

Numero 02189/2016 e data 21/10/2016



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 20 ottobre 2016***NUMERO AFFARE 01677/2016****OGGETTO:***Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.*

Schema di decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti recante “individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, ai sensi dell’articolo 89, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”.

LA SEZIONE

Vista la nota del 5 settembre 2016, prot. n. 33166, di trasmissione della relazione di data non precisata, pervenuta alla segreteria della Sezione il 6 settembre 2016, con la quale il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto in oggetto;

Visto il parere interlocutorio reso dalla Sezione nell’Adunanza del 21 settembre 2016;

*Vista la nota del 7 ottobre 2016, prot. n. 37559, con cui l'Amministrazione proponente ha riscontrato il predetto parere interlocutorio;
Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Claudio Boccia.*

Premesso e considerato.

1. Con la nota del 5 settembre 2016, prot. n. 33166, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha trasmesso per il prescritto parere lo schema di decreto in epigrafe, recante l'individuazione "delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50".

Con il parere interlocutorio reso nell'Adunanza del 21 settembre 2016 - cui si rinvia per una puntuale disamina del contenuto dell'atto normativo in esame - questa Sezione ha rilevato che l'Amministrazione, tramite la relazione in epigrafe, non ha fornito alla Sezione stessa "adeguati elementi istruttori in merito alle osservazioni e alle proposte di modifica" avanzate dall'Ance (Associazione nazionale costruttori edili) e dalla Finco (Federazione industrie prodotti impianti servizi ed opere specialistiche per le costruzioni) nel corso delle consultazioni prodromiche alla stesura del presente schema e non ha esplicitato "la sua posizione in merito alle succitate osservazioni e proposte di modifica".

Conseguentemente, la Sezione ha invitato il Ministero proponente a predisporre "un supplemento d'istruttoria", fornendo alla Sezione stessa puntuali chiarimenti in merito a quanto rilevato dalle succitate associazioni di settore.

Con la nota del 7 ottobre 2016, prot. n. 37559, l'Amministrazione ha adempiuto a quanto richiesto da questa Sezione, esplicitando la propria posizione in merito alle osservazioni e alle proposte di modifica del testo regolamentare formulate dall'Ance e dalla Finco.

2. *Tanto premesso, la Sezione ritiene di poter procedere all'espressione del richiesto parere.*
3. *Preliminarmente la Sezione rileva, per quanto concerne la potestà normativa esercitata nel caso di specie, che il decreto de quo è stato adottato ai sensi di quanto disposto dall'art. 89, comma 11 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 - recante il Codice dei contratti pubblici - nella parte in cui dispone che "con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, è definito l'elenco delle opere di cui al presente comma" - ovvero di quelle "per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali" - "nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, che possono essere periodicamente revisionati".*
Sotto il succitato profilo, quindi, la Sezione non ha alcun rilievo da formulare, atteso che l'emanazione del presente decreto rientra nella competenza tecnico-discrezionale del Ministero proponente ai sensi della succitata normativa.
4. *Analoga considerazione vale per quanto concerne l'iter seguito dall'Amministrazione nella predisposizione dello schema in esame, atteso che il Ministero proponente, in ossequio a quanto disposto dal succitato art. 89, comma 11 del Codice, ha acquisito il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici - comunicato con la nota del 14 luglio 2016, prot. n. 6635 - tramite cui il succitato organo ha rilevato di non aver "in linea generale e per quanto di competenza in linea tecnica" osservazioni da formulare al decreto in esame.*
5. *Quanto al merito del provvedimento la Sezione rileva - come già esplicitato nel succitato parere interlocutorio - che il decreto in esame reca la disciplina delle opere cosiddette superspecialistiche per le quali "non è ammesso l'avvalimento, qualora il loro valore superi il dieci per cento*

dell'importo totale dei lavori e per le quali ... l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento delle opere”, individuando in particolare l'elenco di tali opere (art. 2) e i “requisiti di specializzazione” che devono essere posseduti per l'esecuzione delle opere in questione (art. 3).

Il decreto in esame, inoltre, è finalizzato a superare - nelle more della definizione, da parte dell'ANAC, del sistema unico di qualificazione degli operatori economici previsto dall'art. 84 del Codice - il regime transitorio recato dall'art. 216, comma 15 del Codice, il quale prevede che “fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'articolo 89, comma 11, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'articolo 12 del decreto legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80”.

Come riferito dalla stessa Amministrazione proponente, quest'ultima ha ritenuto di superare il succitato regime transitorio individuando, tramite l'art. 2 del decreto in esame, un elenco di opere superspecialistiche che sostanzialmente conferma quello recato dall'art. 12 del d.l. n. 47 del 2014 con le sole aggiunte - così come richiesto da alcune associazioni di settore - della categorie OS 12-B (barriere paramassi, fermaneve e simili) e OS 32 (strutture in legno).

