

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

Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Adunanza di Sezione del 18 aprile 2019

NUMERO AFFARE 00458/2019

OGGETTO:

Autorità nazionale anticorruzione.

Aggiornamento delle Linee guida n. 1, recanti «Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria», in attuazione dell'articolo 213, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

LA SEZIONE

Vista la relazione trasmessa con nota prot.U. n. 23498, in data 21 marzo 2019, con la quale l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato in merito all'aggiornamento delle Linee guida n. 1 indicate in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Roberto Proietti;

1. Premessa e normativa di riferimento

Con relazione trasmessa con nota prot.U. n. 23498, in data 21 marzo 2019, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato in

merito all'aggiornamento delle Linee guida n. 1, recanti «Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria», approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 973 del 14 settembre 2016 e aggiornate al d.lgs. n. 56/2017 con delibera n. 138 del 21 febbraio 2018.

Tali Linee guida sono state sottoposte ad un nuovo aggiornamento in considerazione dell'emanazione del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 1° dicembre 2018, n. 560, avente ad oggetti l'uso dei metodi e degli strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'infrastruttura e l'edilizia.

Ciò, allo scopo di fornire alle stazioni appaltanti indicazioni operative riguardo alle procedure di affidamento di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria mediante ricorso all'uso dei predetti metodi e strumenti elettronici.

Inoltre, accogliendo il suggerimento espresso dal Consiglio di Stato nel parere n. 2698 del 22 dicembre 2017, la disciplina prevista nelle Linee guida n. 1 in materia di determinazione del corrispettivo a base di gara è stata coordinata con l'obbligo per la pubblica amministrazione di garantire il principio dell'equo compenso per le prestazioni rese dai professionisti, introdotto dall'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.

Con l'occasione, si è proceduto ad aggiornare le Linee guida n. 1 anche in relazione ad alcuni aspetti emersi in merito al Bando tipo n. 3, recante il Disciplinare di gara per l'affidamento con procedura aperta di servizi di architettura e ingegneria di importo pari o superiore a € 100.000 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

L'Autorità ha rappresentato che le Linee guida sono state predisposte all'esito di una consultazione pubblica svoltasi in modalità aperta e ha affermato che il documento sottoposto a parere costituisce il risultato della valutazione e della

ponderazione delle osservazioni formulate da parte degli stakeholder intervenuti. In particolare, il documento è stato sottoposto ad una consultazione (durata dall'8.6.2018 al 9.7.2018) alla quale hanno partecipato 13 soggetti: 1 stazione appaltante (Provveditorato OO.PP. per la Lombardia e l'Emilia Romagna), 4 associazioni di categoria (OICE, Rete Professioni Tecniche, IBIMI, INARSIND), 1 cassa di previdenza (INARCASSA), 1 centro di ricerca (CCLM – Centro interuniversitario di Diritto e Management delle costruzioni), 2 associazioni (Associazione Italiana Cultura Qualità, UNI) e 4 operatori economici (Harpaceas s.r.l., ing. Francesco Folino, ing. Carlo Zunino, ing. Roberto Lodola).

Il documento di aggiornamento è accompagnato da una relazione illustrativa in cui sono descritte e motivate le principali modifiche apportate alle Linee guida n. 1 e da un documento recante le osservazioni pervenute nel corso della citata consultazione.

L'Autorità ha proceduto all'aggiornamento delle Linee guida in esame in attuazione dell'articolo 213, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al fine di fornire indicazioni non vincolanti per i destinatari, per favorire la diffusione delle migliori pratiche e la standardizzazione dei comportamenti da parte delle stazioni appaltanti, nell'ottica di addivenire alla corretta interpretazione ed applicazione delle disposizioni di legge.

L'art. 213 del codice dei contratti pubblici, dopo aver stabilito che la vigilanza e il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi, sono attribuiti, nei limiti di quanto stabilito dal d.lgs. n. 50/2016, all'Autorità nazionale anticorruzione prevede, tra l'altro, che l'Autorità, attraverso linee guida, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche. Per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e

omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal codice dei contratti pubblici.

