

Interpretazione degli art. 197 e 199 del D. Lgs. 18/04/2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici).

Consiglio di Stato - Parere 21 giugno 2017, n. 1479

Numero 1479
Data 21 giugno 2017

REPUBBLICA ITALIANA
CONSIGLIO DI STATO

Adunanza della Commissione speciale del 7 giugno 2017

NUMERO AFFARE 903/2017

OGGETTO:

Autorità Nazionale Anticorruzione.

Quesito in ordine alla interpretazione degli articoli 197 e 199 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici).

LA SEZIONE

Vista la nota n. 66309 dell'11 maggio 2017, con la quale il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Visto il decreto del presidente del Consiglio di Stato 19 maggio 2017, n. 68, che ha istituito una Commissione speciale per l'esame dello schema e l'espressione del parere;

Considerato che nell'adunanza del 7 giugno 2017, presenti anche i presidenti aggiunti Rosanna De Nicolis e Carlo Saltelli, la Commissione speciale ha esaminato gli atti e udito il relatore Vincenzo Lopilato.

1. La richiesta di parere

Con nota n. 66309 dell'11 maggio 2017 il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione ha chiesto al Consiglio di Stato un parere in ordine alla portata degli artt. 197 e 199 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici).

Il quesito ha ad oggetto la competenza, a seguito del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), ad adottare gli atti di attuazione del sistema di qualificazione del contraente generale: in particolare, il dubbio sorge in quanto dalla lettura del citato articolo 197 sembra che la competenza sia dell'ANAC mediante l'adozione di linee guida, mentre dalla lettura del citato articolo 199 sembra che la competenza sia del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti mediante l'adozione di un decreto.

La risposta al quesito presuppone la ricostruzione della normativa che nel tempo si è succeduta in relazione al sistema di qualificazione degli operatori economici e del contraente generale.

2. Il quadro normativo nella vigenza del codice del 2006

2.1. Sistema di qualificazione generale

L'art. 40 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) aveva previsto un sistema unico di qualificazione per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici.

Sul piano delle fonti di regolazione, la suddetta norma primaria demandava ad un regolamento di esecuzione di dettare le prescrizioni attuative.

Tale prescrizioni sono contenute negli artt. 60 e ss. del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010 n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»).

Sul piano dei soggetti coinvolti, si prevedeva che tale sistema fosse attuato da "organismi di diritto privato di attestazione" (SOA), appositamente autorizzati dall'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici. Ad essi era demandato il compito di attestare l'esistenza negli operatori economici dei requisiti di ordine generale, nonché dei requisiti di ordine speciale di natura tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria.

La stessa normativa prevedeva che "soggetti accreditati" rilasciassero la certificazione di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale, la cui esistenza era anch'essa attestata dalle SOA.

Il regolamento disponeva, tra l'altro, che le imprese fossero qualificate per categorie di opere generali (OG) e speciali (OS), indicate nell'Allegato A, nonché per classiche che avevano riguardo all'importo dei lavori.

L'art. 63, comma 2, del regolamento prevedeva che la certificazione del sistema di qualità aziendale fosse riferita «agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso, con riferimento alla globalità delle categorie e classifiche».

L'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici svolgeva attività di controllo nonché attività amministrativa strettamente connessa a tale funzione.

In particolare, l'Autorità autorizzava gli organismi privati a svolgere l'attività di attestazione delle imprese e vigilava, anche mediante ispezioni, sul sistema di qualificazione mediante lo svolgimento di funzioni di controllo sulle SOA e sulle attestazioni ad esse rilasciate, potendo disporre, ricorrendo determinati presupposti, la sospensione o l'annullamento di tale attestazione (artt. 68 e 71 del d.P.R. n. 207/2010).

2.2. Il sistema di qualificazione dei contraenti generali

Gli artt. 176 e seguenti del codice del 2006 disciplinavano il contraente generale, disponendo che con un apposito contratto il soggetto aggiudicatore, quando occorreva realizzare infrastrutture strategiche, «affida(va) ad un soggetto dotato di adeguata esperienza e qualificazione nella costruzione di opere nonché di adeguata capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria la realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera, nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto preliminare o nel progetto definitivo redatto dal soggetto aggiudicatore e posto a base di gara, contro un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori». In particolare, tra i compiti del contraente generale vi era quello di provvedere «alla progettazione esecutiva» (comma 2, lettera c) e «all'individuazione delle modalità gestionali dell'opera e di selezione dei soggetti gestori» (comma 2, lettera f).

