



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 19 ottobre 2016

NUMERO AFFARE 01663/2016

OGGETTO:

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti gabinetto.

Schema di decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di approvazione delle linee guida recanti "Il Direttore dei lavori: modalità di svolgimento delle funzioni di direzione e controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione del contratto" e "Il Direttore dell'Esecuzione: modalità di svolgimento delle funzioni di coordinamento, direzione e controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto".

LA COMMISSIONE SPECIALE

Vista la nota prot. UFFLEGISL 0032663- 11.9.2016, acquisita al prot. 1663/16 del 5 settembre 2016, con cui è stato trasmesso lo schema di decreto, adottato in attuazione dell'art. 111 (Controllo tecnico, contabile e amministrativo) del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino

della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture";

rilevato che nell'adunanza del 14 settembre 2016 la Commissione speciale ha esaminato gli atti e ha ritenuto necessario, ai fini dell'espressione del prescritto parere, che fosse acquisita la prescritta analisi di impatto della regolamentazione (AIR) redatta dal Ministero;

vista la nota prot. UFFLEGISL 0037348 del 6 ottobre 2016 pervenuta il 10 ottobre successivo, con cui il Ministero ha trasmesso l'AIR e una nuova versione delle linee guida relative al direttore dei lavori e delle linee guida relative al direttore dell'esecuzione per servizi e forniture;

esaminati gli atti e uditi i relatori consiglieri Umberto Realfonzo e Fabio Franconiero nell'adunanza del 26 ottobre 2016;

Premesso:

Il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ha chiesto il parere sullo schema di decreto da emanarsi ai sensi dell'art. 111 (Controllo tecnico, contabile e amministrativo) del d.lgs. n. 50/2016, commi 1 e 2, per individuare rispettivamente:

- le modalità e, se del caso, la tipologia di atti, attraverso i quali il direttore dei lavori effettua l'attività descritta all'art. 101, comma 3, del medesimo codice, in maniera da garantirne trasparenza, semplificazione, efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche anche per i controlli di contabilità (art. 101, comma 1);
- le modalità di effettuazione dell'attività di controllo da parte del direttore dell'esecuzione del contratto di servizi o di forniture, secondo criteri di trasparenza e semplificazione (art. 101, comma 2).

Nell'adunanza del 14 settembre 2016 la Commissione speciale ha esaminato gli atti e ha ritenuto necessario, ai fini dell'espressione del prescritto parere, che fosse acquisita la prescritta AIR dal Ministero.

Con la nota prot. UFFLEGISL 0037348 del 6 ottobre 2016 pervenuta il 10 ottobre successivo, il Ministero ha trasmesso l'AIR e una nuova versione delle linee guida relative al direttore dei lavori e delle linee guida relative al direttore dell'esecuzione per servizi e forniture.

Alla richiesta di parere sono dunque allegate:

- le proposte relative alle due linee guida elaborate dall'ANAC;
- le due pertinenti relazioni illustrative predisposte dall'ANAC, che danno anche conto delle scelte operate, con riferimento alle più significative osservazioni ricevute in sede di consultazione pubblica preliminare, ai sensi del regolamento 8 aprile 2015 recante la disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione e del regolamento del 27 novembre 2013 recante la disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR).
- le osservazioni del Consiglio superiore dei lavori pubblici;
- la nota dell'ANAC relativa alle osservazioni del Consiglio superiore dei lavori pubblici;
- l'AIR;
- la relazione illustrativa del Ministero sullo schema di decreto.

CONSIDERATO

Sommario:

1. Considerazioni generali comuni alle linee guida sul direttore dei lavori e sul direttore dell'esecuzione

1.1. Natura giuridica delle linee guida

1.2. Il procedimento di adozione delle linee guida e la struttura formale e sostanziale del decreto ministeriale

1.3. Tecnica di redazione delle linee guida di natura regolamentare

1.4. Ripetizioni di norme primarie

1.5. Reiterazioni e duplicazioni di prescrizioni di rango secondario

1.6. Le abrogazioni

1.7. La struttura formale del decreto ministeriale

1.7. L'AIR e il suo ruolo

1.8. Le definizioni e la terminologia delle due figure

1.9. Drafting

2. Linee guida relative al direttore dei lavori

2.1. Condizioni

2.1.a) Disposizioni ripetitive di norme del codice

2.1.b) Disposizioni in contrasto con il codice

2.1.c) Formulazione delle linee guida mediante articolato

2.2. La rilevanza dell'AIR

2.3. Profili formali

3. Rilievi sulle singole disposizioni delle linee guida relative al direttore dei lavori

4. Linee guida relative al direttore dell'esecuzione dei contratti relativi a servizi e forniture

4.1. Condizioni

4.1.a) Disposizioni ripetitive di norme del codice

4.1.b) Disposizioni in contrasto con il codice

4.2. L'AIR: la peculiarità dei contratti di forniture e servizi e le relative implicazioni in ordine alla fase di esecuzione

4.3. Rilievi sulle singole disposizioni delle linee guida relative al direttore dell'esecuzione per servizi e forniture

1. Considerazioni generali comuni alle linee guida sul direttore dei lavori e sul direttore dell'esecuzione

1.1. Natura giuridica delle linee guida

Si intendono qui richiamate le considerazioni espresse da questo Consiglio in sede di parere reso sullo schema del nuovo codice dei contratti pubblici (parere 1 aprile 2016, n. 855 punto II.g.4) e ribadito nei successivi pareri 2 agosto 2016 n. 1767/2016 relativo al RUP e 14 settembre 2016, n. 1919 sui commissari di gara.

Alla stregua dei citati pareri, i decreti ministeriali in materia di direttore dei lavori e di direttore dell'esecuzione hanno una portata di attuazione e completamento della fonte primaria, con “*una chiara efficacia innovativa nell'ordinamento, che si accompagna ai caratteri di generalità e astrattezza*” della disciplina introdotta [così, testualmente e con specifico riferimento ai decreti in tema di direttore dei lavori e dell'esecuzione, il citato parere 1 aprile 2016 n. 855].

Pertanto, anche indipendentemente dal *nomen iuris* fornito dalla delega e dallo stesso codice (che potrà comunque precisarlo in sede di approvazione definitiva, nei singoli articoli di riferimento), tali atti devono essere considerati quali ‘regolamenti ministeriali’ ai sensi dell’art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con tutte le conseguenze in termini di:

- forza e valore dell’atto (tra l’altro: resistenza all’abrogazione da parte di fonti sotto-ordinate, disapplicabilità entro i limiti fissati dalla giurisprudenza amministrativa in sede giurisdizionale);
- forma e disciplina procedimentale stabilite dallo stesso comma 3 (ad esempio: comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri prima della loro emanazione) e dal successivo comma 4 della legge da ultimo citata;
- implicazioni sulla potestà regolamentare costituzionalmente riconosciuta a favore delle Regioni (art. 117, sesto comma, Cost.), tenuto conto dell’esistenza nella

materia dei contratti pubblici di titoli di competenza di queste ultime (cfr. Corte cost. 23 novembre 2007, n. 401).

Rispetto alle regole codificate nell'art. 17, comma 3, della l. n. 400/1988 per i regolamenti ministeriali, la legge delega “rafforza” il procedimento, prescrivendo in aggiunta – nell'evidente considerazione dell'importanza e delicatezza della materia – il parere delle competenti commissioni parlamentari.

1.2. Il procedimento di adozione delle linee guida e la struttura formale e sostanziale del decreto ministeriale

Lo schema di decreto si compone di due soli articoli, di cui il primo “approva” le linee guida che vengono riportate in due “allegati” al decreto, e uno dispone le abrogazioni.

In tal modo, sul piano formale, si ha un ibrido in cui il decreto ministeriale, ancorché nella sua stringatezza, ha la forma esteriore tipica di un regolamento, diviso in articoli, mentre le linee guida allegate hanno una struttura discorsiva.

Tale modulo sembra implicare una concezione del provvedimento ministeriale quale “approvazione-controllo” da parte del Ministro delle infrastrutture della volontà provvedimentale dell'ANAC.

Esso rende difficile percepire la natura vincolante delle linee guida.

L'ordinamento conosce ipotesi di atti regolamentari così strutturati, in specie quando l'approvazione ha ad oggetto atti di organizzazione di enti, come nel caso di statuti di enti pubblici o agenzie, vigilati dai Ministeri. In tali casi l'approvazione ministeriale ha la valenza di un controllo di un atto che resta proprio dell'ente vigilato.

Se si intendesse, nel caso delle linee guida in esame, l'approvazione ministeriale come atto di vigilanza su un atto che resta dell'ANAC, si arriverebbe a conseguenze incongruenti con la natura e funzione delle linee guida.

Invero, non si tratta di un atto organizzativo di un ente, ma di un atto che contiene regole generali e astratte dirette alla collettività, sia pure in un settore definito.

E inoltre il Ministro delle infrastrutture non esercita alcuna vigilanza sull'ANAC.

Ritiene questa Commissione che, affermata la natura giuridica regolamentare delle linee guida ministeriali, la veste formale esteriore deve essere congruente con tale natura, e che debba perciò esservi una fusione formale e sostanziale tra decreto ministeriale e linee guida.

A tale risultato si può pervenire attraverso una corretta esegesi della norma primaria fondante il potere di emanare tale tipologia di linee guida.

Occorre, invero, chiarire il significato e la portata della previsione dell'art. 111, comma 1, codice, secondo cui le linee guida sono “approvate” con decreto ministeriale, su “proposta” dell'ANAC, e “previo parere delle competenti commissioni parlamentari”, nonché “sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici”.

Tale impostazione è mutuata dai commi 5 e 12 della legge delega n. 11/2016. La legge delega ha facoltizzato il Governo a scegliere se esercitare la delega in due fasi (mediante recepimento delle direttive e successivo riordino dell'intera disciplina del settore), ovvero in una fase sola (mediante contestuale recepimento delle direttive e riordino).

Per il caso di prima opzione, l'art. 1, comma 5, legge delega, aveva previsto che *“sulla base del decreto di riordino sono, altresì, emanate linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere”*.

Per il caso di seconda opzione, l'art. 1, comma 12, legge delega, ha previsto che *“le linee guida di cui al comma 5 sono adottate sulla base dell'unico decreto legislativo”*.

Come è noto il Governo ha optato per la soluzione del contestuale recepimento e riordino.

La legge delega dunque autorizza il decreto delegato contenente recepimento delle direttive e riordino a prevedere “*linee guida di carattere generale*”, proposte dall’ANAC, approvate con d.m., sottoposte a parere preventivo delle commissioni parlamentari.

L’espressione “*linee guida di carattere generale*”, nella sua vaghezza, va interpretata in modo da avere un significato utile e coerente con il complesso dell’ordinamento giuridico.

L’aggettivo “generale” va riferito non al contenuto delle linee guida, ma alla loro forza e efficacia quale fonte del diritto, avente carattere di “generalità” e astrattezza.

Con l’istituto delle linee guida di carattere generale, il Parlamento ha inteso sostituire il previgente strumento del regolamento generale di esecuzione e attuazione del codice, prevedendo comunque uno strumento di natura regolamentare.

Che questa sia l’unica, plausibile esegesi, deriva dall’applicazione dei canoni dell’interpretazione letterale, logica, sistematica.

Sul piano letterale, viene predisposto un procedimento tipico degli atti normativi regolamentari, prevedendosi il decreto ministeriale e il parere delle commissioni parlamentari.

