

Numero ____/____ e data __/__/____ Spedizione



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 4 dicembre 2017

NUMERO AFFARE 02062/2017

OGGETTO:

Autorità nazionale anticorruzione

Aggiornamento delle linee guida n. 1, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «*Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*».

LA COMMISSIONE SPECIALE del 4 dicembre 2017

Vista la nota di trasmissione prot. n. 126442 in data 13 novembre 2017, con cui l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Visto il decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 138 del 20 novembre 2017, che ha istituito la Commissione Speciale per la trattazione dell'affare in questione; Considerato che nell'adunanza del 4 dicembre 2017, presenti anche i Presidenti aggiunti Rosanna De Nictolis e Carlo Deodato, la Commissione ha esaminato gli atti e udito il relatore Fabio Franconiero;

Premesso

1. L'Autorità Nazionale Anticorruzione, con la nota in epigrafe, ha chiesto al Consiglio di Stato di esercitare le proprie funzioni consultive in relazione agli aggiornamenti delle linee guida n. 1, di attuazione del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «*Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*» (approvate con deliberazione dell'Autorità n. 973 del 14 settembre 2016).

Nella nota si rappresenta che l'aggiornamento deriva dalla duplice esigenza di adeguare le linee guida al decreto correttivo del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56) e di dare risposta a richieste di chiarimenti provenienti dagli operatori del settore.

Unitamente al testo delle linee guida n. 1 del 2016, con le parti aggiornate in grassetto, e la nota di accompagnamento già menzionata, l'Autorità ha trasmesso una relazione illustrativa e un documento nel quale sono riportate le osservazioni formulate dagli operatori che hanno partecipato alla consultazione pubblica indetta per l'aggiornamento in esame.

2. In considerazione dell'importanza dell'affare il Presidente del Consiglio di Stato ha decretato la costituzione di una Commissione speciale per la trattazione dell'affare consultivo.

Considerato

Osservazioni di carattere generale

3. La Commissione speciale intende innanzitutto manifestare il proprio apprezzamento per la sollecitudine con cui l'ANAC ha provveduto ad adeguare le linee guida alle novità legislative introdotte con il correttivo al codice dei contratti pubblici e a dare seguito alle richieste di modifiche e di chiarificazione provenienti dagli operatori del settore.

A quest'ultimo riguardo si esprime condivisione e si conferma l'opportunità che le scelte regolatorie dell'Autorità scaturiscano da una costante consultazione con i destinatari delle stesse (in particolare, stazioni appaltanti e professionisti), in un quadro procedimentale aperto ad una partecipazione ampia dei cd.*stakeholders* e funzionale alla definizione degli indirizzi di carattere generale il più possibile condivisi e di chiara applicazione, secondo i canoni della *better regulation* già richiamati nel parere di questo Consiglio di Stato sul nuovo codice dei contratti pubblici (parere 1° aprile 2016, n. 855).

4. Del pari, si intende in questa sede rimarcare in senso favorevole – fatte salve le osservazioni di seguito svolte – la scelta dell'ANAC di consolidare le linee guida in oggetto, attraverso l'inserimento nel testo originario delle modifiche ad esso apportate, ivi compreso il comunicato del presidente dell'Autorità del 14 dicembre 2016 (come si riferisce nella relazione illustrativa), così da favorire la creazione di testi unici organici, tendenzialmente onnicomprensivi della materia trattata ed pertanto meglio in grado di assolvere alla funzione di orientamento degli operatori del settore.

5. Fatte queste precisazioni, si procede all'esame degli aggiornamenti introdotti e sui quali la Commissione ritiene opportuno formulare alcune osservazioni.

In linea generale, in relazione alle modifiche che costituiscono un mero adeguamento al citato correttivo al codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 56 del 2017, in linea con i precedenti pareri resi da questo Consiglio di Stato si raccomanda un uso il più possibile contenuto della tecnica redazionale tendente a riprodurre all'interno delle linee guida le norme di legge primaria.

Tale tendenza, oltre ai rischi di una non fedele riproduzione, comporta la necessità di “rincorrere” continuamente le novelle legislative, che l'esperienza relativa al previgente codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) dimostra essere molto frequenti.

La riproduzione della norma primaria nel corpo di linee guida non vincolanti, quali quelle oggetto del presente parere (ai sensi dell'art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016), in tanto può considerarsi opportuna in quanto strumentale ad una migliore definizione degli indirizzi generali in cui tali linee si sostanziano (come evincibile dall'intitolazione dell'atto regolatorio in esame).

Al di fuori di questa evenienza, appare maggiormente rispondente ai sopra accennati canoni di qualità della regolazione limitarsi ad enunciare l'indirizzo che l'Autorità ritiene di emanare sulla base della norma di legge, senza trascrivere anche il testo di quest'ultima.