Orbene, ad avviso della Sezione, la scelta dell'Amministrazione di ribadire l'elenco delle opere superspecialistiche già recato dalle previgenti disposizioni - con i riflessi di cui si è detto sulla disciplina applicabile agli istituti dell'avvalimento e del subappalto - non può che essere condivisa, e ciò in considerazione del fatto che in attesa della predisposizione da parte dell'ANAC del sistema unico di qualificazione di cui all'art. 84 del Codice non sarebbe utile “provocare disallineamenti e disfunzioni rispetto al vigente sistema di qualificazione”.

Il decreto de quo, infine, sempre secondo quanto riferito dall'Amministrazione proponente, è volto a risolvere “due ordini di criticità”, consistenti nell'esigenza di “garantire una adeguata competenza

nella realizzazione di opere che hanno un particolare impatto sull'incolumità e sulla salute pubblica" e nella necessità di tutelare, al contempo, "la concorrenza nel mercato degli appalti e, dunque, l'accesso delle imprese, anche in considerazione dei principi del TFUE".

In altri termini, secondo il dicastero proponente, la ratio sottesa alla predisposizione del decreto in esame deve essere rinvenuta anche nella necessità di trovare un corretto "bilanciamento dei contrapposti interessi tra imprese generali e specialistiche", individuando un elenco di opere superspecialistiche che tenga conto dell'esigenza di salvaguardare sia il "patrimonio culturale" del Paese, sia "l'incolumità dei lavoratori addetti" alla realizzazione degli interventi, sia, infine, "l'incolumità pubblica" in relazione alla circostanza che alcune di tali opere vanno ad incidere su un contesto "ad elevato rischio sismico ed idrogeologico".

Orbene, la Sezione, nel condividere questa impostazione di fondo, rileva che l'effettivo conseguimento di un corretto bilanciamento fra i predetti interessi, così come gli effetti della presente disciplina sulle imprese, potranno essere valutati, a seguito della concreta applicazione del decreto in esame, tramite l'analisi di alcuni specifici indicatori quali il numero dei contratti stipulati concernenti le opere superspecialistiche, ricavabile dalla banca dati nazionale dei contratti pubblici, ed il numero degli eventuali contenziosi che scaturiranno dall'applicazione della normativa in esame.

Pertanto, in relazione a quanto precede, la Sezione non può che valutare positivamente la scelta - fatta propria dall'art. 4 del medesimo decreto - di sottoporre il presente atto normativo ad un periodo di monitoraggio di dodici mesi all'esito del quale si procederà "all'aggiornamento" del suo contenuto e ciò sia in ragione della circostanza che il contesto normativo nel quale si inserisce il presente decreto potrebbe mutare a seguito della definizione, da parte dell'ANAC, del sistema unico di qualificazione degli operatori economici previsto dall'art. 84 del Codice, sia in considerazione del fatto che tale previsione potrebbe risultare utile al fine di superare le

problematiche paventate dalle associazioni di settore nel corso del procedimento prodromico alla stesura dello schema de quo, di cui meglio si dirà al successivo n. 6.1. .

6. Come già evidenziato nel parere interlocutorio, la predisposizione del presente decreto è stata preceduta da una fase di consultazioni con le associazioni di settore e, segnatamente, con l'Assoroccia, la Federlegnoarredo, l'Ance e la Finco.

Quanto alle osservazioni formulate dall'Assoroccia - che ha chiesto l'inserimento, nell'ambito dell'elenco di opere di cui all'art. 2, della categoria OS 12-B (barriere paramassi, fermaneve e simili) - e dalla Federlegnoarredo - che ha evidenziato l'assenza nel succitato elenco della categoria OS 32 (strutture in legno) - l'Amministrazione ha riferito di aver accolto tali rilievi, integrando conseguentemente l'elenco di opere superspecialistiche di cui all'art. 2, e ciò in considerazione "dell'elevato rischio specifico" connesso all'esecuzione di tali opere "sia sotto il profilo dell'incolumità dei lavoratori addetti a tali lavorazioni, sia sotto il profilo dell'incolumità pubblica, essendo evidente il rischio connesso ad interventi quali quelli di cui trattasi in un Paese ad elevato rischio sismico e idrogeologico".

In proposito la Sezione ritiene che la scelta dell'Amministrazione di recepire le osservazioni formulate dall'Assoroccia e dalla Federlegnoarredo, non si pone in contrasto con quanto disposto dalla normativa primaria di riferimento, con la conseguenza che - rientrando la predetta decisione nell'ambito della discrezionalità tecnica demandata al dicastero proponente dal succitato art. 89, comma 11 del Codice e non risultando la medesima né illogica né irragionevole - la Sezione stessa non ha osservazioni da formulare al riguardo.