Sul piano logico:

- a) se l’espressione “*linee guida di carattere generale*” si riferisse ad uno strumento non vincolante, non avrebbe alcun senso prevedere un procedimento che coinvolge ben tre organi dello Stato, di cui due di rango costituzionale, posto che la stessa legge delega ha previsto anche le linee guida non vincolanti dell’ANAC;
- b) la norma delegante sarebbe inattuabile perché non si comprenderebbe quali sono l’oggetto, il contenuto, e l’obiettivo di “*linee guida di carattere generale*” non

meglio specificate, coesistenti con il potere dell'ANAC di emanare linee guida non vincolanti.

Sul piano sistematico, la legge delega ha previsto anche le linee guida dell'ANAC, sia vincolanti che non vincolanti, sicché le linee guida di carattere generale, di competenza ministeriale, sono evidentemente previste per obiettivi diversi da quelli perseguiti con le linee guida dell'ANAC.

E tale obiettivo diverso, quale si desume dalla “generalità” delle linee guida e dal procedimento previsto, non può che essere quello di apprestare uno strumento attuativo del codice, di tipo regolamentare, per quegli ambiti in cui il codice necessita di disposizioni di dettaglio, ma pur sempre destinate a innovare l'ordinamento con previsioni generali e astratte.

Occorre però interrogarsi sul perché il legislatore delegante non abbia ritenuto di utilizzare, per soddisfare tale obiettivo, il regolamento “classico”, scegliendo uno dei modelli già disponibili, apprestati dall'art. 17, l. n. 400/1988.

Sembra evidente, avuto riguardo a una interpretazione sistematica della legge delega, che il legislatore delegante, una volta fissati i canoni di semplificazione dell'ordinamento giuridico settoriale e dei procedimenti di gara, di riduzione dello stock delle regole, di accelerazione delle procedure, di rafforzamento della vigilanza dinamica, abbia anche voluto prevedere uno strumento attuativo del codice che coniugasse la natura regolamentare (stante la generalità e astrattezza delle regole) con la flessibilità dello strumento (in modo da addivenirsi sia ad una rapida adozione, sia da poterlo rapidamente modificare ove ciò si renda in futuro necessario).

Soccorre qui la memoria storica in relazione alla pregressa esperienza sia del regolamento n. 207/2010, recante esecuzione e attuazione del codice appalti n. 163/2006, sia del regolamento n. 554/999 recante esecuzione della “legge Merloni” n. 109/1994.

In entrambi i casi, i regolamenti, che avrebbero dovuto seguire rapidamente l'adozione della legge primaria, sono sopraggiunti a oltre quattro anni di distanza da essa.

Il procedimento di formazione e modifica del regolamento n. 207/2010, poi, era talmente complesso da far ritenere più veloce intervenire con legge primaria: ciò ha comportato che le modifiche del regolamento n. 207/2010 sono state fatte sempre con legge (*rectius*: decreto legge), anziché con il procedimento regolamentare.

Il legislatore delegante, avendo presente tale esperienza, ha inteso flessibilizzare il procedimento di formazione delle linee guida ministeriali.

Ha perciò previsto il potere di proposta in capo all'ANAC, quale Autorità preposta al settore dei contratti pubblici, e le cui funzioni, inizialmente concepite in termini essenzialmente di vigilanza, si sono accresciute, tra l'altro, della regolazione settoriale.

Il potere di proposta in capo all'Autorità con le maggiori competenze nel settore, è strumentale a una velocizzazione del procedimento, e sostituisce, all'evidenza, il diverso modulo, recato dall'art. 17, comma 2, l. n. 400/1988 e 5, d.lgs. n. 163/2006, che comprendeva la proposta del MIT, il concerto di altri Ministeri, il parere di ulteriori altri Ministeri, il parere del Consiglio di Stato e del Consiglio superiore dei lavori pubblici, la delibera del Consiglio dei Ministri, il d.P.R. come veste esteriore del regolamento.

In sintesi, la legge delega ha inteso prevedere un atto di natura regolamentare, con un procedimento parzialmente diverso rispetto a quello di formazione dei regolamenti previsti dall'art. 17, l. n. 400/1988.

Peraltro, il venir meno, nel nuovo modulo procedimentale, del concerto ministeriale, e della delibera del Consiglio dei Ministri, è compensata dall'espressa previsione dei pareri delle competenti commissioni parlamentari.

Quanto alla obbligatorietà del parere del Consiglio di Stato nel silenzio sia della legge delega che del codice n. 50/2016, si osserva quanto segue.

La giurisprudenza ritiene che l'art. 17 l. n. 400/1988 delinea l'iter di formazione dei regolamenti aventi la forma di decreti ministeriali o interministeriali, che deve sempre essere seguito quando la legge preveda il potere regolamentare ministeriale e nulla dica sul procedimento da seguire, ovvero non contenga una deroga espressa all'art. 17, l. n. 400/1988, sempre possibile perché l'art. 17 citato, legge ordinaria, può essere derogato da una legge ordinaria successiva; la portata dell'art. 17 l. n. 400/1988, di legge generale sul procedimento di formazione dei regolamenti, postula che per un diverso iter procedurale occorra una deroga espressa [Cass. sez. un., 27 gennaio 1994 n. 10124; Cons. St., IV, 15 febbraio 2001 n. 732].

L'art. 111 codice non contempla una espressa esclusione del parere del Consiglio di Stato, che costituisce un ordinario passaggio nel procedimento di formazione dei regolamenti.

A tanto si aggiunga che la funzione di consulenza giuridica è attribuita al Consiglio di Stato dall'art. 100 Cost. e declinata altresì dall'art. 17, comma 25, l. n. 127/1997 che contempla in termini generali l'obbligatorietà del parere del Consiglio di Stato sui regolamenti governativi e ministeriali, con un rinvio di tipo dinamico a ogni fonte normativa che tali regolamenti preveda, e sempre salva una deroga espressa.

In conclusione, la "flessibilità" delle linee guida, prevista dalla legge delega e declinata dal codice, assume un diverso significato con riguardo alle linee guida non vincolanti o vincolanti dell'ANAC, e alle linee guida ministeriali.

Nel caso di linee guida non vincolanti, la "flessibilità" si riferisce sia al procedimento di adozione, che agli effetti della regola.

Nel caso delle linee guida vincolanti ministeriali, la flessibilità attiene al procedimento di formazione, ma non anche alla natura ed effetti della regola posta

con tale procedimento, che resta una regola generale e astratta, e vincolante per i destinatari.

Nell'ambito di tale ricostruzione sistematica è possibile cogliere il significato delle espressioni adoperate sia dall'art. 1, commi 5 e 12, legge delega, sia dall'art. 111 codice, laddove si fa riferimento alla "proposta" dell'ANAC, "approvata" dal MIT. La "proposta" dell'ANAC non differisce dalla "proposta del Ministro competente" che ordinariamente costituisce l'atto di iniziativa del procedimento di formazione del regolamento.

Si tratta di una iniziativa qualificata, che predetermina il contenuto dell'atto: in ciò differisce la "proposta" da una iniziativa di altro tipo (istanza).

E tale natura della "proposta" dell'ANAC implica anche che, in concreto, vi sono nel procedimento due proposte: quella preliminare, con cui si avvia il procedimento, e quella "definitiva", se del caso modificata dopo i pareri del Consiglio di Stato e delle commissioni parlamentari, esattamente come accade in relazione alla proposta ministeriale nel procedimento dell'art. 17, comma 2, l. n. 400/1988.

Ciò non toglie che la proposta debba essere infine "approvata" dal Ministro, e che tale approvazione sia non un atto di mero controllo/vigilanza, che non si addice alla natura del procedimento regolamentare quando è volto a imporre regole generali e astratte rivolte alla collettività.

L'approvazione è invece l'atto con cui il Ministro delle infrastrutture fa propria la proposta, con un potere di decisione che può implicare anche la modifica della proposta medesima. L'approvazione ministeriale sostituisce, rispetto al modulo "classico", dell'art. 17, comma 2, l. n. 400/1988, la delibera del Consiglio dei Ministri.

Come nello schema classico di regolamento ex art. 17, l. n. 400/1998, la proposta ministeriale, approvata con delibera del Consiglio dei Ministri, si fonde con essa in

un unico atto formale, così nel modulo dell'art. 111 codice, la “proposta” dell'ANAC e l'”approvazione” ministeriale non restano, per così dire “separate in casa”, con un decreto ministeriale da una parte, e le linee guida allegate dall'altra, ma si devono fondere in un unico atto, avente la veste formale di decreto ministeriale, nel cui preambolo verrà menzionata la proposta dell'ANAC quale atto dell'iter procedimentale di formazione del regolamento.

Tale diversa veste formale si impone anche per ragioni “sostanziali”, in quanto, essendo tali linee guida “vincolanti”, tale coerenza deve essere resa anche graficamente immediatamente percepibile alla generalità degli operatori, in ossequio al dovere pubblico di lealtà e chiarezza dei governanti nei confronti dei governati.

Pertanto il decreto ministeriale dovrà essere così strutturato, secondo una scansione formale che riflette anche la scansione logico-cronologica dell'iter procedimentale imposto dalla legge:

"Il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti

Visto l'articolo 1, comma 5 e comma 12, della legge delega n. 11 del 2016;

Visto il codice dei contratti pubblici (...)

Visto l'articolo 111, comma 1, del predetto codice (...)

Visto l'articolo 111, comma 2, secondo periodo, del predetto codice (...)

Visto l'articolo 216, comma 17 (...)

Visto l'articolo 217, comma 1, lettera u) (...)

Vista la iniziale proposta dell'ANAC in data (...)

Acquisito il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici reso il (...)

Udito il parere del Consiglio di Stato reso il (...)

Acquisito il parere delle competenti commissioni parlamentari di Camera e Senato resi il (...)

Su proposta definitiva dell'ANAC in data (...)

Adotta il seguente regolamento”

Segue l'articolato diviso in due Titoli rispettivamente per il direttore dei lavori e il direttore dell'esecuzione, eventualmente articolati in Capi.

La Commissione ritiene in conclusione, che le linee guida debbano essere incorporate nel d.m. e non solo allegate ad esso, e essere trasformate in articolato.

1.3. Tecnica di redazione delle linee guida di natura regolamentare

La natura regolamentare delle linee guida oggetto del presente parere ha implicazioni in ordine alla tecnica di redazione di esse.

Il compito di tali linee guida è di fornire disposizioni vincolanti che costituiscano al contempo indicazioni chiare per gli operatori.

Al contrario, le presenti linee guida sono redatte in forma discorsiva ed appaiono non di rado prolisse, dispersive, ripetitive di precetti primari.

Ne occorre pertanto una riformulazione in veste di articolato, con maggiore sinteticità.

1.4. Ripetizioni di norme primarie

La natura regolamentare delle linee guida in esame comporta che esse non possono essere meramente ripetitive di disposizioni già contenute nel codice, perché tale ripetizione, oltre ad essere superflua e contraria ai principi in tema di rapporti tra fonte primaria e fonte regolamentare, si pone anche in diretto contrasto con l'ambito assegnato dall'art. 111 alla fonte secondaria, nonché con la stessa legge delega.

Anzitutto, la clonazione di una norma primaria in una fonte di rango secondario è contraria ai canoni di semplificazione, riduzione dello stock normativo, certezza del diritto, che costituiscono principi portanti della legge delega n. 11/2016, espressamente enunciati come «*drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti e un più elevato livello di certezza*

del diritto», e di «*semplificazione e riordino del quadro normativo vigente*» (art. 1, comma 1, lett. d) ed e).

