concept di un'opera pubblica non può essere infatti un modo surrettizio per sostituire le forme tipiche di acquisizione di un progetto da parte dell'Amministrazione quali, alternativamente, il concorso di idee e/o di progettazione di cui agli artt. 152 e segg. oppure l'affidamento di un appalto di servizi a termini degli artt. 157, 36 e 59 e segg. del Codice.
La stessa preclusione si applica ai professionisti associati o comunque che hanno collaborato con quelli firmatari dell'idea donata all'Amministrazione, anche nel caso in cui siano stati compensati dall'Associazione per la loro prestazione.

Infine, proprio perché la donazione degli elaborati si pone in una fase prodromica rispetto alle procedure per l'affidamento dell'appalto di servizi e del concorso di progettazione, non ne costituisce una alternativa. Alla consegna dell'idea non potranno quindi seguire ulteriori cessioni di elaborati o altro tipo di prestazioni di S.I.A., almeno con riferimento a quella specifica opera pubblica.
In caso contrario, oltre a costituire una deroga non prevista a tali procedure (cfr. il divieto di cui all'art. 157, comma 3, del Codice), il beneficio che ne trarrebbe l'Amministrazione attraverso lo "schermo" dell'Associazione diventerebbe una modalità fin troppo agevole per escludere la concorrenza tra gli operatori economici e, nel caso in cui i professionisti incaricati dall'Associazione ricevessero solo un rimborso spese, sarebbe illegittimamente aggirata la previsione degli artt. 24 commi 8 e 8-*ter* del Codice.
L'Associazione, d'altra parte, difficilmente potrebbe giustificare elargizioni "seriali" per la stessa opera con lo spirito di liberalità che invece deve connotare il suo contributo e che quindi per sua natura deve essere "una tantum".

* * *

Studio legale Avv. Gian Pietro Dalli, Via Palestro n. 31 (56127) PISA
Tel. e Fax 050/970974 – Cell. 338/1042260
E-mail gianpietro.dalli@tin.it
PEC gianpietro.dalli@pecordineavvocatipisa.it

Sintesi

L'Associazione non può essere incaricata, né comunque delegata, dall'Amministrazione a redigere o far redigere un "progetto di fattibilità tecnico economica" di un opera o lavoro pubblico.
Né l'Amministrazione potrebbe accettare tale progetto (così come i successivi livelli) attraverso una donazione da parte dell'Associazione che avesse autonomamente incaricato a tal fine professionisti qualificati.

L'Associazione, di propria iniziativa e senza alcuna forma di accordo preventivo con l'Ente, può semmai incaricare operatori qualificati a redigere una "idea o concept" dell'opera che potrà poi essere donata dalla committente e dagli stessi professionisti all'Amministrazione (su *an* e *quomodo* dell'incarico da Associazione a professionisti, soci o meno, non entro). Una donazione di questo tipo potrà essere accettata dall'Ente pubblico sempre che non ricorra la fattispecie contemplata dall'art. 23 comma 2 del Codice (concorso obbligatorio).

La remunerazione dei professionisti da parte dell'Associazione deve comunque conformarsi ai canoni degli artt. 20 comma 2 e 24 comma 6 del Codice deontologico.

L'Amministrazione, acquisita l'idea progettuale, potrà affidare i successivi livelli della progettazione esclusivamente attraverso un appalto di servizi o un concorso di progettazione, secondo le regole del Codice richiamate in premessa.

I progettisti incaricati dall'Associazione, così come i soci professionisti della medesima, non potranno risultare affidatari dei successivi incarichi da parte del Comune, né potrebbero partecipare ad un eventuale concorso di progettazione avente ad oggetto la medesima opera. Questa preclusione si estende anche ai soci degli studi e agli altri professionisti che abbiano collaborato alla stesura degli elaborati donati all'Amministrazione.

L'Associazione e i suoi soci professionisti, inoltre, non potranno fornire ulteriori contributi con riferimento al medesimo lavoro o opera pubblica.

Poiché la donazione dell'idea progettuale, per essere efficace, dovrà essere accettata dall'Amministrazione, quest'ultima ha titolo per valutare sia la ricorrenza dei requisiti generali ex art. 80 del Codice da parte dell'Associazione e dei professionisti firmatari degli elaborati, sia la qualificazione tecnica di questi ultimi.

Pisa, 27 febbraio 2020

Resto a disposizione
Cordiali saluti
Avv. Gian Pietro Dalli