Laddove invece riprodotta, la Commissione ritiene indispensabile l'utilizzo di strumenti grafici quali le virgolette, all'interno dei quali richiamare la norma di legge, per la versione del testo destinata alla pubblicazione in Gazzetta ufficiale, e il carattere grassetto per la versione *on-line* consultabile sul sito *internet* dell'Autorità.

Osservazioni su singole previsioni

6. L'ampliamento delle forme di partecipazione del geologo all'interno della struttura di progettazione (parte II, par. 3, cpv. 3.1.b) risponde a condivisibili finalità pro-concorrenziali, già evidenziate da questo Consiglio di Stato nel parere reso in occasione dell'approvazione del testo originario delle linee guida sui servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria (parere 2 agosto 2016, n. 1767; in particolare cap. 4, par. II).

A questo riguardo, in linea con quanto previsto ai fini della qualificazione delle società di professionisti (art. 2 del decreto del Ministro delle infrastrutture dei trasporti 2 dicembre 2016, n. 263, di approvazione del *Regolamento recante definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di*

progettazione e di idee, ai sensi dell'articolo 24, commi 2 e 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), con la modifica in esame il geologo può essere anche un dipendente oppure un collaboratore «che abbia fatturato nei confronti del soggetto offerente una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato, risultante dall'ultima dichiarazione IVA».

Sul punto si rileva che una simile prescrizione riveste carattere puntuale ed andrebbe quindi armonizzata con la natura non vincolante delle linee guida, quanto meno con riguardo alla sua formulazione e, eventualmente, alla previsione delle possibili conseguenze sul piano giuridico e pratico derivanti dalla sua mancata osservanza.

7. In relazione alle modifiche introdotte alle coperture assicurative dei professionisti, la parola «*anche*» andrebbe collocata prima della frase «*i rischi derivanti ‘anche’ da errori o omissioni nella redazione del progetto esecutivo o definitivo...*» e non all'interno di quest'ultima (parte II, par. 4).

Si segnala inoltre che risulta omessa la parola «*della*» tra le parole «*a carico*» e «*stessa*».

8. La Commissione ritiene che non sia legittima la modifica introdotta nella parte relativa alle «*Indicazioni operative*» (parte III delle linee guida) relative all'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, laddove si prevede che l'amministrazione «*può ricorrere*» alle professionalità interne per i lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, paesaggistico, agronomico e forestale, storico-artistico, conservativo e tecnologico, ai sensi dell'art. 23, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016.

La norma primaria contenuta nella disposizione da ultimo richiamata, non modificata dal correttivo, si esprime in termini di obbligatorietà dell'utilizzo dei progettisti interni alle amministrazioni, come si desume dall'uso dell'indicativo «*ricorrono*», anziché in termini di facoltà, come invece pare doversi evincere dalla modifica in esame.

Non appare sul punto condivisibile la spiegazione fornita nella relazione illustrativa a proposito di tale innovazione, e cioè i rischi – segnalati dagli *stakeholders* – di possibili interpretazioni «*non in linea con il dettato normativo*», tendenti in particolare all'affidamento dei servizi in via prioritaria a progettisti interni all'amministrazione e a quelli esterni solo in caso di assenza di adeguate professionalità. In contrario a quanto si assume sul punto va, infatti, sottolineato che la preferenza verso l'affidamento della progettazione all'interno dell'amministrazione è una diretta conseguenza della scelta del legislatore, a sua volta rispondente all'esigenza di ordine imperativo che nelle scelte adottate in sede di progettazione delle opere pubbliche sia assicurato in massimo grado l'interesse generale.

Non si ravvisano dunque i presupposti per possibili interpretazioni difformi dalla norma primaria, atteso che la precedente formulazione era perfettamente in linea con quest'ultima. Si evidenzia quindi la necessità di mantenere inalterate le linee guida *in parte qua*.

9. Per quanto concerne la determinazione del corrispettivo da porre a base di gara per l'affidamento dei servizi di progettazione (par. 2 della parte III), la presa d'atto dell'abrogazione ad opera del decreto correttivo di cui al d.lgs. n. 56 del 2017 del sistema di tariffe minime previsto dall'art. 5 del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 va accompagnata dal necessario coordinamento con la recente introduzione dell'obbligo di riconoscere «*alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti*» dalla pubblica amministrazione un «*equo compenso*», ai sensi dell'art. 19-*quaterdecies*, comma 3, della legge 4 dicembre 2017, n. 172 (di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, recante *disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili. Modifica alla disciplina dell'estinzione del reato per condotte riparatorie*).