In secondo luogo, la duplicazione di fonti normative a differenti livelli di gerarchia rende caotico il quadro regolatorio complessivo e ne rende quindi difficoltosa la ricostruzione da parte degli operatori del settore e degli interpreti.

In terzo luogo, potrebbe essere vanificata l'abrogazione della norma primaria disposta da successivi interventi legislativi sul codice (peraltro frequenti, come l'esperienza del previgente codice di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, insegna), se questi non dispongano contestualmente l'abrogazione della corrispondente linea guida.

Da ultimo, ma non per ordine di importanza, l'eventuale non pedissequa riproduzione della norma primaria da parte delle linee guida nella migliore delle ipotesi potrebbe ingenerare negli interpreti e operatori di settore incertezze nella ricostruzione del quadro regolatorio della materia; per contro, nei casi in cui l'antinomia non sia superabile sul piano interpretativo, i contrasti venutisi a determinare tra i due livelli regolatori potrebbe determinare l'illegittimità della fonte subordinata, vale a dire delle linee guida in esame.

Si segnaleranno le disposizioni che costituiscono duplicazione della fonte primaria e di cui si chiede l'espunzione, che potrà, se del caso, essere accompagnata da un mero richiamo dell'articolo del codice a cui si intende dare attuazione, quando ciò si renda necessario per una migliore comprensione delle linee guida.

Inoltre, ove l'Amministrazione avverta l'esigenza di fornire alle stazioni appaltanti e agli operatori "istruzioni per l'uso", in cui vengono riordinati tutti gli atti del direttore dei lavori, senza distinzione tra fonte primaria e secondaria, tanto potrà essere fatto con un atto di tipo divulgativo-informativo, che non segue l'iter procedimentale proprio del decreto ministeriale, e che è privo di valenza giuridica.

1.5. Reiterazioni e duplicazioni di prescrizioni di rango secondario

A fini di chiarezza e pulizia del testo vanno eliminate reiterazioni e duplicazioni di previsioni identiche, inserite in differenti paragrafi delle linee guida, e che verranno di volta in volta segnalate.

1.6. Le abrogazioni

L'art. 216, comma 17, codice, dispone che *“Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'articolo 111, comma 1, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo IX, capi I e II, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207”*.

Le disposizioni lasciate transitoriamente in vita sono quelle di cui agli artt. da 178 a 210, mentre gli artt. da 211 a 214, d.P.R. n. 207/2010, che pure riguardano la contabilità, sono già stati espressamente abrogati, con effetto dalla data di entrata in vigore del codice, dall'art. 217, comma 1, lett. u). Essi sono infatti contenuti nella Parte II, titolo IX, capo III, espressamente annoverato tra le abrogazioni espresse.

A sua volta l'art. 217, comma 1, lett. u), codice impone agli atti attuativi di operare la ricognizione delle disposizioni regolamentari da essi sostituite, e che vengono abrogate dalla data di entrata in vigore degli atti attuativi.

L'art. 2 dello schema di d.m. che approva le linee guida, non abroga tutti i citati articoli da 178 a 210. Lascia in vita gli artt. 178, 179, 196, 197, 198, e da 203 a 209. Inoltre non abroga gli allegati o parti di allegati di cui al d.P.R. n. 207/2010 richiamati in tali articoli (v. in particolare allegato F).

Ora, posto che all'esito dell'adozione di tutti gli atti attuativi non dovranno restare in vita articoli o allegati del d.P.R. n. 207/2010, va chiarito perché vengono lasciati in vita i suddetti articoli e allegati.

1.7. L'AIR e il suo ruolo

Le Linee guida in esame hanno ad oggetto una figura cruciale per il buon esito dei contratti pubblici, il direttore dei lavori/dell'esecuzione, i cui compiti e la cui interlocuzione vanno delineati con chiarezza e rigore.

Al contempo la prassi pregressa ha evidenziato che le pratiche corruttive nei pubblici appalti trovano un terreno di elezione nella fase di esecuzione, mediante "relazioni pericolose" tra direttore dei lavori ed esecutore.

Per prevenire il perpetuarsi di prassi scorrette e illecite occorre conoscere in modo adeguato il fenomeno e individuare i pertinenti anticorpi normativi.

Anche per tale ordine di ragioni questo Consiglio di Stato, nell'adunanza del 14 settembre 2016, ha ritenuto necessaria una AIR redatta da parte del competente Ministero, in aggiunta alla relazione dell'Autorità proponente.

L'AIR, che ha a suo fondamento il principio del "conoscere per decidere", non può limitarsi né alla enunciazione di obiettivi già indicati nella normativa di primo livello (come: "...definire con maggior dettaglio le attività di competenza del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione"); né all'indicazione di scopi che sono una palese conseguenza all'attività stessa (qui: "...consiste nel fornire alle stazioni appaltanti un quadro chiaro delle competenze"); né alle considerazioni dell'autorità che procede sulle osservazioni - per loro natura interessate - degli *stakeholders*.

Secondo quanto dispone l'art. 5, d.P.C.M. 11.9.2008 n. 170 (regolamento relativo all'AIR), l'analisi di impatto comprende la consultazione degli *stakeholders*, ma non si identifica con questa, dovendo anche essere "preceduta da un'adeguata istruttoria, comprensiva delle fasi di consultazione, anche telematica, delle principali categorie di soggetti pubblici e privati destinatari diretti e indiretti della proposta di regolamentazione".

La consultazione è dunque una parte, non esaustiva, di una più articolata istruttoria, che "si svolge, in particolare, in conformità ai seguenti criteri:

a) *proporzionalità;*

b) *flessibilità dei metodi di rilevazione dei dati;*

c) trasparenza delle procedure e degli atti, finalizzata alla più ampia partecipazione dei soggetti pubblici e dei soggetti privati coinvolti nell'iniziativa regolatoria, pur tenendo conto della portata del provvedimento e delle esigenze di speditezza connesse al processo di produzione legislativa”.

E secondo l'art. 6, comma 2, del citato d.P.C.M., la relazione AIR indica, tra l'altro:

a) la sequenza logica delle informazioni raccolte e organizzate dall'amministrazione competente all'iniziativa normativa;

b) i risultati dell'analisi svolta e la giustificazione della scelta compiuta.

Aggiunge l'art. 6, comma 4, del citato d.P.C.M. che *“In ogni caso, la relazione AIR deve indicare con chiarezza le fonti da cui sono tratti i dati utilizzati per l'analisi”.*

Pertanto l'AIR deve descrivere il fenomeno oggetto di intervento normativo, indicando le criticità rilevate nella precedente disciplina e fornendo dati il più possibile oggettivi (dati numerici, statistiche, studi).

L'analisi di impatto, proprio in quanto “analisi”, non può essere fondata su soggettivi giudizi di valore ma essere ancorata a dati numerici e quantitativi.

L'AIR pervenuta non fornisce gli elementi di conoscenza indispensabili per la comprensione del fenomeno oggetto di regolamentazione e per la conseguente individuazione delle norme appropriate.

Nel caso specifico l'analisi avrebbe potuto essere condotta mediante:

- un esame della copiosa giurisprudenza contabile in tema di danno erariale arrecato dal direttore dei lavori/dell'esecuzione;
- l'acquisizione di dati statistici sui procedimenti contabili e penali che coinvolgono il direttore dei lavori/dell'esecuzione;
- una indagine sui principali comportamenti patologici in fase esecutiva da parte del direttore dei lavori/dell'esecuzione;
- un esame della giurisprudenza penale e arbitrale sul direttore dei lavori/dell'esecuzione.

Appare anche generica la Sezione 6 dell’AIR, in cui, a proposito della incidenza dell’intervento sul corretto funzionamento del mercato concorrenziale e sulla competitività del Paese si afferma che “...*L'intervento regolatorio, avendo come obiettivo l'efficientamento dei controlli e la maggiore trasparenza e semplificazione nella fase dell'esecuzione affidata alle imprese, e chiarendo i rapporti tra imprese esecutrici e committenti, contribuisce a un migliore funzionamento del mercato e, tramite la prevedibile diminuzione del contenzioso, aumenta la competitività del settore. ...*”.

Non si spiega con quali norme, in particolare, tali finalità sono perseguite in concreto; non si dà alcuna reale indicazione relativa alla diminuzione attesa dei fattori negativi e dei costi ingiustificati.

Questo Consiglio in più circostanze ha riscontrato l’inadeguatezza dell’AIR, proprio nella parte relativa alla indicazione dei dati del fenomeno da regolare, che costituisce la premessa indispensabile per la concreta valutazione dell’impatto atteso della regolazione interessata.

Si invita pertanto l’Amministrazione a non sottovalutare il ruolo dell’AIR e a non reputarla un adempimento meramente formale da assolvere con l’utilizzo di formule generiche e buone a tutti gli usi. La lacunosità dell’AIR potrà, in futuro, condizionare negativamente il parere di questo Consesso.

1.8. Le definizioni e la terminologia delle due figure

Nel codice previgente il “direttore dell’esecuzione del contratto” era figura onnicomprensiva che includeva il direttore dei lavori e il direttore dell’esecuzione di contratti di servizi e forniture (art. 119 d.lgs. n. 163/2006).

Nel codice del 2016 il direttore dell’esecuzione del contratto è figura distinta dal direttore dei lavori (artt. 101 e 111) e si riferisce evidentemente ai contratti di servizi e forniture (art. 111, comma 2).

Sembra peraltro corretto mantenere la terminologia previgente, ossia il direttore dell'esecuzione del contratto come *genus* che comprende il direttore dei lavori e il direttore dell'esecuzione di servizi o forniture.

Pertanto si suggerisce, che l'intestazione del capo concernente le linee guida relative al direttore dell'esecuzione sia modificato sostituendo le parole "Il Direttore dell'Esecuzione" con le parole "Il direttore dell'esecuzione dei contratti relativi a servizi o forniture".

1.9. Drafting

In termini generali il linguaggio deve essere il più possibile omogeneo, l'uso delle lettere maiuscole deve essere limitato allo stretto necessario secondo la grammatica italiana, dovranno usarsi le iniziali minuscole e non maiuscole per le parole "codice", "direttore dei lavori", "direttore dell'esecuzione".

2. Linee guida relative al direttore dei lavori

2.1. Condizioni

La Commissione formula le seguenti condizioni, al rispetto delle quali è subordinato il proprio parere favorevole sulle linee guida relative al direttore dei lavori.

2.1.a) Disposizioni ripetitive di norme del codice

Come già evidenziato nelle considerazioni generali di questo parere, occorre emendare il testo da ripetizioni della normativa primaria contenuta nel codice o in altre leggi.

Si indicano di seguito in modo riassuntivo quali sono i paragrafi, o subparagrafi o periodi che vanno espunti perché meramente ripetitivi, e che saranno più in dettaglio indicati in sede di esame analitico delle linee guida:

1.1;

1.2;

1.3;

2.2;

3.1;

3.1.1 primo periodo quanto alla frase “*affinché i lavori siano eseguiti a regola d’arte e in conformità al progetto e al contratto*”;

3.3;

4.1.2;

5.1 ultimo periodo;

5.3;

7.1.4;

7.2.1;

7.2.4 lett. a);

7.3.1.1, primo periodo;

7.4.1, primo periodo, prima parte del secondo periodo, terzo e quarto periodo;

7.4.2, primo periodo, secondo periodo, quarto periodo;

7.4.2.1.

