



*Autorità Nazionale Anticorruzione*



Delibera n. 107 del 24 GENNAIO 2018

Fascicolo: 1312/2017

**Oggetto:** Procedura aperta per la conclusione di n. 5 accordi quadro per l'affidamento dei lavori di Manutenzione ordinaria e di manutenzione straordinaria presso gli edifici scolastici metropolitani – zona A,B,C,D,E – mediante l'uso di materiali e tecniche a ridotto impatto ambientale di cui al D.M. dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare del 24/12/2015 per il triennio 2016-2018.

**Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione**

nell'adunanza del 24 gennaio 2018;

Visto l'articolo 19, comma 2, del 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;

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Lavori.

**Premessa**

Con comunicazione acquisita al prot. n. 35319 in data 8.3.2017 è pervenuto all'Autorità una segnalazione con la quale è stata contestata la previsione del Disciplinare Tecnico allegato al Bando di cui alla procedura in oggetto, laddove si prevede che: *"L'Appaltatore assumerà contrattualmente la qualifica di Responsabile dei Lavori ai sensi della Direttiva 92/57/CEE del Consiglio del 24 giugno 1992. Le funzioni di Coordinatore della Sicurezza in fase di Esecuzione e in fase di Progettazione, dovranno essere attribuite dal Responsabile dei lavori a soggetti abilitati"*, ritenendo che ciò contrasti con quanto stabilito dal Codice Appalti vigente e dalle relative Linee Guida attuative emesse da ANAC, *"che confermano quanto disposto all'art.90 dal D.Lgs 81/08, ovvero che nell'ambito dei LL.PP. il Responsabile dei Lavori coincide con il RUP"* e che *"Di fatto l'Ente intende attribuire all'Appaltatore il ruolo di controllore e controllato"*.

In esito all'istruttoria avviata con nota prot. n. 127645 del 16.11.2017, è emerso conclusivamente quanto segue.

**Considerato in fatto**

Con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in data 21 dicembre 2016 e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n data 30.12.2016 la Città Metropolitana di



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

Milano ha indetto una procedura aperta per la “*Conclusioni di n. 5 Accordi Quadro per l’affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria negli edifici scolastici metropolitani con l’uso di materiali e tecniche di cui al D.M. 24.12.2015*” per un valore totale stimato di euro 27.049.260.00, con la precisazione che “*L’importo stimato di ciascun Accordo Quadro, e quindi di ciascun lotto, è di 3.864.100 EUR (IVA esclusa), comprensivo degli oneri della sicurezza PCS (64.080 EUR) e PSC (80.100 EUR), non soggetti a ribasso.....*”.

Nell’ambito del disciplinare tecnico allegato al bando è stato previsto al punto 2.2. lett. b) nella disciplina dei Coordinatori per la sicurezza che “*L’Appaltatore assumerà contrattualmente la qualifica di Responsabile dei lavori ai sensi della Direttiva 92/57/CEE del Consiglio del 24 giugno 1992. Le funzioni di Coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione e in fase di progettazione, dovranno essere attribuite dal Responsabile dei lavori a soggetti abilitati*”.

A fronte della segnalazione pervenuta, descritta nella premessa, volta a contestare la suddetta previsione, il competente Ufficio di vigilanza ha proceduto ad avviare il procedimento istruttorio con nota del 16.11.2017 prot. n. 127645, finalizzato all’approfondimento della criticità venuta in rilievo e alla compatibilità della disciplina di cui al suddetto disciplinare con le previsioni codicistiche e con le relative Linee Guida dell’ANAC n. 3, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l’affidamento di appalti e concessioni», nonché in riferimento a quanto previsto dal d. lgs. 81/2008.

Con tale comunicazione si è provveduto ad invitare la stazione appaltante Città Metropolitana di Milano a fornire chiarimenti ed informazioni facendo pervenire una relazione illustrativa, corredata dalla necessaria documentazione tecnico-amministrativa probatoria, finalizzata a contro dedurre in ordine ai profili sopra evidenziati con assegnazione del termine di trenta giorni.