10. La Commissione segnala inoltre un'analoga esigenza di coordinamento della

parte delle linee guida dedicata al responsabile unico del procedimento (parte III, par. 5, cpv. 5.2) con la nuova disciplina dedicata a questa figura (Linee guida n. 3, recanti «*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*», come modificate dalla delibera dell'ANAC n. 1007 dell'11 ottobre 2017); valuti l'Autorità, in ogni caso, se il mantenimento della stessa disciplina all'intero delle linee guida in esame è opportuna.

11. Per quanto concerne la parte relativa agli «*Affidamenti*» dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria (parte IV), la Commissione segnala che per gli affidamenti di incarichi di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 100.000 euro si fa richiamo al principio di «*rotazione degli inviti*» (par. 1., cpv. 1.1., 1.2) o di «*rotazione*» *tout court* (par. 1.1., cpv. 1.1.1.; par. 1.2., cpv. 1.2.1.).

Tuttavia, si evidenzia al riguardo che il decreto correttivo ha declinato il principio di rotazione come «*rotazione degli inviti e degli affidamenti*» - art. 36 comma 1, del codice; pur continuando a fare riferimento alla sola «*rotazione degli inviti*» nell'art. 36, comma 2, lett. b) e c), e nell'art. 157, comma 2; inoltre, l'art. 36, comma 7, codice, come emendato dal correttivo, demanda alle linee guida dell'ANAC relative agli affidamenti “sotto soglia” il compito di indicare «*specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti*».

In ragione di ciò è pertanto opportuno che in relazione agli incarichi di progettazione rientranti in questa fascia di valore l'ANAC indichi le specifiche modalità di rotazione, chiarendo in particolare se questa va riferita agli inviti e/o agli affidamenti.

Si raccomanda, inoltre, un adeguato coordinamento con le linee guida sugli affidamenti sottosoglia, anch'esse in corso di aggiornamento ma non ancora sottoposte al parere di questo Consiglio di Stato.

11.1. Per gli affidamenti di incarichi di progettazione di importo inferiore a 40.000 euro (par. 1.3), appare invece opportuno riformulare il nuovo cpv. 1.3.2. in termini diversi da quelli, tipici del precetto normativo cogente, quale invece risultante dalla

modifica in esame.

11.2. Si segnala inoltre l'esigenza di valutare se è opportuno mantenere il par. 2.1, cpv. 2.1.1., relativo agli incarichi di importo pari o superiore a 100.000 euro e fino alla soglia di rilevanza comunitaria.

Il correttivo di cui al d.lgs. n. 56 del 2017 ha infatti chiarito che tali incarichi possono essere affidati con le procedure di derivazione europea, come per tutti gli altri contratti, e cioè tutte le procedure – e non solo quelle aperta e ristretta, secondo quanto invece era previsto nella versione originaria del codice dei contratti pubblici – per cui sembra del tutto superfluo, e anzi foriero di dubbi esegetica, il secondo periodo delle linee guida in esame, nella parte in cui fornisce un indirizzo di carattere interpretativo.

12. Come accennato nella parte generale del presente parere, tra le modifiche alle linee guida qui in esame vi è il recepimento del comunicato del presidente dell'ANAC del 14 dicembre 2016, riguardante i servizi di consulenza ed accessori alla progettazione utilizzabili ai fini della qualificazione per gli incarichi di progettazione (cpv. 2.2.2.4., del par. 2.2.2. «*Requisiti di partecipazione*»; capitolo 2.2. «*Affidamento di incarichi di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria*»).

12.1. A questo riguardo la Commissione valuta positivamente l'inserimento nel testo delle linee guida di tale comunicato, il quale di per sé non è previsto tra gli atti di attuazione del nuovo codice dei contratti pubblici e, come tale, non possiede efficacia giuridica nella diramazione di indirizzi interpretativi o di istruzioni agli operatori.

12.2. Va peraltro sottolineato che il testo riprodotto dal comunicato conserva i suoi originali termini precettivi, per cui andrebbe riformulato in coerenza con la natura non vincolante delle linee guida.

12.3. Dal punto di vista dei contenuti della modifica va invece apprezzato l'ampliamento del novero delle attività che consentono ai professionisti di

qualificarsi ai fini della partecipazione a procedure di affidamento, salva tuttavia la necessità di verificare la congruenza rispetto agli scopi perseguiti della limitazione all'attività *«di redazione di varianti»* ai soli casi di *«appalti integrati»* (terminologia non più attuale, che dunque andrebbe coordinata sul piano formale con quella utilizzata dall'art. 59 del codice, come modificato dal decreto correttivo n. 56 del 2017).