2.1.b) Disposizioni in contrasto con il codice

Ulteriore condizione del parere favorevole della Commissione è la rimozione o la modificazione delle previsioni che sono non conformi alle disposizioni del codice, e che pertanto potrebbero essere ritenute nelle competenti sedi illegittime per violazione di legge.

Si elencano di seguito le disposizioni che la Commissione ritiene in contrasto con il codice rinviando alle osservazioni puntuali per la relativa motivazione:

- il paragrafo 3.1.1, lett. a), demanda al direttore dei lavori anziché al RUP di stabilire la periodicità dei rapporti;

- il paragrafo 4.3, in assenza di norma primaria, fissa il termine di trenta giorni dall'ultimazione dei lavori per il rilascio del certificato di regolare esecuzione dei lavori, e individua in modo oscuro i presupposti della proroga del termine;
- il paragrafo 5.2 contrasta con l'art. 101, comma 2, codice;
- il paragrafo 7.2.2, lett. d), contrasta con l'art. 105, comma 14, codice;
- il paragrafo 7.2.4, lett. g), contrasta con l'art. 205 comma 3, codice;
- il paragrafo 7.4.2.1, non solo riproduce l'art. 107, comma 2, codice, ma contrasta con esso, allargandone l'ambito applicativo;
- il paragrafo 9.3, va modificato in coerenza con gli obiettivi fissati dall'art. 111, comma 1, codice.

2.1.c) Formulazione delle linee guida mediante articolato

Richiamata la qualificazione delle linee guida come regolamento ministeriale espressa nelle considerazioni generali, esse vanno strutturate come un articolato e non come una formulazione discorsiva per paragrafi, per giunta caratterizzati molto spesso da notevole lunghezza, ripetizioni di norme, assenza di un ordine compiuto, disorganicità.

La Commissione è consapevole che la scelta adottata nello schema in esame esprime il cambio di impostazione rispetto al regime previgente. Cambio di impostazione ispirato dai criteri direttivi sanciti nella sopra citata legge-delega n. 11/2016 e incentrato sull'abbandono modello di un codice corredato dal regolamento esecutivo e attuativo, archetipo, quest'ultimo, di una «*iper-regolazione didettagli*» (parere di questo Consiglio di Stato sul codice dei contratti pubblici, 11 aprile 2016, n. 855; § II.f.2) che in sede di recepimento delle direttive europee in materia di contratti pubblici si è inteso superare, in favore di «*strumenti di regolamentazione flessibile*» demandati all'Autorità di settore (art. 1, comma 1, lett. t), della legge-delega n. 11/2006).

Occorre tuttavia evidenziare che nel parere da ultimo menzionato questo Consiglio aveva sottolineato che ai fini di una compiuta ed effettiva realizzazione degli obiettivi di riordino, razionalizzazione e semplificazione normativa, parimenti imposti dalla citata legge-delega, è cruciale la qualità della regolazione (better regulation).

Questa è da intendersi «*in senso formale e sostanziale, in chiave di semplificazione, chiarezza, coerenza e certezza delle regole, in funzione di corretta amministrazione e prevenzione del contenzioso*», ovvero non solo e non tanto come «*"qualità formale" dei testi normativi (che devono essere chiari, intelleggibili, accessibili)*», ma soprattutto «*come "qualità sostanziale delle regole"*» (parere citato, § II.e.1).

Deve quindi soggiungersi che le considerazioni ora richiamate, seppur relative ad un *corpus* normativo organico e di notevoli dimensioni quale il codice dei contratti pubblici, si addicono anche agli atti attuativi di quest'ultimo.

E ciò, innanzitutto, al fine di non vanificare gli obiettivi fissati a livello primario. Inoltre, alla luce del numero di tali atti sub-primari e dell'importanza delle materie che essi sono destinati a disciplinare, tale da rendere questi ultimi una parte fondamentale del nuovo assetto normativo.

La direzione dei lavori pubblici che le linee guida in esame si prefiggono di disciplinare costituisce un aspetto delicato e importante della materia dei contratti della pubblica amministrazione.

La direzione dei lavori nei contratti pubblici si pone infatti al crocevia di molteplici obiettivi fissati a livello normativo primario con riguardo alla fase di esecuzione dei contratti: dall'efficienza e dall'efficacia nell'impiego delle risorse finanziarie pubbliche, alla qualità e fruibilità collettiva delle opere, ed inoltre al contrasto al fenomeni corruttivi e collusivi.

A questo specifico riguardo, è utile richiamare i principi e criteri direttivi enunciati dalla legge-delega n. 11/2016 rilevanti in questa materia.

La cornice normativa nella quale si collocano le linee guida in esame ha in particolare demandato al legislatore delegato – e quest’ultimo alla regolazione attuativa – di introdurre «*misure volte a contenere il ricorso a variazioni progettuali in corso d’opera*» (art. 1, comma 1, lett. ee); di conseguire un «*rafforzamento delle funzioni di organizzazione, di gestione e di controllo della stazione appaltante sull’esecuzione delle prestazioni, attraverso verifiche effettive e non meramente documentali, con particolare riguardo ai poteri di verifica e intervento del responsabile del procedimento, del direttore dei lavori nei contratti di lavori*» (lett. ll).

In ragione di tutto quanto sinora rilevato, la Commissione reputa pertanto necessario che dal punto di vista della “migliore qualità della regolazione” le linee guida assumano la veste formale di un articolato, recante i titoli dei paragrafi/articoli; e quindi precetti espressi in modo chiaro, compiuto, disposti secondo un ordine razionale e in un quadro complessivamente rispondente a canoni di organicità.

2.2. La rilevanza dell’AIR

Richiamate le considerazioni generali del presente parere in tema di AIR - deve ribadirsi che non può essere ritenuto sufficiente il documento predisposto dal Ministero e dall’ANAC successivamente alla richiesta interlocutoria di questa Commissione, anche in relazione alla funzione primaria delle linee guida, di «*promozione dell’efficienza*» e «*sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche*» (art. 1, comma 1, lett. t), l. n. 11/2016).

2.3. Profili formali

Sul piano strettamente formale si pone in rilievo l’esigenza di impiegare una terminologia omogenea (ad es. «*esecutore*» ogniqualvolta ci si riferisce al contraente privato); di limitare allo stretto indispensabile l’impiego di maiuscole, secondo un

registro di stampo burocratico; e di formulare meglio i richiami a fonti normative diverse evitando abbreviazioni (del tipo: «art.», «c.c.» ecc.).

3. Rilievi sulle singole disposizioni delle linee guida relative al direttore dei lavori

Poste quindi queste premesse di inquadramento generale, si procede ad illustrare i singoli rilievi sui paragrafi in cui si articolano le linee guida.

Si seguirà la complessa paragrafazione e subparagrafazione delle linee guida e pertanto numeri romani e titoli in corsivo di seguito indicati si riferiscono alle linee guida.

1) Ambito di applicazione

Nel delineare l'ambito oggettivo delle linee guida il paragrafo in esame si autoassegna un compito che spetta innanzitutto, sul piano generale e astratto, al legislatore primario, e quindi, con riguardo al singolo caso di specie, a chi applica le regole. Si suggerisce pertanto di espungere il paragrafo in questione.

Il medesimo paragrafo appare inoltre collocarsi al di fuori del fondamento normativo del presente intervento.

A tale ultimo riguardo, giova sottolineare che l'art. 111, comma 1, codice attribuisce alle linee guida in esame il compito di individuare «*le modalità e, se del caso, la tipologia di atti*» attraverso i quali il direttore dei lavori svolge la sua funzione di «*controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione*» (art. 101, comma 3, del codice). Quali siano poi le tipologie di contratti pubblici (non solo riconducibili allo schema dell'appalto) per i quali deve essere individuata dalle stazioni appaltanti la figura del direttore dei lavori ai sensi dell'art. 101 poc'anzi citato, e quelli per i quali è prevista una figura avente caratteristiche diverse da quelle oggetto del presente intervento regolatorio (come nel caso degli appalti nel settore dei beni culturali), è direttamente il codice a stabilirlo, per cui non si avverte la necessità di dettare un'apposita norma nelle linee guida in esame.

Da ultimo, sembra utile ricordare che lo strumento delle norme interpretative – quanto meno a livello primario - origina necessariamente da pregresse incertezze sulla ricostruzione, che la norma (con effetto retroattivo) intenda quindi superare. Nel caso di specie tuttavia non constano esigenze di questo tenore, mente vanno evitati rischi di “eterogenesi dei fini”, ovvero di ingenerare dubbi proprio mediante norme del tipo di quella in esame.

II) Profili generali

1) Nomina del direttore dei lavori e costituzione dell'ufficio di direzione dei lavori

Come già più volte chiarito, la Commissione ritiene opportuno eliminare dal paragrafo in esame le disposizioni ripetitive o sostanzialmente riproduttive di norme già contenute nel codice, per le ragioni già più volte esposte nel presente parere.

Il paragrafo 1.1 costituisce nella sostanza una sorta di combinato disposto degli artt. 24 e 101, comma 2, salvo alcune variabili lessicali suscettibili di ingenerare dubbi esegetici, come quella secondo cui le stazioni appaltanti «*nominano*» e non già «*individuano*» un direttore dei lavori, o quella in cui si prevede che i direttori sono nominati tra «*il personale tecnico appartenente ad altre stazioni appaltanti*» (lett. c), laddove la lett. c) dell'art. 24, comma 1, codice prevede che per l'incarico di direttore dei lavori possa farsi ricorso «*agli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge*». Inoltre è del tutto superfluo il mero richiamo degli artt. 31, comma 8 e 24, comma 5, codice, relativi all'affidamento dell'incarico a soggetti esterni.

Pertanto il paragrafo 1.1 va espunto.

Sul punto va peraltro sottolineato che le linee guida pongono su un rapporto di piena alternatività l'affidamento dell'incarico di direttore dei lavori a soggetti interni all'amministrazione o esterni, laddove sarebbe opportuno prevedere il

ricorso al mercato solo in caso di comprovata mancanza in organico di adeguate professionalità.

Invero, nemmeno nel codice è prevista la preferenza per l'individuazione/nomina di un direttore dei lavori interno all'amministrazione, laddove il previgente art. 130 d.lgs. n. 163/2006 prevedeva espressamente tale preferenza, ribadita dalla giurisprudenza [Tar Campania – Napoli, II, 3.1.2012 n. 6; Tar Lazio – Roma, II, 25.7.2011 n. 6680; Tar Lazio – Roma, II-bis, 10.9.2010 n. 32214; Tar Calabria, II, 9.4.2008, n. 358; Tar Campania – Salerno, I, 14.2.2008 n. 201].

La Commissione segnala pertanto l'opportunità di correzioni della normativa primaria al Presidente del Consiglio dei Ministri, mediante trasmissione del presente parere ai sensi dell'art. 58, regio decreto 21 aprile 1942, n. 444.

Nelle more di una auspicabile correzione, l'ANAC potrebbe, con linee guida di carattere non vincolante, raccomandare alle stazioni appaltanti prassi virtuose nel senso di affidare incarichi esterni solo come *extrema ratio*, in mancanza di professionalità interne adeguate.

Resta invece fermo che nel silenzio del vigente quadro normativo primario, la natura subordinata della fonte regolamentare in esame, non consente di introdurre in via regolamentare-precettiva un ordine di priorità non previsto dalla legge.

Il paragrafo 1.2 è anch'esso sostanzialmente riproduttivo dell'art. 101, commi 2 e 3, codice e va espunto.