2. La normativa di riferimento e il D.M. n. 560/2017

Il Codice dei contratti pubblici contiene disposizioni recanti la disciplina di riferimento per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e gli altri servizi tecnici che, secondo la definizione dall'articolo 3, lettera vvvv), sono "i servizi riservati ad operatori economici esercenti una professione regolamentata ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 2005/36/CE".

Tale normativa di primo grado, è contenuta negli articoli di seguito indicati: art. 23, commi 2, e 12 e 13 (Livelli della progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi); art. 24, commi 4 e 8 (Progettazione interna e esterna alle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici); art. 31, comma 8 (Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni); art. 46 (Operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e gli altri servizi tecnici); art. 83 (Criteri di selezione e soccorso istruttorio); art. 93, comma 10 (Garanzie per la partecipazione alla procedura); art. 95 comma 3, lett. b) (Criteri di aggiudicazione dell'appalto); art. 157 (Altri incarichi di progettazione).

Come rilevato al precedente paragrafo 1), ai sensi dell'art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, l'Autorità adotta linee guida per garantire la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, della omogeneità dei procedimenti amministrativi, favorendo, altresì, lo sviluppo delle migliori pratiche. Ciò, anche al fine di garantire la razionalizzazione delle attività di progettazione e delle connesse verifiche attraverso il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (in conformità a quanto prevede l'art. 23, comma 1, lett. h), d.lgs. n.

50/2016).

L'articolo 23, comma 13, del d.lgs. n. 50/2016 prevede che le stazioni appaltanti, dotate di personale adeguatamente formato e di idonei sistemi di monitoraggio, possano richiedere per le nuove opere nonché per interventi di recupero, riqualificazione o varianti, prioritariamente per i lavori complessi, l'uso di metodi e strumenti elettronici.

Tale norma demanda ad un decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti l'individuazione dei tempi di progressiva introduzione dell'obbligatorietà dell'uso dei suddetti metodi e strumenti, in relazione alla tipologia e all'importo delle opere oggetto di affidamento.

Al riguardo, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ha adottato il decreto n. 560 del 1.12.2017.

Conseguentemente, l'Autorità, in virtù del richiamato articolo 213, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016, ha ritenuto opportuno fornire alcune indicazioni relativamente all'uso dei metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture, con l'obiettivo di affiancare le previsioni del suddetto decreto con indicazioni operative riguardo alle procedure di affidamento di servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura con il ricorso all'uso di metodi e strumenti elettronici specifici, ritenendo che le stesse possano costituire un valido supporto per gli operatori del settore, in aggiunta alle indicazioni già fornite nel "Manuale per l'introduzione del BIM da parte della domanda pubblica in Europa".

3. Considerazioni di carattere generale

L'Autorità, per esigenze di organicità della materia, ha opportunamente proceduto ad integrare le indicazioni relative all'uso dei metodi e strumenti elettronici e quelle inerenti il rispetto del principio dell'equo compenso nelle Linee guida n. 1, recanti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria", di cui alla Delibera n. 138 del 21.2.2018, procedendo ad un nuovo aggiornamento delle stesse.

Le indicazioni aggiuntive fornite nelle Linee guida n. 1 con riferimento all'uso di metodi e strumenti elettronici specifici e al principio dell'equo compenso, sono di natura strettamente interpretativa.

Esse non prevedono nuovi obblighi, limitandosi ad interpretare e a fornire suggerimenti in relazione all'applicazione di norme primarie sulle quali l'Autorità non ha alcun potere di intervento.

Sulla base di tali presupposti, in applicazione del Regolamento per la definizione della disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e di una metodologia di acquisizione e analisi quali-quantitativa dei dati rilevanti ai fini dell'analisi di impatto della regolazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolazione (VIR), del 13 giugno 2018, le nuove indicazioni introdotte nelle Linee guida n. 1 non sono state sottoposte a AIR.