A questo specifico riguardo, la Commissione segnala che la redazione di varianti può essere richiesta anche negli appalti di sola esecuzione e che non si ravvisano ragioni per escludere questa ipotesi dal novero delle attività sulla base delle quali il progettista si qualifica per i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria.

13. Nell'ambito della parte delle linee guida relativa agli *«Affidamenti»* va inoltre modificato il rinvio *«all'allegato 1 al decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 24 dicembre 2015, come modificato dal DM 24 maggio 2016»* [(cap. VI, par. 1, cpv. 1.1., lett. e)], con il rinvio *«all'allegato 2 al decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 11 gennaio 2017»*, in quanto, ai sensi dell'art. 1 di quest'ultimo decreto ministeriale, l'allegato 2 a quest'ultimo sostituisce l'allegato 1 al decreto 24 dicembre 2015.

14. A seguire, nel capitolo VII, relativo alla *«Verifica e validazione della progettazione»*, è stata introdotta una previsione concernente il caso dell'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori a mente della quale la verifica della progettazione ai sensi dell'art. 26 del codice avviene *«prima dell'approvazione di ciascun livello di progettazione»* (par. 1, cpv.1.3).

Tale previsione, formulata anch'essa in termini precettivi, non risulta comunque conforme alla norma primaria di cui al comma 2 del citato art. 26 del codice, la quale prevede che *«nei casi in cui è consentito l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione, la verifica della progettazione redatta dall'aggiudicatario ha luogo prima dell'inizio dei lavori»*.

Peraltro, nella relazione si specifica che tale linea guida è stata introdotta al fine di

adeguarsi al comma 8-*bis* del medesimo art. 26, introdotto dal decreto correttivo n. 56 del 2017, a tenore del quale in caso di affidamento congiunto *«il progetto esecutivo ed eventualmente il progetto definitivo presentati dall'affidatario sono soggetti, prima dell'approvazione di ciascun livello di progettazione, all'attività di verifica»*.

Dal confronto tra queste due disposizioni di legge emerge una possibile antinomia per la quale si rende necessaria una segnalazione al Governo, ai sensi dell'art. 58 del regio decreto 21 aprile 1942, n. 444 (*Regolamento per l'esecuzione della legge sul Consiglio di Stato*).

Nelle more, appare opportuno che le linee guida segnalino tale apparente contrasto e formulino i conseguenti indirizzi astenendosi da indicazioni puntuali.

15. In relazione al medesimo capitolo VII delle linee guida in esame, relativo alla *«Verifica e validazione della progettazione»*, la Commissione segnala che nel cpv. 1.4 sono contenuti due riferimenti relativi all'oggetto della verifica della progettazione che non sono previsti dalla normativa primaria e cioè: *«la rispondenza all'art. 23 del codice»* e *«la presenza del piano di monitoraggio delle opere, ove richiesto»* [rispettivamente: lett. a) e i)].

Si evidenzia al riguardo che sebbene tali previsioni rispondano a esigenze condivisibili, ne va valutata la conformità con la normativa primaria – in relazione al quale si segnala che ai sensi dell'art. 26, comma 1, del codice con la verifica della progettazione si accerta *«la rispondenza degli elaborati progettuali ai documenti di cui all'articolo 23, nonché la loro conformità alla normativa vigente»* – e soprattutto la compatibilità con la natura non vincolante delle linee guida.

16. Un'ultima osservazione concerne l'entrata in vigore delle linee guida *«aggiornate al d.lgs. n. 56/2017»*, prevista per *«il giorno della pubblicazione»* nella Gazzetta ufficiale.

Ai sensi dell'art. 213, comma 17-*bis*, del codice, aggiunto dal decreto correttivo n.

56 del 2017, l'entrata in vigore degli atti attuativi emanati dall'ANAC *«di regola coincide con il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana»*, salvi i *«casi di particolare urgenza»*, nei quali tale entrata in vigore può essere anticipata fino *«al giorno successivo alla loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana»*.

Nel caso di specie, né nella relazione illustrativa né tanto meno dal tenore e dalla portata delle modifiche emergono profili di urgenza che giustifichino l'anticipazione dell'entrata in vigore delle linee guida, per cui si suggerisce di indicare al riguardo il termine ordinario, all'esito della *vacatio* prevista a livello legislativo.

P.Q.M.

Nei termini specificati in motivazione è il parere, favorevole con osservazioni, della Commissione speciale.

Dispone a cura della segreteria la trasmissione del presente parere alla Presidenza del Consiglio dei ministri, ai sensi dell'art. 58 del regio decreto 21 aprile 1942, n. 444.

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Luigi Carbone

IL SEGRETARIO
Cinzia Giglio