Il paragrafo 1.3 è ripetitivo dell'art. 101, comma 3, lett. d), codice e va espunto.

Inoltre, il richiamo al testo unico sulla salute e sicurezza sul lavoro di cui al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, è limitato ai requisiti necessari affinché il direttore dei lavori possa svolgere anche le funzioni di coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori.

Si rileva sul punto che:

- a) nei contratti pubblici la qualifica di «*responsabile dei lavori*» in base al testo unico ora richiamato spetta al responsabile del procedimento (art. 89, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 81/2008; con scelta confermata dalle linee guida su tale figura, ai sensi dell'art. 31, comma 5, codice);
- b) l'art. 101, codice prevede che il responsabile si avvale, tra gli altri, del direttore dei lavori e del coordinatore della sicurezza durante l'esecuzione; il comma 6 della medesima disposizione richiama l'art. 92, comma 1, d.lgs. n. 81/2008, recante l'elenco dei poteri spettanti a quest'ultima figura (in linea con il previgente art. 151 d.P.R. n. 207/2010);
- c) altre norme di rilievo nel codice sono: l'art. 30, comma 3, secondo cui gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia di lavoro sanciti dalla normativa nazionale e internazionale; e l'art. 31, comma 12, in forza del quale il RUP e il direttore dei lavori possono effettuare controlli a sorpresa finalizzati tra l'altro a verificare il rispetto delle «*misure (...) di tutela della salute umana impartite dagli enti e dagli organismi competenti*»;
- d) nel regime previgente il coordinamento tra legislazione a tutela della sicurezza sul lavoro e appalti pubblici di lavori era meglio chiarito, in particolare attraverso l'art. 131 d.lgs. n. 163/2006, relativo ai documenti di sicurezza sul cantiere previsti dal testo unico n. 81/2008 ed in particolare al termine entro il quale questi dovevano essere presentati dall'esecutore; quindi, il citato art. 151 del regolamento di attuazione assicurava, attraverso il direttore dei lavori, il rispetto di tale termine;
- e) per contro, sul punto, nella linee guida sui compiti del RUP si prevede che quest'ultimo tenga conto di eventuali proposte in materia dell'esecutore (paragrafo 2.2.1.f), senza la previsione di un termine;
- f) la Commissione segnala che pertanto occorre una migliore definizione di ruoli, funzioni e poteri, oltre che di norme in grado di rendere coercibili gli obblighi dell'esecutore;

g) si evidenzia in particolare che una maggiore chiarezza è quanto mai opportuna in considerazione della delicatezza della materia e che per quanto riguarda il direttore dei lavori le presenti linee guida costituiscono la sede propria, in quanto deputate *ex art. 111, comma 1, codice* a definire «*le modalità e, se del caso, la tipologia di atti*» attraverso i quali il direttore dei lavori svolge la sua funzione di controllo sull'esecuzione del contratto;

h) da ultimo, si segnala che il citato art. 151 d.P.R. n. 207/2010 prevedeva che i provvedimenti di segnalazione alla committenza o al responsabile dei lavori *ex art. 89 d.lgs. n. 81/2008* di inosservanze da parte dell'esecutore agli obblighi in materia di sicurezza sul lavoro previsti dalla legge o dal piano di sicurezza e coordinamento venissero comunicati all'Autorità di vigilanza del settore (oggi l'ANAC), mentre un'analogha previsione non è presente nelle linee guida in esame; sul punto la Commissione ritiene preferibile non ridurre le garanzie di sicurezza che tali previsione intendevano perseguire e introdurre una previsione analoga nel nuovo regime (valutino poi il Ministero o l'ANAC se la sede più indicata è la presente o le linee guida sul RUP).

Sotto un distinto profilo, la lett. b) del paragrafo in esame pone ancora una volta un'alternativa piena tra coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori interno alla stazione appaltante ed esterno incaricato *ex art. 31, comma 8, codice*. Si ribadisce pertanto quanto osservato a proposito del direttore dei lavori.

2) *Incompatibilità*

La Commissione osserva in primo luogo che le incompatibilità con la funzione di direttore dei lavori sono già disciplinate da disposizioni di rango primario contenute nel codice. La presente sede regolamentare non appare quella appropriata per dettare norme limitative di *status*, se non nei limiti di una mera chiarificazione o specificazione delle prime.

A questo specifico riguardo:

- il paragrafo 2.1 può ritenersi conforme all'esigenza da ultimo segnalato limitatamente alle norme contenute nelle lett. a) e b);
- quest'ultima lettera andrebbe tuttavia meglio riformulata, laddove:
 - a) dapprima obbliga il direttore dei lavori a segnalare «*eventuali rapporti*» con l'aggiudicatario, mentre i rapporti che rilevano sono solo quelli "reali", effettivamente instaurati o instaurandi;
 - b) demanda quindi alla stazione appaltante di effettuare una «*valutazione discrezionale sulla sostanziale incidenza di detti rapporti sull'incarico da svolgere*», laddove è evidente che la valutazione è discrezionale, mentre dall'altro lato non è invece chiaro cosa si intenda per incidenza "sostanziale" e quali ricadute pratiche derivino dall'impiego di questo aggettivo;
- non è del pari chiara la portata della lett. c), a mente della quale il divieto per il direttore dei lavori di accettare incarichi professionali dall'aggiudicatario o dall'esecutore e l'obbligo dello stesso di segnalare l'esistenza di situazioni di possibile conflitto di interessi «*devono essere previste nei bandi di gara*» per l'affidamento dell'incarico di direzione lavori «*ai fini dell'assunzione del relativo impegno contrattuale*»;
- la previsione sembra superflua – o comunque non ne è chiara l'utilità - perché i divieti e obblighi in questione sono applicabili *erga omnes*, in quanto stabiliti dall'art. 42, codice;
- verosimilmente (la congettura ora formulata conferma la necessità di effettuare adeguate analisi tecnico-normative) la norma in esame sembra finalizzata a rendere cogenti le disposizioni contenute nella norma primaria, laddove per il direttore dei lavori "interno" al comma 3 del citato art. 42, codice sono previste specifiche ipotesi di responsabilità;
- nondimeno, la Commissione osserva che la violazione di un obbligo di legge è già di per sé rilevante sul piano del rapporto contrattuale e della sua corretta attuazione (cfr. l'art. 1374 cod. civ.), per cui reputa che il mantenimento di questa

linea guida debba quanto meno essere fondato su una valutazione adeguata e motivata in sede di relazione finale all'articolato.

Il paragrafo 2.2 è ripetitivo dell'art. 26, comma 7, codice, da esso richiamato, e pertanto va espunto dal testo delle linee guida.

3) Rapporti con altre figure

Sarebbe preferibile riformulare il paragrafo in questione, per la *congerie* disorganica di disposizioni, l'illegittimità e l'assenza di copertura normativa e di utilità pratica di molte delle norme in esso contenute, come di seguito si espone.

Il paragrafo 3.1 contiene una norma definitoria delle funzioni del RUP, che esula dall'ambito assegnato dall'art. 111, comma 1, codice alle linee guida sul direttore dei lavori.

Sono infatti previste apposite e separate linee guida sui compiti del RUP (art. 31, comma 5).

D'altro canto, questo Consiglio, in sede di parere sullo schema di codice, aveva segnalato il rischio di reciproche sovrapposizioni tra diverse linee guida, e proprio con riguardo a RUP e direttore dei lavori, aveva auspicato che la disciplina di dettaglio fosse contenuta in un unico attuativo e che i relativi compiti fossero reciprocamente coordinati e definiti (paragrafo II.f.3 di quel parere). Come si vedrà anche in altri punti di questo parere, vi sono in concreto sovrapposizioni tra le due tipologie di linee guida, o inesatte definizioni dei rispettivi ambiti applicativi, che suscitano non pochi problemi pratici.

In ogni caso, il paragrafo 3.1 è riproduttivo dell'art. 101, comma 1, codice medesimo e quindi va espunto.

Il paragrafo 3.1.1, primo periodo, introduce la nozione di «disposizioni di servizio» rivolte dal RUP al direttore dei lavori e che questo è tenuto a rispettare; non ne sono tuttavia disciplinati i contenuti e la portata, come invece in precedenza ad opera dell'art. 152 d.P.R. n. 207/2010.

E' questa la sede appropriata per chiarire la differenza tra “disposizioni di servizio”, impartite dal RUP al direttore dei lavori, e “ordini di servizio” impartiti dal direttore dei lavori ovvero dal RUP all'esecutore (v. previgente art. 152, comma 3, d.P.R. n. 207/2010), adeguando anche la terminologia nel paragrafo 4.1.

Per il resto il primo periodo del paragrafo 3.1.1 riproduce l'art. 101, comma 3, codice, in particolare nella parte in cui afferma “*affinché i lavori siano eseguiti a regola d'arte e in conformità al progetto e al contratto*”, e tale inciso va espunto.

Il paragrafo 3.1.1, lett. a) contiene una previsione che affida allo stesso direttore dei lavori di stabilire la periodicità con cui riferire al RUP sulle attività di cantiere e l'andamento dei lavori; l'art. 152, comma 1, d.P.R. n. 207/2010 affidava invece allo stesso RUP di fissare la periodicità dei rapporti. La Commissione ne segnala l'illegittimità, per contrasto con la funzione di direzione dell'esecuzione dei lavori assegnata a questa figura dall'art. 101, comma 1, codice. Occorre pertanto emendare la previsione stabilendo che la periodicità del rapporto è definita dal RUP.

Il paragrafo 3.1.1, lett. b), relativo alle modifiche e varianti, è sostanzialmente ripetitivo del successivo paragrafo 7.3.1.2.

Il paragrafo 3.1.1, lett. c), concernente le contestazioni insorte nel corso dell'esecuzione dei lavori è parzialmente ripetitivo del paragrafo 7.3.2.1.

Il paragrafo 3.2 “ritorna” sugli aspetti relativi alla sicurezza e sulla figura del coordinatore per l'esecuzione dei lavori, specificando – in modo superfluo e tale da ingenerare dubbi – che laddove l'incarico sia affidato a soggetto diverso dal direttore dei lavori, quest'ultimo assume le funzioni ad esso assegnate dalla normativa sulla sicurezza «*operando in piena autonomia, ancorché coordinandosi con il Direttore dei lavori*»; la norma andrebbe espunta.

Il paragrafo 3.3 va espunto, perché, da un lato, con formulazione riproduttiva di precetti di norma primaria e linguaggio involuto prevede che il direttore dei lavori

«esercita il potere dispositivo connesso ai compiti previsti dall'art. 101, comma 1 del Codice nei confronti del direttore tecnico di cantiere del soggetto esecutore» per assicurare l'esecuzione a regola d'arte dei lavori, e dall'altro lato – al di fuori dei limiti fissati dalla norma fondante di cui all'art. 111, comma 1, codice - fa espressamente salvo «quanto previsto dall'art. 1655 c.c.», e cioè l'autonomia di mezzi e la gestione a rischio dell'appaltatore.

III FUNZIONI

Paragrafo 4. Gli strumenti per l'esercizio dell'attività di direzione e controllo

La Commissione formula i rilievi che seguono.

Nel paragrafo 4.1, richiamando quanto già esposto sulla differenza tra disposizioni e ordini di servizio, e per non ingenerare equivoci, occorre sostituire le parole “*le disposizioni e istruzioni?*” con le parole “*le prescrizioni e istruzioni?*”.