6.1. Come evidenziato al precedente n. 1, la Sezione ha ritenuto che le osservazioni dell'Ance e della Finco necessitassero di un supplemento d'istruttoria da parte dell'Amministrazione, che ha adempiuto con la nota del 7 ottobre 2016, prot. n. 37559 a quanto richiesto dalla Sezione.

In proposito la Sezione ritiene utile ricordare che l'Ance, con la nota dell'8 luglio 2016, ha evidenziato, innanzitutto che l'elenco delle categorie di opere superspecialistiche recato dall'art. 2 - peraltro ulteriormente incrementato con l'introduzione delle categorie OS 12-B (barriere paramassi, fermaneve e simili) e OS 32 (strutture in legno) - violerebbe il principio comunitario della libera concorrenza e obbligherebbe, nella sostanza, gli esecutori sprovvisti delle categorie individuate dal decreto a partecipare a ATI verticali con i soggetti che, viceversa, le possiedono.

L'Ance, ha, inoltre, rilevato relativamente all'art. 3 che la lettera a) prevedrebbe un elenco di categorie per le quali è richiesto personale specializzato "eccessivamente esteso e, di per sé, contraddittorio", accomunando categorie fra loro non omogenee quanto al livello di specializzazione richiesto per porre in essere le relative opere; che la lettera b) dovrebbe precisare che non vi sarebbe la necessità di possedere uno "stabilimento industriale specificatamente adibito alla produzione dei beni oggetto della relativa categoria", dovendosi ritenere di converso sufficiente la "mera disponibilità data da un terzo che copra l'intera durata del contratto di appalto"; e, infine, che la lettera c) andrebbe, per la sua specificità, scorporata dal predetto articolo e che quest'ultima dovrebbe prevedere delle percentuali - relative ai requisiti di ordine speciale necessari per essere inseriti nella categoria OG 11 - differenti da quelle attualmente previste.

Infine, l'Ance ha chiesto di riprodurre, nell'ambito della disciplina recata dal presente decreto, quanto già previsto dall'abrogato art. 108, comma 3 del d. P.R. n. 207 del 2010 - il quale disponeva che "le ulteriori categorie generali e specializzate di cui al comma 2 sono quelle che, a scelta del progettista in sede di redazione del progetto a base di gara, sono o di importo singolarmente superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro" - in quanto, in assenza di una previsione di tale tenore, si verrebbe a creare un "vuoto normativo che non consentirebbe l'individuazione di ulteriori categorie oltre la prevalente".

Con la nota precedentemente richiamata, il dicastero proponente ha comunicato le ragioni per cui ha ritenuto di non accogliere le succitate proposte di modifica.

Più nel dettaglio, il Ministero ha evidenziato che la decisione di non procedere alla diminuzione delle categorie superspecialistiche, richiesta dall'Ance, mantenendo fermo l'elenco di opere già previsto dall'art. 12 del d.l. n. 47 del 2014 - fatte salve le due integrazioni relative alle categorie OS 12-B e OS 32, di cui si è in precedenza detto - è volta al raggiungimento di un "attento bilanciamento dei contrapposti interessi tra imprese generali e specialistiche" e ciò anche in considerazione del fatto che il predetto art. 12 del d.l. n. 47 del 2014 aveva già operato una decurtazione di tali categorie "di circa il 50%" rispetto a quelle in precedenza previste dall'art. 107, comma 21 del d. P.R. n. 207 del 2010.

Inoltre, relativamente al rilievo dell'Ance secondo cui il presente decreto costituirebbe "una evidente violazione del principio comunitario di libera concorrenza", il dicastero ha esplicitato che tale assunto sarebbe smentito sia dall'art. 63, comma 2 della direttiva 2014/24/UE - il quale, disponendo che "le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici..., da un partecipante al raggruppamento", legittimerebbe le previsioni del presente decreto - sia dalla ricognizione dei contratti pubblici stipulati nel triennio 2013-2015 effettuata dal medesimo dicastero, dalla quale emergerebbe un limitato impatto numerico degli affidamenti in cui le opere superspecialistiche sono state ritenute come scorporabili.

