

Il Consiglio di Stato ha reso parere motivatamente interlocutorio sull'Albo dei direttori lavori contraente generale

di NOTA DI REDAZIONE

Data di pubblicazione: 26-3-2019

NUMERO AFFARE 00175/2019

LEGGI IL PARERE

Numero 00830/2019 e data 15/03/2019 Spedizione

REPUBBLICA ITALIANA

Consiglio di Stato

Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Adunanza di Sezione del 21 febbraio 2019

NUMERO AFFARE 00175/2019

OGGETTO:

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Schema di decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti concernente le modalità di iscrizione all'albo nazionale istituito presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti dei soggetti che possono ricoprire i ruoli, rispettivamente, di direttore dei lavori e di collaudatore negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, le modalità di nomina degli stessi, nonché la definizione dei criteri, degli specifici requisiti di moralità, di competenza e di professionalità richiesti, ai sensi dell'articolo 196, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

LA SEZIONE

Vista la nota di trasmissione della relazione prot. n. 4359 del 31 gennaio 2019 con la quale il

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Michele Pizzi;

1. Premessa.

Con nota prot. n. 4359 del 31 gennaio 2019 il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha trasmesso a questo Consiglio di Stato, per il prescritto parere, lo schema di decreto ministeriale concernente le modalità di iscrizione all'albo nazionale istituito presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti dei soggetti che possono ricoprire i ruoli, rispettivamente, di direttore dei lavori e di collaudatore negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, le modalità di nomina degli stessi, nonché la definizione dei criteri, degli specifici requisiti di moralità, di competenza e di professionalità richiesti, ai sensi dell'articolo 196, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Unitamente al suddetto schema di decreto ministeriale è stata, altresì, trasmessa la relazione illustrativa, l'analisi di impatto della regolazione (AIR), la relazione tecnica e l'analisi tecnico-normativa (ATN), nonché i pareri già espressi sullo schema di decreto ministeriale in questione dall'ANAC-Autorità nazionale anticorruzione con nota prot. n. 37450 del 4 ottobre 2017, dall'Ufficio legislativo del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione con nota prot. n. 279 del 13 febbraio 2018, nonché dalla Ragioneria Generale dello Stato con nota prot. n. 46281 del 26 marzo 2018 e successiva nota prot. n. RE/11 del 25 maggio 2018.

1.1. Il decreto ministeriale, il cui schema è oggetto del presente parere, è previsto espressamente dall'art. 196, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in ossequio ad uno specifico criterio di delega contemplato dall'art. 1, comma 1, lett. mm) della legge 28 gennaio 2016, n. 11 e viene adottato ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400.

L'albo nazionale in questione, istituito dal comma 3 del menzionato articolo 196 e la cui regolazione e gestione è demandata ad un successivo decreto ministeriale ai sensi del citato comma 4 del medesimo articolo 196, risponde all'obiettivo di garantire la terzietà e scongiurare i conflitti di interesse che hanno caratterizzato l'applicazione della previgente disciplina in materia di appalti di lavori affidati a contraente generale, conflitti di interesse che hanno determinato la riforma della relativa disciplina ad opera del nuovo Codice dei contratti pubblici.

2. Analisi delle norme.

Venendo all'analisi dell'articolato, premesso che si condivide la scelta operata da codesto Ministero, in aderenza al testo dell'art. 196, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, di limitare la previsione dell'albo nazionale in questione, ai sensi dell'art. 1 dello schema di decreto ministeriale, alle sole figure di "direttore dei lavori" e di "collaudatore" e non anche

ai “direttori operativi” ed agli “ispettori di cantieri” (come invece suggerito dall’ANAC), si evidenziano tuttavia forti perplessità in ordine alla previsione contenuta nel successivo articolo 2, rubricato “*Modalità di iscrizione*”, il cui comma 1 restringe l’ambito soggettivo di applicabilità dell’albo nazionale ai soli dipendenti pubblici: “*Possono richiedere l’iscrizione all’albo i dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici di cui all’articolo 3, comma 1, lettera a), del codice, in possesso dei requisiti di cui agli articoli 3 e 4*”.

La scelta di restringere l’ingresso all’albo nazionale *de quo* ai soli dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici è stata autonomamente “operata” da codesto Ministero, come risulta nella nota di accompagnamento e, al riguardo, l’ANAC ha già espresso parere favorevole in quanto: “*l’istituzione di un albo di soli funzionari pubblici cui riservare l’affidamento degli incarichi di direzione lavori e collaudo dirime le perplessità connesse alla possibilità di affidare tramite sorteggio, e quindi senza procedure ad evidenza pubblica, servizi di importo superiore alla soglia comunitaria*”; prosegue l’ANAC: “*L’affidamento in via prioritaria delle attività di collaudo ai dipendenti pubblici è, inoltre, previsto dal legislatore anche per gli incarichi di collaudo di opere realizzate con sistemi diversi dal contraente generale (cfr. art. 102, d.lgs. 50/2016), in analogia alle previsioni di cui al d.lgs. n. 163/2006*”.