La Sezione non condivide tale scelta, perché l'articolo 8 del Regolamento per la definizione della disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e di una metodologia di acquisizione e analisi quali-quantitativa dei dati rilevanti ai fini dell'analisi di impatto della regolazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolazione (VIR), oggetto della delibera ANAC 13 giugno 2018 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 155 del 6 luglio 2018), stabilisce che vanno sottoposto all'AIR gli atti regolatori riguardanti questioni particolarmente rilevanti per il mercato o producono effetti su un numero elevato di destinatari.

Del resto, è la stessa Autorità ad affermare (nella propria Relazione illustrativa) che il parere del Consiglio di Stato è stato chiesto in ragione della generalità e della rilevanza delle questioni trattate nonché dell'impatto erga omnes dell'atto.

Sicché, per il futuro, è necessario assoggettare all'AIR atti del genere.

4. Le modifiche delle Linee guida n. 1 relative al D.M. n. 560/2017

Al fine di fornire indicazioni inerenti la disciplina contenuta nel decreto n. 560/2017, adottato in attuazione dell'articolo 23, comma 13, del d.lgs. n. 50/2016 -

il quale prevede che le stazioni appaltanti, dotate di personale adeguatamente formato e di idonei sistemi di monitoraggio, possano richiedere per le nuove opere nonché per interventi di recupero, riqualificazione o varianti, prioritariamente per i lavori complessi, l'uso di metodi e strumenti elettronici -, l'ANAC ha ritenuto di dover integrare le Linee guida n. 1, mediante l'inserimento della Parte VIII.

Al riguardo, va rilevato che il decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti del 1° dicembre 2017, n. 560, non risulta essere stato sottoposto al parere del Consiglio di Stato, malgrado lo stesso presenti natura normativa.

In ordine alla natura giuridica del decreto del Ministro n. 560 citato, va rilevato che la sua qualificazione quale atto normativo si desume dai contenuti del provvedimento, a prescindere dal fatto che la sopra richiamata disciplina di rango primario non faccia riferimento alla natura normativa dell'atto.

Infatti, la mancata qualificazione dell'atto come regolamento da parte della fonte normativa che lo prevede non vale ad evitare che per la relativa adozione debbano, comunque, essere osservate la forma e la procedura prescritte dall'articolo 17 della legge n. 400 del 1988, nell'ipotesi in cui l'atto abbia effettivamente le caratteristiche del 'regolamento': generalità, astrattezza e innovatività (cfr. Corte Cost. 22 luglio 2010, n. 278 e 21 ottobre 2011, n. 275; Cons. Stato Ad. Plen. 4 maggio 2012, n. 9; Cons. Stato Sez. VI, 27 maggio 2005, n. 2731; Cons. Stato Sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 823).

Anche a fini didascalici e per il futuro, vale la pena di cogliere l'occasione per ricordare che secondo la giurisprudenza appena citata (in accordo alla natura stessa degli atti normativi), ai fini della corretta qualificazione dell'atto non solo è del tutto irrilevante la mancata indicazione come regolamento nella norma primaria di autorizzazione alla adozione, ma è altresì del tutto irrilevante la espressa indicazione contraria ("atto non avente natura regolamentare" o espressioni simili). La natura normativa (e quindi regolamentare) del provvedimento amministrativo a ciò deputato è infatti ad esso intrinseca in relazione al possesso dei requisiti sopra menzionati (la cui attribuzione spetta al Legislatore primario, ma la cui sussistenza

può essere accertata e decisa solo dal giudice amministrativo analizzandone le conseguenze sull'ordinamento giuridico), e dunque la presenza ontologica di tali requisiti, sol per sé attribuisce all'atto la potestà normativa, cioè il potere di introdurre norme giuridiche all'interno dell'ordinamento giuridico, al di là di qualsiasi indicazione formale, anche proveniente dal Legislatore primario, in un senso o nell'altro.