In data 12.12.2017 risulta pervenuto il riscontro da parte della stazione appaltante acquisito al prot. n. 134904 e al prot. n. 135097 del 13.12.2017 con allegata documentazione contenente la descrizione delle motivazioni assunte a supporto della previsione in esame, dando al contempo atto, a solo titolo informativo, che “*la gara è in corso di svolgimento e si prevede la sua conclusione entro il mese di dicembre 2017*”.

In particolare l’Ente appaltante rileva che con l’attribuzione all’appaltatore del ruolo di responsabile “*la scrivente ha disapplicato l’art. 89, c. 1, lett. c), del D.Lgs. 81/2008, il quale prevede testualmente che “nel campo di applicazione del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, e successive modificazioni, il responsabile dei lavori è il responsabile del procedimento.”* Ciò in quanto la disposizione sopra riportata del citato art. 89 è in aperto contrasto con la definizione di “responsabile dei lavori” dettata dall’art. 2, lett. c), della Direttiva 92/57/CEE”, ritenendo che “*..... per la direttiva comunitaria il responsabile dei lavori sia una figura nei cui confronti il committente, indistintamente privato o pubblico, deve poter orientare liberamente la propria scelta senza altro condizionamento che non sia quello legato al perseguimento dell’interesse alla corretta e sicura realizzazione dei lavori*”. Si aggiunge inoltre, a tale riguardo che “*la normativa nazionale mostra una evidente contraddizione, in quanto, in piena antitesi con la lettera e la ratio comunitaria di una norma indistintamente finalizzata alla sicurezza di tutti i cantieri nell’interesse di tutti i lavoratori, produce una netta ed ingiustificabile spaccatura tra la disciplina applicabile al settore privato e quella applicabile al settore pubblico*”, rilevando, conseguentemente, di avere “*..doverosamente disapplicato l’art. 89, c. 1, lett. c), del D.Lgs. 81/2008, non ritenendosi vincolata alla identificazione soggettiva del “responsabile dei lavori” con il “responsabile del procedimento” imposta dalla norma nazionale*”.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

Lo stesso Ente ha riferito altresì di essersi basato "...anche sulla circostanza che l'assunzione del ruolo di responsabile dei lavori da parte dell'appaltatore è una prassi diffusa in tutta Europa e consigliata dalla stessa Commissione Europea. (vedi Commissione Europea, (2010), "Guida non vincolante alle buone pratiche per la comprensione e l'applicazione della direttiva 92/57/CEE riguardante le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili", pag. 165.)", con la rilevazione, tra l'altro, di aver tenuto conto "...dei risultati forniti da detta decisione relativamente ad altri appalti svolti precedentemente, nel corso dei quali, non solo non si è verificato alcun tipo di incidente, ma la sicurezza nel cantiere curata dallo stesso appaltatore si è dimostrata particolarmente attenta ed efficace" e che "...l'autorità istituzionalmente preposta alla sorveglianza del rispetto della normativa tesa a tutelare la salute dei lavoratori nei cantieri, ossia l'Azienda Sanitaria Locale, non ha sollevato alcuna perplessità relativa alla circostanza che l'appaltatore abbia assunto il ruolo di responsabile dei lavori, nonché "l'unico precedente giurisprudenziale specifico, ossia relativo ad una fattispecie in cui l'appaltatore di un'opera pubblica ha assunto, in base ad un'espressa previsione contrattuale, il ruolo di responsabile dei lavori, è favorevole alla tesi sostenuta da questa Amministrazione", facendosi riferimento ad un procedimento penale n. 2441/07 instaurato a suo tempo presso il Tribunale penale di Torino la cui fattispecie riguardava la disapplicazione dell'art. 89, c. 1, lett. c), del D.Lgs. 81/2008.