Questa norma perseguiva l'intento di coinvolgere il privato anche nella fase di gestione mediante una più ampia condivisione del progetto che andava al di là della mera esecuzione della infrastruttura strategica. Il contraente generale aveva anche compiti di rilevanza pubblica quale quello, tra gli altri, di indicazione delle aree da espropriare (comma 2, lettera g). Tale contratto non costituiva una vera e propria forma di partenariato pubblico-privato (si veda Comm. spec. 29 marzo 2017, n. 775) che, invero, poteva ritenersi sussistente soltanto nel caso in cui, ai sensi dell'art. 3, comma 15-ter, il corrispettivo per la realizzazione dell'opera fosse «in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi» (cosiddetto prefinanziamento).

Gli artt. 186 e seguenti del codice del 2006 avevano previsto norme particolari relative alla «qualificazione dei contraenti generali».

In particolare, il secondo comma dell'art. 186 disponeva che i contraenti generali fossero «qualificati per classifiche, riferite all'importo lordo degli affidamenti per i quali possono concorrere».

L'art. 187 prevedeva, quali «requisiti per le iscrizioni», il possesso: i) dei requisiti di ordine generale; ii) dei requisiti di ordine speciale; iii) di un sistema di qualità aziendale.

L'art. 192, la cui rubrica recava «gestione del sistema di qualificazione», disponeva che l'attestazione del possesso dei requisiti dei contraenti generali fosse «rilasciata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti» ed avesse durata di tre anni.

Il Titolo IV, agli artt. 97-104, del d.P.R. n. 207 del 2010 disciplinava le «modalità tecniche e procedurali per la qualificazione dei contraenti generali».

2.3. Ricostruzione sistematica

Da quanto esposto, risulta pertanto che, sul piano delle fonti di regolazione, la disciplina del sistema di qualificazione sia degli operatori economici sia del contraente generale era affidata alla legge e ad un'"unica modalità di attuazione" demandata al regolamento di esecuzione.

Sul piano dei soggetti abilitati a svolgere funzioni amministrative di attestazione del possesso dei requisiti generali e speciali, era stato costruito un "sistema binario" che vedeva coinvolte le SOA e, per il solo contraente generale, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Questa duplicità di funzioni rinveniva la sua ragione giustificativa nella particolarità dei compiti, sopra sinteticamente indicati, attribuiti al contraente generale nell'ambito dello specifico settore delle infrastrutture strategiche. Si era, pertanto, in presenza, da un lato, di un'attività amministrativa di attestazione posta in essere da soggetti privati, secondo il modello dei privati esercenti pubbliche funzioni, dall'altro, di un'attività amministrativa di attestazione posta in essere da un soggetto pubblico.

3. Il quadro normativo del codice del 2016

3.1. Sistema di qualificazione generale

Il Codice del 2016, agli artt. 83 e ss., riprende il modello del sistema di qualificazione unico del precedente Codice, con attribuzione di rilevanti funzioni all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

Si tratta di un sistema "non definitivo".

L'art. 84, comma 12 prevede, infatti, che entro un anno dalla data di entrata in vigore del Codice, «con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'ANAC, sentite le competenti Commissioni parlamentari, vengono individuate modalità di qualificazione, anche alternative o sperimentali da parte di stazioni appaltanti ritenute particolarmente qualificate (...), per migliorare l'effettività delle verifiche e conseguentemente la qualità e

la moralità delle prestazioni degli operatori economici, se del caso attraverso un graduale superamento del sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici».

Inoltre si dispone che l'ANAC effettui una ricognizione straordinaria circa il possesso dei requisiti di esercizio dell'attività da parte dei soggetti attualmente operanti in materia di attestazione e relazioni sugli esiti di detta ricognizione al Governo e alle Camere «circa la rispondenza del sistema attuale di qualificazione unica a requisiti di concorrenza e trasparenza, anche in termini di quantità degli organismi esistenti ovvero di necessità di individuazione di forme di partecipazione pubblica agli stessi e alla relativa attività di attestazione» (84, comma 3).