Nel caso di specie, al decreto ministeriale va attribuita natura normativa in quanto: - reca disposizioni generali e astratte, dirette a destinatari indeterminabili a priori; - è idoneo alla ripetizione nell'applicazione (generalità) e capace di regolare una serie indefinita di casi (astrattezza); - conseguentemente, è dotato della forza giuridica idonea ad innovare l'ordinamento.

Il decreto del Ministro citato, possiede tali caratteristiche in quanto reca disposizioni aventi ad oggetto l'individuazione dei tempi di progressiva introduzione dell'obbligatorietà dell'uso dei suddetti metodi e strumenti, in relazione alla tipologia e all'importo delle opere oggetto di affidamento.

Quindi, esso avrebbe dovuto essere adottato in forma di regolamento, nel rispetto delle procedure previste dall'art. 17, commi 3 e 4, della legge n. 400 del 1988.

Ciò, analogamente a quanto avvenuto in occasione dell'emanazione del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 2 dicembre 2016, n. 263, adottato ai sensi dell'art. 24, commi 2 e 5, del d.lgs. n. 50/2016, recante la "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", sul quale il Consiglio di Stato, Commissione speciale, ha espresso il parere n. 2285, all'esito dell'adunanza del 26 ottobre 2016.

Alla luce delle considerazioni che precedono, la Sezione ritiene di non poter esprimere alcun parere in ordine alle modifiche delle Linee guida n. 1 nella parte in

cui forniscono indicazioni inerenti la disciplina contenuta nel decreto n. 560/2017, adottato in attuazione dell'articolo 23, comma 13, del d.lgs. n. 50/2016. Infatti, tale decreto (rectius: regolamento) costituisce antecedente logico e presupposto giuridico delle medesime linee guida. Di contro esso si appalesa illegittimo per violazione dell'art. 17, comma 4 della legge n. 400 del 1988 in quanto non sottoposto al parere del Consiglio di Stato, e come tale non può essere acquisito, in sede consultiva, quale atto normativo fondante l'intervento chiarificatorio da parte delle linee guida dell'ANAC.

5. Modifiche delle Linee guida n. 1 aventi ad oggetto l'equo compenso.

L'articolo 19-quaterdecies, comma 3, del decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito con modificazioni dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172, ha inserito l'articolo 13 bis nella legge 31 dicembre 2012, n. 247, recante l'obbligo per la pubblica amministrazione di garantire il principio dell'equo compenso per le prestazioni rese dai professionisti per incarichi affidati dopo la data di entrata in vigore della citata legge di conversione.

Ai fini della determinazione della misura dell'equo compenso, appare difficile fare riferimento al decreto del Ministero della giustizia del 17 giugno 2016 (recante l'Approvazione delle tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni di progettazione, adottato ai sensi dell'art. 24, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016), poiché i corrispettivi determinati sulla base di tale decreto sono utilizzati dalle stazioni appaltanti come base di riferimento per la determinazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento del servizio e, quindi, non possono costituire - senza rischiare di violare il principio del confronto competitivo tra gli operatori economici basato anche sull'elemento prezzo - anche il parametro di quantificazione del compenso spettante al professionista per le prestazioni svolte.

In caso di aggiudicazione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, appare ragionevole la scelta seguita di agire sulla formula per l'attribuzione dei punteggi relativi al criterio prezzo, seguendo la formula bilineare,

la quale prevede la crescita del punteggio linearmente fino a un valore soglia calcolata, ad esempio, come media del ribasso dei concorrenti, per poi flettere e crescere a un ritmo limitato. Ciò, anche al fine di scoraggiare offerte con ribassi eccessivi (cfr. Parte VI, punto 1.10).

Relativamente alla determinazione del corrispettivo e all'equo compenso, si rileva che è anche stata modificata la Parte III (Indicazioni operative) delle Linee guida n. 1, prevedendo che: - al fine di garantire il principio dell'equo compenso, fermo restando quanto indicato alla Parte VI, punto 1.10, al professionista non possono essere richieste prestazioni ulteriori rispetto a quelle a base di gara, che non sono state considerate ai fini della determinazione dell'importo a base di gara (punto 2.3); - l'equità del corrispettivo posto a base di gara deve essere valutata in relazione alla presenza nel contratto di clausole vessatorie di cui all'articolo 13-bis, commi 4 e 5, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, che possono determinare un significativo squilibrio contrattuale a carico del professionista (punto 2.4).