In relazione al paragrafo 4.1.1 relativo alle deroghe alla contabilità informatica si rinvia a quanto si dirà in relazione al paragrafo 9.2.

Il paragrafo 4.1.2, primo periodo, prevede la forma di comunicazione tra RUP, direttore dei lavori ed esecutore, esulando dall'ambito delimitato dall'art. 111, comma 1, codice, e invadendo la sfera degli artt. 44 e 52, codice in tema di digitalizzazione delle procedure e di forma di “*tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui al presente codice?*”.

Inoltre il paragrafo 4.1.2, terzo periodo, detta una disposizione relativa alla forma delle comunicazioni interne tra RUP, direttore dei lavori e coordinatore per la sicurezza che sembra proiettata al futuro «*le comunicazioni avverranno?*» e che non appare sotto questo profilo coerente con la funzione precettiva di un atto normativo quale quello in esame.

Inoltre, esulando dai limiti stabiliti dall'art. 111, comma 1, codice, si rivolge direttamente alle stazioni appaltanti, imponendo alle stesse, peraltro in modo generico e con formulazione oscura, di adeguare i loro ordinamenti in modo da

«garantire l'efficientamento informatico, con riguardo alle metodologie e strumentazioni elettroniche». L'intero paragrafo 4.1.2. va espunto.

Il paragrafo 4.2:

- contiene previsioni specifiche relative ai processi verbali di accertamento di fatti (lett. a) e alle relazioni al RUP (lett. b), che tuttavia sono corredate da successive esemplificazioni, inserite tra parentesi, tali da renderne incerta la portata precettiva;
- oltre ai riflessi negativi sull'organicità, appare quindi dubbia l'effettiva precettività e in ultima analisi l'utilità della norma in esame, che potrebbe trovare migliore collocazione nei paragrafi relativi ai singoli atti inerenti al controllo sull'esecuzione demandato al direttore dei lavori;
- inoltre, la lett. a) riproduce il paragrafo 9.2.a) (bis), ottavo alinea, mentre la lett. b) riproduce il paragrafo 9.2.a) (bis) settimo alinea.

Il paragrafo 4.3 disciplina il rilascio del certificato di ultimazione dei lavori, come il paragrafo 8.2, senza prevedere il contraddittorio con l'esecutore e la previa comunicazione di fine di lavori da parte dell'esecutore, invece previste da quest'ultimo.

Sempre il paragrafo 4.3 fissa un termine di trenta giorni dalla data di ultimazione dei lavori per il rilascio del certificato di regolare esecuzione dei lavori ex art. 102, commi 2 e 8, codice. Tale profilo va normato, previa adeguata valutazione sulla congruità del termine, nell'ambito delle linee guida relative al collaudo, e non nell'ambito delle presenti linee guida.

Non è chiara poi la portata della deroga a tale termine, quando ne sia previsto uno diverso nel bando di gara e nel contratto e – come sembra doversi intendere – sempreché ciò non sia «gravemente iniquo per il soggetto affidatario».

La Commissione è pertanto dell'avviso che il paragrafo in esame debba essere riformulato e debba limitarsi a indicare gli atti tipici del direttore dei lavori, laddove la tempistica del certificato di regolare esecuzione va disciplinata nel decreto di cui

all'art. 102, commi 2 e 8, codice. In subordine, ove la disposizione venga qui mantenuta, va rilevato che essa individua in modo oscuro i presupposti della proroga del termine, consentendola *«purché ciò non sia gravemente iniquo per il soggetto affidatario»*; va modificata in modo pertinente, facendo riferimento a esigenze oggettive di proroga.

5. Il coordinamento e la supervisione dell'ufficio di direzione dei lavori

Il paragrafo in esame presenta numerose ripetizioni di norme primarie e alcuni precetti che potrebbero presentare profili di illegittimità e che comunque si palesano inutili, come di seguito si indica.

Il paragrafo 5.1 è in parte ripetitivo dei commi 4 e 5, dell'art. 101 codice, espressamente richiamati; va espunto l'ultimo periodo.

Inoltre, in assenza di una base fondante in disposizioni di rango legislativo, obbliga il direttore dei lavori ad individuare i compiti da affidare ai direttori operativi e agli ispettori di cantiere, attraverso un programma coordinato di attività quale modalità esclusiva, anziché consentirgli anche di affidare di volta in volta specifiche incombenze tra quelle indicate a titolo esemplificativo nelle medesime norme del codice.

Anche il paragrafo 5.2 presenta analoghe criticità, ed in particolare appare superfluo laddove impone al direttore dei lavori di *«assicurare una presenza adeguata»* in cantiere in considerazione della complessità dei lavori e illegittimo laddove impone alla stazione appaltante di nominare sempre e inderogabilmente *«più ispettori di cantiere»* per assicurare una presenza a tempo pieno, già prevista dall'art. 101, comma 5, codice, senza tuttavia alcuna specificazione del numero di ispettori. Invero l'art. 101, comma 2, codice, prevede che il direttore dei lavori *“può essere coadiuvato, in relazione alla complessità dell'intervento, da uno o più direttori operativi”*. Tale paragrafo va espunto essendo sufficiente la previsione della norma primaria.

Il paragrafo 5.3 richiama norme primarie relative all'esecuzione delle obbligazioni (artt. 1176, comma 2, e 1375 cod. civ.) al di fuori dei limiti dell'intervento regolatorio ai sensi dell'art. 111, comma 1, codice;

- la previsione inoltre si rivela sostanzialmente inutile, se non foriera di incertezze interpretative, e va pertanto espunta.

6. Funzioni e compiti nella fase preliminare

6.1 Attestazione stato dei luoghi

Al di là dell'omissione della preposizione «dello» prima di «*stato dei luoghi*», la Commissione non ha rilievi di carattere sostanziale da svolgere con riguardo a questo paragrafo.

6.2 La consegna lavori

Nel complesso, il paragrafo in esame dovrebbe essere riformulato in modo da risultare maggiormente organico e tale da consentire quindi una più agevole comprensione dei precetti in esso contenuti su questo delicato profilo dell'esecuzione dei contratti.

Nello specifico, la Commissione segnala quanto segue.

Il paragrafo 6.2.1 richiama, quanto ai termini e le modalità della consegna dei lavori, quelle «*indicate dalla stazione appaltante nel capitolato speciale d'appalto*», laddove nelle previgenti disposizioni del regolamento di cui al d.P.R. n. 207/2010 questi profili erano oggetto di apposita disciplina (artt. 153 – 157).

Nel fornire chiarimenti rispetto ai rilievi precedentemente espressi dal Consiglio superiore dei lavori pubblici, nella nota di prot. 37348 del 6 ottobre 2016 il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti segnala che la diversa scelta operata nelle linee guida in esame discende dal fatto che la consegna dei lavori «*afferisce propriamente all'esecuzione del contratto*», ma che, in considerazione dei possibili riflessi in termini di contenzioso, la materia sarà regolata a mezzo di capitolati-tipo e contratti-tipo dell'ANAC.

Tuttavia, si osserva in contrario che:

- a) la giustificazione addotta non impedisce, ed anzi i paventati rischi di contenzioso impongono, di regolare sin d'ora aspetti di particolare rilievo quali appunto le modalità e i termini di consegna dei lavori (sulla falsariga del previgente art. 153 d.P.R. n. 207/2010), che rientrano pacificamente ai compiti del direttore dei lavori (ed infatti: i paragrafi 7.3.1.4 - 7.3.1.6, in materia di varianti e modifiche contrattuali, disciplinano aspetti di stretta esecuzione, con immediate ricadute sulla posizione soggettiva del contraente privato);
- b) inoltre, l'ultimo periodo del paragrafo in esame detta una norma riferita al contenuto dei capitolati speciali, cui si demanda di regolare le conseguenze della ritardata consegna imputabile al direttore dei lavori;
- c) da ultimo, nella versione delle linee guida sottoposta al parere di questa Commissione, ed in conseguenza dell'abrogazione del citato art. 153, non sono più oggetto di regolamentazione le conseguenze dei ritardi nella consegna imputabili all'esecutore e, inoltre, le spese ad essa relative;
- d) anche in questo caso sarebbe opportuno dettare una regolamentazione apposita di questi aspetti nelle presenti linee guida.

7. Funzioni e compiti in fase di esecuzione

7.1 Accettazione dei materiali

La Commissione esprime innanzitutto apprezzamento per il recepimento dei rilievi del Consiglio superiore dei lavori pubblici in ordine ai poteri di controllo della qualità dei materiali forniti dall'esecutore e la conseguente riformulazione del paragrafo 7.1.1, che nella sua ultima versione risulta maggiormente conforme alle responsabilità sulla corretta esecuzione delle opere gravante per legge sul direttore dei lavori e, al contempo, coerente con il criterio direttivo enunciato dalla legge-delega n. 11/2016 relativo al *rafforzamento delle funzioni di organizzazione, di gestione e di*

controllo della stazione appaltante sull'esecuzione delle prestazioni, attraverso verifiche effettive e non meramente documentali (...) nei contratti di lavori» (art. 1, comma 1, lett. ll).

Si fanno tuttavia i rilievi che seguono.

Il paragrafo 7.1.2 prevede che il rifiuto dell'esecutore di ottemperare all'ordine del direttore dei lavori di rimuovere i materiali non conformi alle caratteristiche tecniche previste nel contratto d'appalto venga trascritto nel giornale dei lavori o nel primo atto contabile utile, ma non si prevede l'esecuzione in danno ai sensi del (previgente) art. 167, comma 3, d.P.R. n. 207/2010. Questa lacuna potrebbe determinare situazioni di stallo o comunque privare di efficacia il potere di controllo dei lavori dell'organo della stazione appaltante a ciò preposto, in contrasto con il criterio direttivo della legge-delega da ultimo citato; si suggerisce pertanto di riformulare la norma in conformità alla previgente disciplina.

Il medesimo paragrafo 7.1.2, nel prevedere che l'accettazione definitiva dei materiali «*si ha solo dopo la loro posa in opera*», non appare di agevole lettura e coordinamento con il collaudo *ex art. 102, codice*. Al riguardo la Commissione segnala che il precedente art. 167 d.P.R. n. 207/2010 prevedeva, al comma 4, che anche dopo l'accettazione e posa in opera dei materiali restavano fermi i diritti e i poteri della stazione appaltante in sede di collaudo.

Il paragrafo 7.1.4 è sostanzialmente riproduttivo di precetti contenuti nell'art. 101, comma 5, codice e va espunto.

In ragione dei rilievi ora svolti la Commissione ritiene opportuna una riformulazione della norma.

7.2 Verifica del rispetto degli obblighi del soggetto affidatario e del subappaltatore

Oltre a ribadire l'esigenza di una normazione maggiormente rispondente a canoni di organicità e chiarezza formale e sostanziale, la Commissione osserva quanto segue.

Il paragrafo 7.2.1 elenca obblighi a carico del direttore dei lavori già previsti dagli artt. 101, 30, comma 3, e 31, comma 12, codice; in particolare:

- la lett. a) del paragrafo in esame riproduce l'art. 101, comma 3 lett. a) e l'art. 30, comma 3, codice;
- la lett. b) riproduce l'art. 31, comma 12, codice;
- la lett. c) riproduce l'art. 101, comma 3, lett. b), codice.

Va pertanto espunto.