Sul piano dei soggetti, continuano ad operare le SOA e gli altri soggetti privati di certificazione. In particolare, l'art. 84, primo comma, dispone che il possesso dei requisiti di qualificazione avviene «mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC».

L'ANAC svolge funzioni di vigilanza e, a tale fine, effettua ispezioni, anche senza preavviso, o richiede qualsiasi documento ritenuto necessario (art. 84, comma 6).

Sul piano delle fonti di regolazione, è previsto che le modalità di attuazione della legge vengono interamente demandate non più ad un regolamento ma, nella versione originaria del codice, a linee guida adottate dalla stessa ANAC nell'esercizio di compiti regolatori che ricomprendono anche le modalità di svolgimento dell'attività di vigilanza dalla stessa svolta.

In particolare, nella versione originaria del codice si prevedono tre diverse linee guida che hanno ad oggetto:

- il sistema di qualificazione, previo parere delle commissioni parlamentari (art. 83, comma 2);
- la disciplina dei casi e delle modalità di sospensione o di annullamento delle attestazioni, nonché di decadenza delle autorizzazioni degli organismi di attestazione (art. 84, comma 8);
- i requisiti reputazionali e i criteri di valutazioni degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione da parte dell'ANAC (art. 83, comma 10).

Pur in presenza di un'unica fonte di regolazione attuativa, si contemplavano linee guida dal contenuto diversificato.

In particolare, le prime linee guida, relative al sistema di qualificazione avevano un contenuto sostanzialmente normativo. Il Consiglio di Stato, con parere 1° aprile 2016, n. 855, aveva messo in rilievo come si trattasse di «materia intrinsecamente normativa, che completa il dettato delle disposizioni di rango primario e che andrebbe più propriamente affidata alla sede regolamentare, con le relative implicazioni anche in termini di garanzie procedurali». Il comma 14 di tale articolo disponeva che, «fino all'adozione delle linee guida», trovassero applicazione le norme del d.P.R. n. 207 del 2010, sopra indicate (art. 216).

Le seconde linee guida, attenendo alla disciplina delle modalità di svolgimento della funzione di vigilanza, avevano un contenuto di natura amministrativa generale.

Le terze linee guida attengono al sistema del rating di impresa e delle relative premialità per il quale l'ANAC rilascia apposita certificazione agli operatori economici, su richiesta, che presentano anch'esse, pur essendo collegate al sistema di qualificazione, valenza amministrativa generale.

3.2. Sistema di qualificazione del contraente generale

L'art. 197 del Codice innova il precedente quadro normativo in relazione al sistema di qualificazione del contraente generale, superando il "doppio binario".

Tale norma prevede, infatti, che: i) «l'attestazione del possesso dei requisiti del contraente generale avviene con le modalità di cui all'articolo 84 (...)» (comma 1); ii) «i contraenti generali sono qualificati per classifiche, riferite all'importo lordo degli affidamenti per i quali possono concorrere (...)» (comma 2); iii) «le classifiche di qualificazione sono determinate dall'ANAC» (comma 3); iv) «costituiscono requisiti per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione da parte dei contraenti generali oltre l'assenza dei motivi di esclusione (...), ulteriori requisiti di un'adeguata capacità economica e finanziaria, di un'adeguata idoneità tecnica e organizzativa, nonché di un adeguato organico tecnico e dirigenziale», aggiungendo che «tali ulteriori requisiti sono determinati con linee guida adottate dall'ANAC» (comma 4).

Il successivo art. 199 prevede (va) quanto segue: i) «la attestazione del possesso dei requisiti dei contraenti generali è rilasciata secondo quanto previsto dall'articolo 197 ed è definita nell'ambito del sistema di qualificazione previsto dal medesimo articolo» (comma 1); ii) «in caso di ritardo nel rilascio, imputabile alla SOA, l'attestazione scaduta resta valida, ai fini della partecipazione alle gare e per la sottoscrizione dei contratti, fino al momento del rilascio di quella rinnovata» (comma 2); iii) «le attestazioni del possesso dei requisiti rilasciate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sono valide fino alla scadenza naturale» (comma 3); iv) «il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti provvede, altresì, a rilasciare l'attestazione di cui al comma 1, sulle richieste pervenute alla data di entrata in vigore del presente codice, nonché quelle che perverranno fino all'entrata in vigore delle linee guida di cui all'art. 197» (comma 4).