Al riguardo, per evitare criticità applicative che potrebbero sfociare in un contenzioso, si suggerisce di espungere il citato punto 2.4 della Parte III, tenuto conto del fatto che il richiamato art. 13 bis delle legge 31 dicembre 2012, n. 247, riguarda l'ordinamento della professione forense e prevede ipotesi poco attinenti alle prestazioni oggetto del decreto n. 560/2017 e ai contratti stipulati all'esito delle relative procedure di affidamento.

6. Ulteriori modifiche delle Linee guida n. 1

Le Linee guida n. 1 sono state modificate anche per garantire un maggior coordinamento con il Bando tipo n. 3, approvato con delibera ANAC n. 723 del 31 luglio 2018, con riferimento al criterio della professionalità e adeguatezza dell'offerta, di cui alla Parte VI, punto 1.1, lett. a).

Il punto in questione era stato oggetto di modifica in sede di aggiornamento delle Linee guida n. 1 al decreto legislativo n. 56/2017, con l'inserimento del riferimento al periodo di 10 anni entro cui devono essere svolti i tre servizi idonei alla

dimostrazione della professionalità del concorrente sulla base dell'esperienza pregressa.

Ma, secondo quanto afferma l'Autorità nella propria relazione illustrativa, nell'esperienza concreta, tale previsione si è rivelata limitativa della partecipazione alle procedure di gara, alla luce della crisi che ha investito il settore negli ultimi anni, con conseguente riduzione degli affidamenti.

Quindi, per tentare di favorire la più ampia partecipazione alle procedure di gara, nel Bando tipo n. 3 è stato eliminato il riferimento al periodo di 10 anni entro cui devono essere svolti i tre servizi idonei alla dimostrazione della professionalità del concorrente sulla base dell'esperienza pregressa.

Alla luce di tali circostanza, appare condivisibile la scelta dell'Autorità di coordinare la Parte VI, punto 1.1, lett. a), delle Linee guida n. 1, con il Bando tipo n. 3, prevedendo che i candidati possono illustrare in sede di offerta tre servizi relativi a interventi ritenuti significativi della propria capacità e affini a quelli oggetto dell'affidamento svolti lungo tutto l'arco della vita professionale.

Altrettanto opportuna risulta la scelta di modificare le Linee guida n. 1 per porre rimedio a un'applicazione distorta della previsione di cui alla Parte IV, punto 2.2.3.1, secondo la quale «La mandataria in ogni caso possiede i requisiti necessari per la partecipazione alla gara in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna dei mandanti»: alcune stazioni appaltanti, infatti, valutano il requisito della mandataria in termini assoluti, comparandolo a quello degli altri componenti il costituendo RTP, ritenendo, in tal modo, che il ruolo di mandataria può essere assunto solo dall'operatore economico in possesso dei requisiti di qualificazione in misura maggioritaria, in valore assoluto e non in relazione alla specifica gara.

Per tale ragione, al fine di evitare l'incongruenza descritta, è stata correttamente modificata la previsione di cui Parte IV, punto 2.2.3.1, delle Linee guida n. 1, specificando che la mandataria, indipendentemente dal fatturato globale/specifico posseduto, dai servizi precedentemente svolti e dal personale tecnico di tutti i partecipanti al raggruppamento, deve dimostrare i requisiti necessari per la

partecipazione alla gara in misura maggioritaria rispetto alle mandanti.

7. Non si hanno ulteriori rilievi formali o di legittimità da formulare in relazione alle Linee guida oggetto del presente parere.

P.Q.M.

Esprime in parte parere e in parte il non luogo a parere, nei sensi di cui in motivazione.

L'ESTENSORE
Roberto Proietti

IL PRESIDENTE
Claudio Zucchelli

IL SEGRETARIO
Cinzia Giglio