Con specifico riferimento all'applicazione delle norme di cui al codice dei contratti, la stazione appaltante prosegue nel rilevare che "All'art. 31 del Dlgs 50/2016 dedicato specificatamente al Ruolo e alle funzioni che il responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni deve assumere, non viene mai citata l'attribuzione al medesimo della funzione di responsabile dei lavori" e che "Nelle Linee guida n. 3 emesse dall'ANAC, si elencano tra i compiti del RUP per i lavori in fase di esecuzione, anche quello di responsabile dei lavori (lett. e del punto 6): nel medesimo capoverso si enuncia "salvo diversa indicazione", facendo quindi emergere la sussistenza di differenti indicazioni.....".

Accanto a tali considerazioni la stazione appaltante ha motivato la propria scelta di delegare il ruolo di responsabile dei lavori facendo riferimento alla complessità del progetto determinato dalla quantità di edifici e complessi scolastici da governare (n.152), nonché, tra l'altro, alla particolarità dei lavori, rilevando che "pertanto per la sicurezza dei lavoratori è stato considerato più opportuno, in sede di progetto posto in gara, di procedere alla individuazione di imprese in grado di essere per dimensione e numero di specialisti ed operai, organizzate e strutturate secondo le direttive impartite nei documenti di gara e con la chiara definizione di una delega specifica enunciata nei documenti stessi di gara e che si sostanzierà con la sottoscrizione da parte dell'Appaltatore dei Contratti attuativi dell'Accordo Quadro, che con coscienza partecipa con la propria offerta alla gara in parola", con la precisazione che "questa Amministrazione nei documenti di gara si è riservata, nel corso dell'esecuzione dell'appalto, un ruolo di costante supervisione e vigilanza in ordine al rispetto della normativa in discussione sia essa riferita alla sicurezza, che all'esecuzione e quant'altro previsto dalle norme vigenti".

### **Considerato in diritto**

Come evidenziato nelle premesse fattuali, la fattispecie in esame, introdotta da una segnalazione da parte di un libero professionista concerne la verifica di una clausola contenuta nel disciplinare tecnico afferente alla procedura in oggetto, suddivisa in 5 lotti per un valore totale stimato di euro 27.049.260.00, volta a consentire all'Appaltatore l'assunzione contrattuale della qualifica di Responsabile dei lavori ai sensi della Direttiva 92/57/CEE del Consiglio del 24 giugno 1992, non





## *Autorità Nazionale Antitrust*

coerentemente con la normativa contenuta nel d. lgs. 81/2008 e con le norme in tema di appalti pubblici, tesi a far coincidere la figura del Responsabile dei Lavori con il Responsabile Unico del Procedimento. A tale riguardo, come sopra descritto, nella sostanza, la stazione appaltante Città Metropolitana di Milano ha rilevato di avere disapplicato la normativa nazionale, secondo i principi del diritto comunitario, ritenendo la disposizione dell'art. 89 del d. lgs. 81/2008 "... *in aperto contrasto con la definizione di "responsabile dei lavori" dettata dall'art. 2, lett. c), della Direttiva 92/57/CEE*", ed asserendo altresì, tra l'altro, la mancanza di una puntuale disciplina rinvenibile nel codice dei contratti volta a ritenere non derogabile la coincidenza soggettiva tra RUP e responsabile dei lavori.

Ciò posto, in riferimento alle suesposte considerazioni, al fine di una maggiore chiarezza si evidenzia in via preliminare che la figura del Responsabile dei Lavori risulta disciplinata dall'art. 89 del suddetto decreto legislativo 81/2008 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, definito come il "*soggetto che può essere incaricato dal committente per svolgere i compiti ad esso attribuiti dal presente decreto*"; compiti definiti in particolare negli articoli 90 e 100 del medesimo decreto legislativo con riferimento, tra l'altro, al dovere di garantire le misure generali di tutela previste dall'articolo 15 del d. lgs 81/08, la regolarità contributiva e previdenziale delle imprese affidatarie, nonché l'idoneità tecnico-professionale delle imprese affidatarie, delle imprese esecutrici e dei lavoratori autonomi in relazione alle funzioni o ai lavori da affidare.