In relazione al paragrafo 7.2.2 va espunta la lett. d) secondo cui il direttore dei lavori “*verifica il rispetto degli obblighi previsti dall'art. 105, comma 14, del codice*”, perché in contrasto con l'art. 105, comma 4, codice, a tenore del quale le verifiche ivi previste in materia di costi per la sicurezza in caso di subappalto competono alle stazioni appaltanti «*sentito il direttore dei lavori*», mentre le linee guida in esame demandano direttamente a quest'ultimo l'incombente.

Nel paragrafo 7.2.3 eliminare la duplicazione “affidatario affidataria”.

Il paragrafo 7.2.4, lett. a) riproduce nella sostanza i commi 3 e 4 dell'art. 108, da esso richiamati, e pertanto è superfluo e va espunto.

Il paragrafo 7.2.4, lett. g) è illegittimo, nella misura in cui deroga all'art. 205, comma 3, codice, imponendo al direttore dei lavori il termine di dieci giorni per comunicare al RUP il raggiungimento della soglia di valore delle riserve iscritte in contabilità ai fini dell'accordo bonario, mentre la norma primaria richiamata utilizza un criterio elastico espresso dalla locuzione «*nel più breve tempo possibile*».

7.3 Gestione delle varianti e delle riserve.

Anche con riguardo al cruciale tema delle varianti la Commissione segnala l'esigenza di formulare le linee guida in modo tale che i precetti in esse contenuti siano chiaramente percepibili e disposti in modo organico e secondo un ordine logico.

In relazione alle singole norme la Commissione evidenzia quanto segue.

Il primo periodo del paragrafo 7.3.1.1 è ripetitivo del richiamato art. 106, comma 1, codice, per cui va espunto e, per l'effetto, nel secondo periodo del paragrafo 7.3.1.1 le parole “*contemplate al richiamato art. 106*” vanno sostituite con le parole “*di cui all’art. 106*”.

Come già rilevato in relazione al paragrafo 3.1.1, lett. b), il paragrafo 7.3.1.2 è formulato in modo sostanzialmente riproduttivo del paragrafo 3.1.1, lett. b), per cui si pone la necessità di sopprimere una delle due previsioni.

Il paragrafo 7.3.1.5 disciplina il caso di varianti che eccedono il limite del quinto. Come noto, l'esecutore è tenuto ad accettare varianti nei limiti del quinto, ai sensi dell'art. 106, comma 12, senza poter chiedere la risoluzione del contratto. Le varianti in aumento che eccedono il limite del quinto non sono senz'altro consentite, ma possono essere ammesse solo se ricorrono i presupposti di cui all'art. 106, comma 1, lett. c), codice. Si suggerisce una formulazione più univoca del paragrafo 7.3.1.5 sostituendo le parole “*Nei casi di eccedenza rispetto al limite sopra indicato, previsti dall’art. 106 del codice*” con le parole “*Nei casi di eccedenza rispetto al limite del quinto sopra indicato, e a condizione che ricorrano i presupposti per le varianti ai sensi dell’art. 106 del codice*”.

7.3.2 Contestazioni e riserve

La Commissione formula le osservazioni che seguono.

Il paragrafo 7.3.2.1 ha un contenuto parzialmente riproduttivo del paragrafo 3.1.1, lett. c), per cui anche in questo caso deve essere assicurato il necessario coordinamento formale, sopprimendo una delle due previsioni.

La disposizione andrebbe comunque riformulata – come segnalato anche dal Consiglio superiore dei lavori pubblici – perché sovrappone e regola in modo promiscuo le contestazioni tra stazione appaltante ed esecutore su aspetti tecnici, da un lato, e su fatti dall'altro lato, che il previgente art. 164 d.P.R. n. 207/2010 distingueva in modo chiaro.

Inoltre, con riguardo all'iscrizione di riserva nel registro di contabilità da parte dell'esecutore in conseguenza della decisione del RUP sulla contestazione di ordine tecnico, si evidenzia l'opportunità di prevedere un termine a pena di decadenza a carico dell'esecutore, in conformità all'art. 191 d.P.R. n. 207/2010, di cui è prevista l'abrogazione per effetto dell'approvazione delle linee guida in esame o di coordinare tale norma con il successivo paragrafo 7.3.2.2, che detta una disciplina analoga a quella recata dal citato art. 191.

7.4. Sospensione del rapporto contrattuale

In relazione a tale aspetto dell'esecuzione del contratto la Commissione formula le osservazioni che seguono.

- il paragrafo 7.4.1, nel primo periodo, e prima parte del secondo periodo è meramente riproduttivo dei compiti dell'ufficio di direzione dei lavori e in particolare dei compiti indicati a titolo esemplificativo attribuibili dal direttore dei lavori ai direttori operativi ai sensi dell'art. 101, comma 4, lett. c), codice. Tali previsioni vanno espunte e per l'effetto nella seconda parte del secondo periodo le parole "*per fornire indicazioni*" vanno sostituite con "*Fornisce indicazioni*".

Il Ministero deve verificare se nel secondo periodo del presente paragrafo è corretto il richiamo della risoluzione contrattuale dell'art. 108, comma 4, o se invece si intendesse fare riferimento alla risoluzione contrattuale dell'art. 108, comma 3, codice. Inoltre il terzo e quarto periodo del paragrafo, indicano le iniziative del direttore dei lavori nel caso dell'art. 108, comma 3, ma in realtà, prevedendo l'assegnazione di un termine di 10 giorni all'esecutore inadempiente, per eseguire le prestazioni, prima di disporre la risoluzione, si riferiscono al caso di risoluzione dell'art. 108, comma 4, di cui non fanno che ripetere pedissequamente la formulazione. Pertanto il terzo e quarto periodo del paragrafo 7.4.1 vanno espunti.

A mente del primo periodo del paragrafo 7.4.2 l'esecutore è tenuto ad eseguire i lavori con continuità e senza interruzioni: la norma appare superflua alla luce degli obblighi già derivanti a carico di questo soggetto dalla legge e dal contratto; pertanto tale periodo va espunto.

Il secondo periodo del paragrafo 7.4.2 è meramente ripetitivo dell'art. 107 e va espunto.

Va parimenti espunto il quarto periodo del paragrafo 7.4.2, per le ragioni che seguono. In esso si prevede che il direttore dei lavori è responsabile per le sospensioni illegittime (ovvero, come si specifica, in modo ridondante, per le sospensioni ordinate «*per circostanze non contemplate nella disposizione di cui all'art. 107 del Codice*»).

La Commissione segnala su quest'ultimo punto che:

a) non risultano chiari i rapporti con il comma 6 del medesimo art. 107, che prevede che la stazione appaltante risponde delle sospensioni illegittime nei limiti previsti dall'art. 1382 cod. civ.;

b) in particolare non è dato comprendere se la fattispecie di responsabilità del direttore dei lavori introdotta nelle linee guida sia aggiuntiva rispetto a quella sancita dalla norma primaria o si tratti di un'ipotesi di responsabilità amministrativa/contabile del titolare dell'incarico nei confronti della stazione appaltante.

Il paragrafo 7.4.2.1 è riproduttivo dell'art. 107, comma 2, codice (cui fa espresso rinvio), ed in particolare secondo periodo, per cui va eliminato.

Peraltro non vi è in tal caso solo una ricopiatura della norma primaria, ma anche una indebita estensione del suo ambito applicativo. Infatti l'art. 107 comma 2 prevede la durata massima di sei mesi o di un quarto dell'intera durata contrattuale solo per la sospensione dei lavori ordinata dal RUP e non anche per quella ordinata dal direttore dei lavori (è in giurisprudenza pacifico che siffatto limite

temporale non possa operare per la sospensione dei lavori ordinata dal direttore dei lavori). Invece le linee guida indebitamente estendono tale limite di durata anche alla sospensione dei lavori ordinata dal direttore dei lavori.

Il paragrafo 7.4.2.2 introduce un termine di cinque giorni entro il quale il direttore dei lavori deve redigere il verbale di ripresa dei lavori, recante anche il nuovo termine contrattuale indicato dal RUP in seguito alla sospensione. Tuttavia il termine fisso non appare opportuno, considerato che il previgente regolamento di cui al d.P.R. n. 207/2010 contemplava sul punto un riferimento temporale elastico e maggiormente adattabile alla singola fattispecie (*«non appena venute a cessare le cause della sospensione»*: art. 158, comma 6, d.P.R. citato).

Da ultimo, la Commissione constata che nel paragrafo in esame non è riprodotta la disposizione che imponeva all'esecutore di iscrivere le proprie contestazioni in merito alla sospensione e alla ripresa dei lavori nei relativi verbali (art. 158, comma 8, d.P.R. n. 207/2010). Tale previsione andrebbe riprodotta, al fine di prevenire eventuali contestazioni successive e le conseguenti incertezze sui tempi di esecuzione del contratto.

7.5. Gestione dei sinistri

La Commissione non ha osservazioni da fare al riguardo.

8. Funzioni e compiti al termine dei lavori

Con specifico riguardo al paragrafo 8.2, relativo al procedimento per il rilascio del certificato di ultimazione dei lavori, si segnala che la materia è regolata anche dal paragrafo 4.3, sebbene in modo meno compiuto. La Commissione evidenzia pertanto l'esigenza di evitare ripetizioni e di unificare la relativa disciplina.

9. Controllo amministrativo contabile

Il paragrafo in esame non risponde a canoni di chiarezza e di regolamentazione organica della materia e formulazione lineare delle norme.

Si segnala a questo riguardo il paragrafo 9.2, che, sul piano formale, reca un duplice elenco su base alfabetica e, sul piano sostanziale, nel secondo periodo (successivo al primo elenco) contiene una norma riguardante il controllo dei materiali forniti dall'esecutore, la cui sede più appropriata sarebbe stata il paragrafo 7.1. La Commissione sottolinea pertanto l'esigenza che il paragrafo venga riformulato.

La riformulazione del successivo paragrafo 9.3 costituisce invece condizione per il rilascio del presente parere.

La norma, pur prescrivendo l'impiego «*di strumenti elettronici specifici*» per la contabilità dei lavori, in conformità all'obiettivo di «*efficientamento informatico*» previsto dall'art. 111, comma 1, codice, consente tuttavia di derogare a questo obbligo «*nello periodo (sic) strettamente necessario all'adeguamento della stazione appaltante*».

A tale riguardo, al fine di evitare che tale previsione si traduca in una deroga generalizzata “a regime” si suggerisce di rendere la previsione più stringente e di sottoporre a monitoraggio da parte dell'ANAC il mancato utilizzo della contabilità informatica. La disposizione potrebbe essere riformulata come segue: «*Nel caso di mancato utilizzo di programmi di contabilità computerizzata, che deve essere congruamente motivato dalla stazione appaltante e comunicato all'ANAC, e comunque per il periodo strettamente necessario per l'adeguamento della stazione appaltante, le annotazioni...*».

IV ABROGAZIONI

La norma sulle abrogazioni da un lato è riproduttiva dell'art. 2 del decreto ministeriale, per cui appare superflua, dall'altro lato non consente di comprendere – a causa dell'assenza di documenti di analisi sulle presenti linee guide – le ragioni del perché non tutte le disposizioni del regolamento di cui al d.P.R. n. 207/2010 in materia di contabilità, tuttora vigenti (artt. 178 – 210), vengano abrogate. Si rinvia a quanto esposto nel paragrafo 1 del presente parere.

4. Linee guida relative al direttore dell'esecuzione dei contratti relativi a servizi e forniture

4.1. Condizioni

La Commissione formula le seguenti condizioni, al rispetto delle quali è subordinato il proprio parere favorevole sulle linee guida relative al direttore dell'esecuzione.