La soluzione tuttavia non convince e, al contrario, manifesta evidenti profili di criticità.

In primo luogo, infatti, la restrizione soggettiva di coloro che possono iscriversi all’albo in favore dei soli dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici non trova alcun aggancio normativo, non essendo assolutamente prevista nell’art. 196 del Codice dei contratti pubblici, potendo in tal modo dar luogo ad un cospicuo contenzioso.

In secondo luogo la scelta operata da codesto Ministero in via regolamentare si pone in netto contrasto con l’opposta impostazione adottata in sede di correttivo dal Legislatore che, con l’articolo 114, comma 1, lettera a) del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, è intervenuto sul testo dell’articolo 194, comma 3, lettera b) del Codice dei contratti pubblici, abrogando le parole “*con le procedure di cui all’articolo 31, comma 1,*”, in tal modo svincolando, per gli affidamenti a contraente generale, le modalità di nomina del direttore dei lavori e del collaudatore dalle modalità di nomina previste, per il responsabile unico del procedimento (RUP), dal menzionato articolo 31, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (ove si prevede invece che il responsabile unico del procedimento debba essere nominato “*tra i dipendenti di ruolo*” addetti all’unità organizzativa della stazione appaltante).

In tal modo il Legislatore del correttivo ha voluto implicitamente, ma chiaramente, far intendere che, per gli appalti di lavori affidati a contraente generale, la nomina del direttore dei lavori e del collaudatore non deve affatto avvenire esclusivamente tra i dipendenti di ruolo dell’amministrazione (come invece avviene per il RUP), tanto è vero che anche nel successivo articolo 196 del Codice dei contratti pubblici, ove viene prevista, al comma 3, l’istituzione di un “*albo nazionale obbligatorio dei soggetti che possono ricoprire rispettivamente i ruoli di direttore dei lavori e di collaudatore*”, non è stata operata alcuna riserva in favore dei dipendenti di ruolo delle amministrazioni aggiudicatrici, riserva che invece erroneamente codesto Ministero ha inteso reintrodurre in via regolamentare.

Infine le perplessità sollevate dall'ANAC con riguardo all'apertura dell'albo nazionale *de quo* anche a soggetti esterni all'amministrazione (afferma l'Autorità Nazionale Anticorruzione: “*l'istituzione di un albo di soli funzionari pubblici cui riservare l'affidamento degli incarichi di direzione lavori e collaudo dirime le perplessità connesse alla possibilità di affidare tramite sorteggio, e quindi senza procedure ad evidenza pubblica, servizi di importo superiore alla soglia comunitaria*”) possono essere superate considerando che la scelta, per il singolo appalto di lavori pubblici affidato a contraente generale, del soggetto che andrà a ricoprire il ruolo di direttore dei lavori o di collaudatore avviene, ai sensi dell'articolo 196, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, attraverso il meccanismo del “*pubblico sorteggio*” operato “*da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno triplo per ciascun ruolo da ricoprire [...]*”.

Tale meccanismo (pubblico sorteggio), contemplato direttamente da una fonte primaria (articolo 196, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), non incompatibile con le direttive UE del 2014 in materia di affidamenti di appalti di lavori, servizi e forniture, ben potrebbe essere considerato esso stesso quale procedura ad evidenza pubblica con la quale scegliere i soggetti (interni ed esterni all'amministrazione) cui affidare l'incarico di direttore dei lavori o di collaudatore per gli appalti di lavori pubblici affidati a contraente generale.

L'articolo 2, comma 1, del decreto ministeriale dovrà quindi essere del tutto riformulato, eliminando qualunque tipo di riserva in favore dei dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici, in ossequio a quanto previsto dagli articoli 194, comma 3, lettera b) e 196, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, con conseguente onere di rielaborazione dell'analisi di impatto della regolazione, stante la necessità di procedere alla consultazione degli *stakeholders* e delle associazioni di categoria dei soggetti, esterni all'amministrazione, che ben potrebbero chiedere l'iscrizione all'albo nazionale obbligatorio in questione.