Corollario delle suddette previsioni è quanto contemplato nell'art. 93 comma 1 del medesimo decreto legislativo secondo cui "*Il committente è esonerato dalle responsabilità connesse all'adempimento degli obblighi limitatamente all'incarico conferito al responsabile dei lavori*".

Con specifico riferimento al campo dei contratti pubblici, il citato articolo 89 del d. lgs. 81/2008 precisa che "*...nel campo di applicazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, il responsabile dei lavori è il responsabile del procedimento*".

Tale previsione risulta ripresa e confermata nell'ambito del nuovo codice dei contratti, laddove nelle Linee guida n. 3 dell'Autorità, di attuazione del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*», nel confermare che "*il RUP vigila sullo svolgimento delle fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione di ogni singolo intervento e provvede a creare le condizioni affinché il processo realizzativo risulti condotto in modo unitario in relazione ai tempi e ai costi preventivati, alla qualità richiesta, alla manutenzione programmata, alla sicurezza e alla salute dei lavoratori e in conformità a qualsiasi altra disposizione di legge in materia*", al punto 6 lett. e) prevede che "*Il responsabile del procedimento assume il ruolo di responsabile dei lavori, ai fini del rispetto delle norme sulla sicurezza e salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro*" e che "*Il RUP, nello svolgimento dell'incarico di responsabile dei lavori, salvo diversa indicazione e fermi restando i compiti e le responsabilità di cui agli articoli 90, 93, comma 2, 99, comma 1, e 101, comma 1, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 richiede la nomina del coordinatore per la sicurezza in fase di progettazione e del coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione dei lavori e vigila sulla loro attività*".

Pertanto, alla luce della disciplina contenuta nelle Linee guida n. 3 si ritengono, in primo luogo non condivisibili le considerazioni svolte dalla stazione appaltante, laddove si asserisce che "*Nelle Linee guida n. 3 emesse dall'ANAC, si elencano tra i compiti del RUP per i lavori in fase di esecuzione, anche quello di responsabile dei lavori (lett.e del punto 6): nel medesimo capoverso si enuncia "salvo diversa indicazione", facendo quindi emergere la sussistenza di differenti indicazioni....*", tenuto conto che le eventuali "diverse indicazioni" citate sono da riferirsi alla nomina del coordinatore per la sicurezza in fase di progettazione e del coordinatore



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

per la sicurezza in fase di esecuzione dei lavori e che nessuna deroga risulta prevista in relazione alla coincidenza tra il ruolo del responsabile del procedimento e quello di responsabile dei lavori, ai fini del rispetto delle norme sulla sicurezza e salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro.

Altrettanto non condivisibili risultano le considerazioni della stazione appaltante volta a rilevare che le norme del codice riferite al RUP, oltre a non citare *“l’attribuzione al medesimo della funzione di responsabile dei lavori”* non parrebbero contenere nella sostanza disposizioni di divieto per una diversa attribuzione del ruolo di Responsabile dei lavori, laddove si rileva che *“L’unico comma che tratta l’attribuzione di responsabile dei lavori è al comma 13 dove viene esplicitato il divieto di attribuirne il ruolo nei casi di “...appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale e nelle altre formule di partenariato pubblico-privato, allo stesso contraente generale o soggetto aggiudicatario dei contratti di partenariato pubblico-privato o soggetti ad essi collegati.”, a voler implicitamente limitare il RUP nel vietarne il ruolo di assegnazione solo a tale formula contrattuale, lasciandolo libero di provvedere nelle altre formule”*.

In realtà la ratio della disposizione del comma 13 dell’art. 31 del d. lgs. 50/2016 parrebbe tesa a chiarire il divieto di attribuzione del ruolo di responsabile dei lavori allo stesso contraente generale o al soggetto aggiudicatario dei contratti di partenariato pubblico-privato o soggetti ad essi collegati anche nelle formule di partenariato pubblico-privato e del contraente generale, ove il soggetto aggiudicatario potrebbe assumere la funzione di *“committenza”*, rafforzando il ruolo di garanzia connesso alla funzione di responsabile dei lavori; a maggior ragione tale divieto dovrebbe ritenersi esistenti nella formula dell’appalto di opere pubbliche ove il ruolo dell’aggiudicatario è limitato all’esecuzione.