In relazione, poi, alle osservazioni formulate relativamente all'art. 3 del decreto in esame, l'Amministrazione ha evidenziato: che la previsione di cui al comma 1, lettera a) del precitato art. 3 sarebbe necessaria al fine di "porre rimedio a comportamenti, di recente frequentemente registrati nell'esecuzione dei contratti, volti a trasferire direttamente in capo al

fornitore adempimenti ed attività, svolte da quest'ultimo in piena autonomia, che invece dovrebbero essere eseguite dall'affidatario del contratto”; che la richiesta di modifica dell’art. 3, comma 1, lettera b) si porrebbe in contrasto con quanto statuito dal Consiglio di Stato con il parere n. 3014 del 26 giugno 2013; e, infine, che la modifica richiesta in relazione alla lettera c) del predetto art. 3 non potrebbe essere accolta sulla base della circostanza che, in attesa dell’adozione, da parte dell’ANAC, del sistema unico di qualificazione di cui all’art. 84 del Codice, non sarebbe opportuno discostarsi da quanto in precedenza previsto dall’art. 12 del d.l. n. 47 del 2014.

Infine, relativamente alla richiesta di riprodurre, nel presente decreto, quanto già previsto dall’abrogato art. 108, comma 3 del d. P.R. n. 207 del 2010, il dicastero proponente ha evidenziato che tale richiesta, riguardante lo scorporo delle categorie, “andrebbe oltre la previsione di cui all’art. 89, comma 11 del Codice”.

Orbene, in relazione a quanto precede, la Sezione osserva che le motivazioni esplicitate dall’Amministrazione a sostegno della scelta di non accogliere le proposte di modifica formulate dall’Ance non si pongono in contrasto con quanto disposto dalla normativa primaria di riferimento e esplicitano in maniera adeguata le ragioni delle determinazioni assunte dall’Amministrazione stessa, con la conseguenza che le predette decisioni rientrano nell’ambito della discrezionalità tecnica demandata al dicastero proponente dal succitato art. 89, comma 11 del Codice.

D'altronde, pur comprendendo le ragioni sottese alla richiesta di diminuire le categorie superspecialistiche elencate dal presente schema al fine di agevolare la concorrenza fra imprese del settore, la Sezione osserva che il punto di equilibrio raggiunto con l’elenco di cui al presente decreto tiene conto anche di ulteriori esigenze di particolare rilievo, quali la tutela dell’incolumità “pubblica” e di quella dei lavoratori del settore, connesse alla delicatezza delle opere di cui alle predette categorie superspecialistiche.

Per quanto concerne, invece, le richieste di modifica avanzate dalla Finco con la nota dell'11 luglio 2016 - concernenti le categorie che ad avviso della predetta associazione sarebbero meritevoli d'inserimento nell'elenco di cui al decreto in esame, con i relativi requisiti di qualificazione - il Ministero proponente, dopo aver evidenziato che tali richieste "vanno nella direzione diametralmente opposta a quella rappresentata dall'Ance", in quanto volte ad una "rivisitazione in aumento" delle categorie di opere superspecialistiche, ha comunicato di non aver accolto tali rilievi sia in ragione del fatto che l'elencazione già recata dall'art. 12 del d.l. n. 47 del 2014 sarebbe fondata su "criteri oggettivi ed indicativi del livello di specializzazione richiesto per le opere riconducibili alle singole categorie" sia in considerazione della circostanza che le ulteriori categorie di opere di cui la Finco ha richiesto l'introduzione nell'ambito dell'art. 2 sarebbero "caratterizzate da una minor complessità tecnica" rispetto a quelle individuate dal presente decreto.

Pertanto, anche in merito a tale scelta, la Sezione non ha osservazioni da formulare, dovendosi ritenere che la decisione dell'Amministrazione di mantenere fermo l'elenco delle opere già previste dal precitato dall'art. 12 del d.l. n. 47 del 2014 non possa considerarsi né illogica né irragionevole oltre che conforme alla natura "transitoria" del presente decreto, predisposto, come già ricordato, in attesa dell'adozione da parte dell'ANAC del sistema unico di qualificazione di cui all'art. 84 del Codice.

La Sezione, infine, in relazione all'importanza delle succitate scelte effettuate dall'Amministrazione e della completezza delle motivazioni addotte a sostegno delle medesime, invita il dicastero proponente a valutare la possibilità di procedere ad una integrazione dell'A.I.R., al fine di rendere note tali scelte nei termini previsti dalla vigente legislazione.

7. In considerazione di quanto sin qui esposto, la Sezione ritiene che lo schema di decreto in epigrafe meriti parere favorevole.

La Sezione, per quanto concerne il profilo redazionale ed ai fini di una compiuta esposizione, suggerisce all'Amministrazione, in sede di stesura

definitiva del presente schema, di introdurre, nel preambolo, prima della frase “Udito il parere del Consiglio di Stato...”, un riferimento all’art. 17, comma 3 della legge 23 agosto 1988, n. 400, trattandosi del riferimento normativo in base al quale è stato richiesto il parere di questo Consiglio di Stato.

P.Q.M.

La Sezione esprime parere favorevole sullo schema di decreto in epigrafe.

L'ESTENSORE
Claudio Boccia

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO
Maria Luisa Salvini