3.3 Ricostruzione sistematica

Alla luce di quanto esposto, il legislatore del 2016 aveva previsto, sul piano dei soggetti, un sistema articolato di competenze amministrative unitario, affidato, sia per gli operatori economici sia per il contraente generale, alle SOA e alle attestazioni da esse rilasciate. La scelta di configurare una modalità unica di attestazione, eliminando la competenza amministrativa del Ministero per il contraente generale, rinviene la propria ragione giustificativa in esigenze di semplificazione procedimentale conseguenti alla stessa previsione di un modello unico, che ha tenuto conto anche dell'ampliamento delle possibili competenze del contraente generale che vanno al di là dell'ambito delle opere strategiche.

Sul piano delle fonti di regolazione è previsto un sistemato attuativo unico, che ricomprende anche il contraente generale, affidato alle linee guida dell'ANAC che presentano, però, come già esposto, in relazione alle tipologie che possono venire o in rilievo, un contenuto diversificato.

4. Il quadro normativo del decreto correttivo del 2017

4.1. Sistema generale di qualificazione

Il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) ha modificato, in parte, il sistema generale di qualificazione.

In particolare, si è previsto, con la modifica del terzo comma dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, che la fonte di regolazione di tale sistema sia non le linee guida, ma il «decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti da adottare, su proposta dell'Anac».

Si tratta di una modifica che si pone in linea con quanto rilevato dal Consiglio di Stato, con il citato parere n. 855 del 2016, e ribadito con il parere 30 marzo 2017, n. 782, reso sullo stesso schema di decreto correttivo. La natura regolamentare dell'atto è più coerente, infatti, con il contenuto generale e astratto della stessa regolazione.

E' stato modificato anche l'art. 216, comma 27-bis, il quale dispone che: «Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'articolo 83, comma 2, si applica la disciplina già contenuta negli articoli dal 186 al 193 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163».

Nell'effettuare tali modifiche il legislatore non ha proceduto, però, a emendare anche le seguenti norme che continuano a richiamare le linee guida:

- i) il secondo comma dell'art. 83 prevede che «fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 14»;
- ii) l'art. 216, a sua volta, dispone che: «fino all'adozione delle linee guida indicate all'articolo 83, comma 2 continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207».

4.2. Sistema di qualificazione del contraente generale

L'art. 197 è rimasto invariato.

L'art. 199 è stato modificato nel senso che segue.

Al terzo comma si è previsto che le attestazioni del possesso dei requisiti dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti «hanno validità triennale».

Al quarto comma si è previsto che il Ministero può rilasciare le attestazioni «fino all'entrata in vigore del decreto di cui all'art. 83, comma 2». Si è aggiunto che «tale decreto stabilisce, altresì, i criteri di valutazione da parte delle stazioni appaltanti degli attestati presentati in sede di gare per affidamento unitario a contraente generale, durante il periodo di coesistenza delle attestazioni di qualificazione rilasciate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e quelle rilasciate secondo le modalità di cui all'articolo 84».

4.3. Ricostruzione sistematica

Il legislatore del 2017 ha introdotto - in coerenza con quanto indicato dal Consiglio di Stato con i pareri sopra citati - sul piano delle fonti, un sistema di attuazione diversificato per gli operatori economici, distinguendo:

i) la disciplina del sistema di qualificazione, affidata ad una fonte regolamentare;

ii) la disciplina dei poteri di vigilanza affidata alle linee guida.

Sul piano delle competenze, rimangono ferme le funzioni delle SOA e degli altri organismi di attestazioni.

Nell'effettuare tali modifiche il legislatore è incorso nei già evidenziati difetti materiali di coordinamento normativo.

In relazione al contraente generale, le modifiche del 2017 hanno fatto sorgere un dubbio, esposto nel quesito in esame posto dall'ANAC, relativo alla stessa ricostruzione delle fonti di regolazione.

L'art. 199 depone nel senso di una estensione del sistema regolamentare relativo al regime di qualificazione anche al contraente generale.

L'art. 197 depone nel senso di un mantenimento del sistema delle linee guida dell'ANAC.