Oltre a ciò, ferme restando le suddette considerazioni, in riferimento alla specifica questione circa la possibilità di fare assumere all’appaltatore la qualifica e le competenze di Responsabile dei lavori, l’Autorità si è espressa con il parere n. 228 del 16 dicembre 2015 in riferimento ad un quesito presentato dall’ANCE – Associazione Nazionale Costruttori Edili, afferente ad un’ipotesi di disapplicazione da parte della competente stazione appaltante dell’art. 89 del d. lgs. 81/2008, contemplante l’attribuzione del ruolo di responsabile dei lavori al RUP, ritenuta in contrasto con la disposizione comunitaria sopra riportata. In tale contesto, ravvisando l’operato della stazione appaltante non conforme alle disposizioni dell’art. 10, comma 2, del d.p.r. 207/2010, è stato precisato che nel settore dei contratti pubblici, disciplinato dall’allora d. lgs. 163/2006 e dal d.p.r. 207/2010, i cui principi si trovano ora riprodotti nell’ambito delle Linee Guida, *“la normativa di riferimento è chiara nel disporre che il responsabile del procedimento assume il ruolo di responsabile dei lavori, ai fini del rispetto delle norme in materia di sicurezza e salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro;”* e che *“pertanto, che nella realizzazione di lavori pubblici, a carico del responsabile unico del procedimento e responsabile dei lavori «grava una posizione di garanzia connessa ai compiti di sicurezza non solo nella fase genetica dei lavori, laddove vengono redatti i piani di sicurezza, ma anche durante il loro svolgimento, ove è previsto che debba svolgere un’attività di sorveglianza del loro rispetto» (cfr. Corte di Cassazione, sez. IV penale, sentenza 15 novembre 2011, n. 41993); dunque, tale ruolo di garanzia non può essere assunto dall’appaltatore”*.

Tali conclusioni si ritengono allo stato confermabili anche alla luce della nuova disciplina codicistica e delle disposizioni di attuazione contenute nelle sopra richiamate Linee Guida, laddove peraltro, come esposto in linea generale, al Responsabile dei Lavori sono connesse funzioni di sorveglianza e di controllo della fase di esecuzione dell’appalto che non paiono assumibili dal soggetto esecutore, con evidente rischio di commistione dei ruoli di committente e soggetto esecutore e di



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

compromissione della posizione di garanzia assunta dal responsabile del procedimento e dal responsabile dei lavori.

Tutto ciò considerato e ritenuto,

**DELIBERA**

- di ritenere la previsione del Disciplinare Tecnico allegato al Bando di cui alla procedura in oggetto indetta dalla Città Metropolitana di Milano contenuta nel punto 2.2. lett. b) ove si prevede che "L'Appaltatore assumerà contrattualmente la qualifica di Responsabile dei lavori ai sensi della Direttiva 92/57/CEE del Consiglio del 24 giugno 1992. Le funzioni di Coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione e in fase di progettazione, dovranno essere attribuite dal Responsabile dei lavori a soggetti abilitati" e delle prescrizioni di gara ad essa collegate, non conformi alle previsioni di cui all'art. 89 del d. lgs. 81/2008 e delle Linee guida n. 3 dell'Autorità, di attuazione del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in riferimento al punto 6 lett. e);
- di inviare, a cura dell'Ufficio Vigilanza Lavori, la presente deliberazione alla Città Metropolitana di Milano nelle persone del Segretario Generale e del RUP, affinché comunicati, entro 30 giorni dal ricevimento, gli eventuali provvedimenti adottati.

Il Presidente  
*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data *20 febbraio 2018*

Il Segretario

*Maria Esposito*

*Maria Esposito*



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

IL CONSIGLIO

Si dichiara che la presente copia, composta di  
n. *6* Fogli è conforme all'originale.  
Roma li *22 febbraio 2018*

IL SEGRETARIO

*Maria Esposito*

*CO*