2.1. Nonostante il fatto che, con la doverosa modifica dell'articolo 2 del decreto ministeriale nei termini sopra indicati, dovrà essere conseguentemente rivisito e riformulato l'intero impianto del regolamento (dato che la maggior parte dell'articolato muove dal presupposto che l'iscrizione all'albo nazionale *de quo* sia riservato ai soli dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici), si ritiene tuttavia opportuno sin da ora segnalare altri due significativi profili critici.

2.2. Con riguardo alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 4 dello schema di regolamento (rubricato “*Requisiti tecnici-professionali*”), concordandosi con quanto già espresso sul punto dall'ANAC, non si ritiene affatto sufficiente, per i collaudatori statici, la mera previsione che gli stessi siano in possesso di “*abilitazione all'esercizio professionale*”, dovendosi invece richiedere, come espressamente stabilito per tutte le ipotesi di collaudo statico dall'art. 67, comma 2, del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, che il professionista (ingegnere o architetto) sia “*iscritto all'albo da almeno dieci anni*”, anche considerato che il meccanismo del pubblico sorteggio (per la scelta a valle del soggetto cui affidare l'incarico di direttore dei lavori o di collaudatore) richiede necessariamente una più stringente selezione tecnico professionale, da effettuarsi a monte, di coloro che possono richiedere l'iscrizione all'albo nazionale *de quo*.

L'articolo 4 del regolamento dovrà quindi essere modificato prevedendosi, per i collaudatori

statici, quale requisito tecnico professionale, l'iscrizione da almeno dieci anni all'albo professionale ai sensi dell'art. 67, comma 2, del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380.

2.3. Infine si segnala la criticità riscontrata nell'articolo 9, comma 1, dello schema di regolamento, ove si prevede che: *“Le spese per la gestione dell'albo sono a carico degli operatori economici in possesso dell'attestazione di qualificazione di contraente generale, i quali versano ogni anno una somma pari al dieci per cento dell'importo dovuto per l'ottenimento dell'attestazione della qualificazione a contraente generale”*.

Al riguardo si evidenzia che l'articolo 196, comma 3, del Codice dei contratti pubblici prevede che le spese di tenuta dell'albo *“siano poste a carico dei soggetti interessati”*.

E' evidente che, al fine di individuare i *“soggetti interessati”* (cui porre l'onere economico di tenuta dell'albo), risulta prioritario evidenziare quale sia l'interesse sottostante alla tenuta ed alla gestione dell'albo nazionale obbligatorio in questione.

Al tal fine si evidenzia che gli operatori economici in possesso dell'attestazione di qualificazione di contraente generale, in quanto soggetti destinatari del controllo eseguito dal direttore dei lavori e dal collaudatore, non possono affatto essere qualificati come *“soggetti interessati”* alla tenuta dell'albo *de quo*, essendo evidente che l'interesse al controllo non sussista per il soggetto controllato che deve eseguire l'opera pubblica oggetto dell'appalto di lavori, ma sia riscontrabile invece in capo al soggetto che tale opera pubblica abbia commissionato e che, pertanto, abbia interesse affinché i lavori si svolgano a regola d'arte, a tal fine nominando un direttore dei lavori ed un collaudatore.

L'interesse alla tenuta dell'albo, è inoltre, riscontrabile in capo alle stesse persone fisiche iscritte all'albo in questione, stante l'evidente beneficio economico che esse ottengono a seguito della nomina a direttore dei lavori o a collaudatore, cui consegue il necessario compenso.

Pertanto l'articolo 9, comma 1, dello schema di regolamento dovrà essere modificato nel senso di porre le spese di tenuta dell'albo o a carico delle sole stazioni appaltanti, o a carico dei soli soggetti iscritti, oppure a carico di entrambi (con necessario ricalcolo degli importi da inserire nella AIR), senza tuttavia prevedere che all'onere economico in questione debbano partecipare gli operatori economici in possesso della attestazione di qualificazione a contraente generale, essendo questi ultimi del tutto privi di interesse alla tenuta ed alla gestione dell'albo *de quo*.

Si ritiene necessario trasmettere il presente parere interlocutorio alla Cabina di regia istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'articolo 212 del Codice dei contratti pubblici per le opportune valutazioni di competenza.

Nei termini sopra esposti viene reso il presente parere interlocutorio.

P.Q.M.

La Sezione sospende l'emissione del parere nell'attesa che l'Amministrazione trasmetta il testo opportunamente modificato nei sensi di cui in motivazione, al che è comunque condizionato il parere favorevole di questa Sezione. Ordina la trasmissione del parere interlocutorio al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ed alla Cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

L'ESTENSORE
Michele Pizzi

IL PRESIDENTE
Claudio Zucchelli

IL SEGRETARIO

Maurizio De Paolis