5. Conclusioni

La Commissione speciale ritiene che le rilevate incongruenze possono essere così composte.

In relazione al sistema di qualificazione in generale risulta chiaramente che vi sono errori materiali conseguenza di un mancato coordinamento normativo che possono essere corretti con un avviso di rettifica.

In particolare, tale avviso deve sostituire i riferimenti alle linee guida contenuti nell'art. 83 comma 2 e nell'art. 216 con il riferimento al "decreto di cui all'art. 83, comma 2".

In relazione al sistema di qualificazione del contraente generale, la Commissione Speciale ritiene che, dall'analisi complessiva delle norme, la volontà del legislatore sembra sia stata quella di "estendere" anche a tale settore la modifica che ha riguardato le disposizioni generali di qualificazione.

A tale conclusione, si perviene all'esito dell'analisi del dato letterale e della ragione sistematica dell'intervento correttivo.

Sul piano letterale, il legislatore ha modificato espressamente il regime transitorio di cui agli artt. 199 e 216, comma 27-bis, mediante un espresso richiamo al decreto di cui al secondo comma dell'art. 83. La mancata modifica anche dell'art. 197, per quanto si tratti della norma che pone la disciplina a regime, non può avere valenza determinante, proprio in ragione del fatto che la stessa non è stata oggetto di modifiche.

Sul piano della ragione sistematica, il legislatore del 2016 ha effettuato una chiara opzione a favore del sistema "unitario" che eviti differenziazioni di regime del sistema qualificazione dipendenti dalla presenza di un qualsiasi operatore economico ovvero di un contraente generale. In questo senso depone l'attribuzione alle SOA dei compiti di attestazione che nel precedente sistema erano affidati, per il solo contraente generale, ad un decreto ministeriale. Deve, pertanto, presumersi che il legislatore del 2017 abbia inteso continuare lungo questo percorso unitario, estendendo anche al contraente generale la modifica che ha riguardato la natura delle fonti di regolazione. Del resto, come questo Consiglio ha più volte sottolineato, è la valenza intrinsecamente normativa dell'atto che giustifica la sua veste regolamentare. Ed è indubbio che tale valenza l'atto l'abbia anche quando esso trovi applicazione nell'ambito della disciplina del contraente generale.

In definitiva, dalla ricostruzione della normativa che si è succeduta nel tempo emerge come si vada verso una omogeneità di regolazione del sistema di qualificazione senza distinzione tra ambiti settoriali, con attribuzione delle competenze amministrative alle SOA e con individuazione di fonti di regolazione diversificate solo in ragione del loro peculiare contenuto ma non della competenza e dell'iter di formazione.

Chiarito ciò, la misura più idonea per assicurare questi risultati e ridare coerenza al sistema è rimessa al legislatore. In questo caso, infatti, la difficoltà del ricorso al mero avviso di rettifica deriva dal fatto che non è sufficiente una mera sostituzione delle espressioni "linee guida" con "decreto di cui al secondo comma dell'art. 83". Ciò in quanto, come sopra esposto, il sistema di qualificazione rimane comunque affidato ad una pluralità di atti (linee guida e decreti regolamentari) che presentano un contenuto eterogeneo. E' dunque necessaria una modifica sostanziale della norma.

Alla stregua delle esposte considerazioni, è opportuno che l'ANAC si astenga dal predisporre linee guida aventi ad oggetto il sistema di qualificazione, trattandosi, ad avviso di questa Commissione speciale, di un compito che spetta al Ministero. L'ANAC potrà comunque valorizzare l'attività istruttoria sin qui svolta al fine di presentare al Ministro delle infrastrutture e trasporti una articolata "proposta" di decreto sulla qualificazione, che, nella sistematica degli atti e dei procedimenti amministrativi, è un atto predeterminativo del contenuto dell'atto finale.

P. Q. M.

Nelle esposte considerazioni è il parere della Commissione speciale.

Ai sensi dell'art. 58 del r.d. n. 444 del 1942 si dispone la trasmissione del presente parere al DAGL (Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi), al fine di segnalare la necessità degli interventi normativi indicati nel presente parere.

IL PRESIDENTE

Luigi Carbone

L'ESTENSORE

Vincenzo Lopilato

IL SEGRETARIO

Cinzia Giglio