4.1.a) Disposizioni ripetitive di norme del codice

Come già evidenziato nelle considerazioni generali di questo parere, occorre emendare il testo da ripetizioni della normativa primaria contenuta nel codice o in altre leggi.

Si indicano di seguito in modo riassuntivo quali sono i paragrafi, o subparagrafi o periodi che vanno espunti perché meramente ripetitivi, e che saranno più in dettaglio indicati in sede di esame analitico delle linee guida:

4.1.2;

4.1.6;

4.5.1;

4.6.2.

4.1.b) Disposizioni in contrasto con il codice

Ulteriore condizione del parere favorevole della Commissione è la espunzione o modifica delle previsioni che appaiono non conformi alle disposizioni del codice, e che pertanto potrebbero essere ritenute nelle competenti sedi illegittime per violazione di legge.

Si sintetizzano le disposizioni che la Commissione ritiene in contrasto con il codice rinviando al seguito del presente parere per le motivazioni:

- il paragrafo 1.1, ultimo periodo, contempla la figura dell'assistente del direttore dell'esecuzione, non prevista dal codice;
- il paragrafo 1.2, lett. a) demanda al direttore dell'esecuzione anziché al RUP di definire la periodicità del rapporto;

- il paragrafo 4.1.4 indica, in assenza di potestà regolamentare, il contenuto del contratto di appalto e prevede premi di accelerazione;
- il paragrafo 4.2.2 e il paragrafo 4.2.3 ripetono o novellano i presupposti dell'art. 32 codice per l'esecuzione anticipata e d'urgenza;
- il paragrafo 4.3.1, lett. d) contrasta con l'art. 105, comma 14 codice;
- il paragrafo 4.4.2 contrasta con l'art. 205, comma 3 codice;
- il paragrafo 4.6.1 contrasta con l'art. 107, codice;
- il paragrafo 4.6.2 non solo ripete l'art. 107, comma 2, codice, ma contrasta con esso perché ne amplia l'ambito di applicazione;
- i paragrafi 5.2, 5.2.1, 5.2.2, 5.2.3, 5.2.4, 5.2.5, 5.3 disciplinano la verifica di conformità, in difetto di potestà regolamentare in parte qua.

4.2. L'AIR: la peculiarità dei contratti di forniture e servizi e le relative implicazioni in ordine alla fase di esecuzione

Si impone una osservazione di carattere generale relativa all'impostazione stesse delle presenti linee guida.

Le carenze dell'AIR indicate nel paragrafo 1 del presente parere appaiono ancora più rilevanti con riguardo alle linee guida in materia di direzione dell'esecuzione di forniture e servizi.

Le forniture e i servizi abbracciano una *congerie* di contratti molto eterogenea, alcuni dei quali nemmeno riconducibili alla fattispecie dell'appalto in senso stretto (es. *leasing*), con un *range* che va da fattispecie estremamente semplici (modeste forniture di bevande) a fattispecie estremamente complesse (forniture e servizi informatici o sanitari).

Le linee guida in esame recano una disciplina unitaria che non sembra tenere in adeguato conto:

- le differenti esigenze connesse con tale varietà di oggetti contrattuali, cui non sempre può darsi risposta con un unico modello procedimentale di direzione dell'esecuzione.

- la notevole varietà di tempi, modi ed obblighi che connotano le fasi contrattuali e che quindi condizionano direttamente anche il relativo controllo.

Solo una appropriata AIR può consentire di valutare se si possano accomunare sotto una medesima disciplina fattispecie contrattuali assolutamente differenti o se invece occorra una disciplina della direzione dell'esecuzione modulare e proporzionata; si pensi, ad esempio, a:

- le forniture con implicita accettazione (es. forniture idriche o di gas) rispetto alle quali più che di direzione dell'esecuzione si pone un problema di verifiche periodiche;

- le forniture con posa in opera semplice (es. fusione di campane) ma che presuppongono un collaudo in senso tecnico;

- le forniture con *start up* (cioè installazione e successivo periodo di verifica di perfetto funzionamento);

- le somministrazioni continuative con laboratorio presso la stazione appaltante (pasti "caldi") con tutti i connessi problemi di continuità del controllo dell'esecuzione: periodici, a campione o su protesta utenti);

- le forniture con elaborazione presso la struttura produttiva dell'impresa (es. pasti c.d. "freddi"; stampe);

- i servizi "a domanda eventuale" a controllo non ripetibile (es. sgombero della neve);

- i servizi "a risultato" (manutenzioni evolutive di software; realizzazione di data-base", servizi di continuità (es. *Help-Desk*).

In ossequio al principio di proporzionalità andrebbero, per le ipotesi più semplici, eliminati adempimenti non necessari.

Si pensi all'inutilità del verbale di consegna per un contratto di fornitura di carburanti "alla pompa", per il quale potrebbe essere sufficiente una comunicazione di avvio dell'esecuzione del contratto.

4.3. Rilievi sulle singole disposizioni delle linee guida relative al direttore dell'esecuzione per servizi e forniture

Poste quindi queste premesse di inquadramento generale, si procede ad illustrare i singoli rilievi sui paragrafi in cui si articolano le linee guida.

Si seguirà la complessa paragrafazione e subparagrafazione delle linee guida e pertanto numeri romani e titoli in corsivo di seguito indicati si riferiscono alle linee guida.

II) Profili generali - 1. Nomina del direttore dell'esecuzione e rapporti con il responsabile unico del procedimento

Il paragrafo 1.1 indica in quali casi il direttore dell'esecuzione coincide con il RUP, mediante un mero rinvio alle linee guida dell'ANAC relative al RUP.

E, invero, in base alle norme primarie:

- *“il direttore dell'esecuzione del contratto di servizi o di forniture è, di norma, il responsabile unico del procedimento”* (art. 111, comma 2, codice);
- *spetta alle linee guida dell'ANAC relative al RUP determinare “l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto”* (art. 31, comma 5, codice).

Pertanto correttamente in tale parte le linee guida si limitano a fare rinvio alle linee guida sul RUP (paragrafo 1.1, primo periodo), che a loro volta indicano in quali casi il direttore dell'esecuzione è soggetto diverso dal RUP (LG ANAC sul RUP, paragrafo 5 n. 2, nella bozza su cui il Consiglio di Stato ha reso parere).

Tuttavia, questa Commissione rileva che da un punto di vista sia sistematico che di forza e efficacia della fonte, sarebbe auspicabile, *de iure condendo*, l'attribuzione alle

linee guida sul direttore dell'esecuzione (che hanno natura regolamentare e un procedimento rafforzato) e non alle linee guida sul RUP (che hanno natura di linee guida vincolanti) della competenza a stabilire i casi di coincidenza tra RUP e direttore dell'esecuzione, ancora una volta previa analisi di impatto e facendo applicazione del principio di proporzionalità.

Invero, la contestualizzazione di tale profilo all'interno della complessiva disciplina del direttore dell'esecuzione, consentirebbe di meglio cogliere le peculiarità e la varietà di servizi e forniture.

Il rischio di interferenze e sovrapposizioni tra linee guida sul RUP e sul direttore dell'esecuzione sono, del resto, l'effetto della scelta di affidare tali due figure a due separate linee guida, di diversa natura, scelta che il Consiglio di Stato, nel parere sullo schema di codice, aveva segnalato come non condivisibile (paragrafo II.f.3 di quel parere: *“Ove non ben definito l'ambito di ciascun atto attuativo, si determina il rischio di sovrapposizioni e sconfinamenti reciproci. Un rischio di tal genere appare concreto, ad esempio, in relazione alle disposizioni attuative della direzione dei lavori e dei compiti del RUP, affidate rispettivamente al Ministro delle infrastrutture e all'ANAC; direttore dei lavori e r.u.p. sono soggetti che, nella fase di esecuzione del contratto, operano in costante sinergia. Perciò occorre che i relativi compiti siano reciprocamente coordinati e definiti. Sarebbe auspicabile la disciplina dei due organi in unico contesto regolatorio.”*).

Il secondo periodo del paragrafo 1.1, per il caso in cui il direttore dell'esecuzione non coincida con il RUP, indica le modalità di scelta del direttore dell'esecuzione, mettendo sullo stesso piano la possibilità di nominare un direttore “interno” ovvero “esterno”.

Si ribadiscono qui le considerazioni svolte in relazione al paragrafo 1.1 delle linee guida sul direttore dei lavori, quanto alla opportunità di valutare un intervento correttivo del codice volto a ripristinare un ordine di priorità tra affidamento esterno ed interno, e di linee guida non vincolanti dell'ANAC che invitino le

stazioni appaltanti a dare priorità all'affidamento interno dell'incarico. Resta fermo, come del pari già osservato, che nel silenzio del vigente quadro normativo primario, la natura subordinata della fonte regolamentare in esame, non consente di introdurre in via regolamentare-precettiva un ordine di priorità non previsto dalla legge.

Sempre nel paragrafo 1.1, nella versione delle linee guida trasmesse dopo l'istruttoria disposta da questa Commissione, è stata inserita la previsione secondo cui *“Nelle ipotesi di prestazioni di particolare importanza (...) la stazione appaltante può nominare uno o più assistenti del direttore dell'esecuzione (...)”*

Si tratta di previsione che è priva di base legale. Infatti la figura dell'assistente del direttore dell'esecuzione è prevista dall'art. 101 solo per il direttore dei lavori. E nemmeno la previgente disciplina, primaria e regolamentare, prevedeva tale istituto per servizi e forniture.

Per il direttore dell'esecuzione del contratto di servizi o forniture le sole disposizioni primarie sono le seguenti:

- l'art. 101, comma 1, codice, a tenore del quale *“La esecuzione dei contratti aventi ad oggetto (...) servizi, forniture, è diretta dal responsabile unico del procedimento, che controlla i livelli di qualità delle prestazioni. Il responsabile unico del procedimento, nella fase dell'esecuzione, si avvale del direttore dell'esecuzione del contratto (...)”*.

- l'art. 111, comma 2, codice, a tenore del quale: *“2. Il direttore dell'esecuzione del contratto di servizi o di forniture è, di norma, il responsabile unico del procedimento e provvede al coordinamento, alla direzione e al controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto stipulato dalla stazione appaltante assicurando la regolare esecuzione da parte dell'esecutore, in conformità ai documenti contrattuali. Con il medesimo decreto, di cui al comma 1, sono altresì approvate linee guida che individuano compiutamente le modalità di effettuazione dell'attività di controllo di cui al periodo precedente, secondo criteri di trasparenza e semplificazione”*.

E' evidente che le norme primarie da un lato non contemplano un "ufficio di direzione dell'esecuzione" sulla falsariga dell'ufficio di direzione dei lavori, e dunque la figura dell'assistente del direttore dell'esecuzione di servizi e forniture, e dall'altro lato non demandano la possibilità di prevederlo alla fonte secondaria.

Del resto se il codice ha sentito l'esigenza di specificare con norma primaria la possibilità di nominare un assistente del direttore solo per i lavori e non anche per i servizi e le forniture, ciò significa che per servizi e forniture non lo ha ritenuto necessario.

Uno stesso istituto, l'assistente del direttore, non può trovare regolazione a geometria variabile, ora nel codice, ora nel regolamento: non lo consente, sul piano formale, il principio di gerarchia delle fonti, in virtù del quale il regolamento può eseguire e attuare la fonte primaria, ma non creare ex novo regole ivi non previste, non lo consente, sul piano costituzionale e sostanziale, il principio di chiarezza delle regole e di agevole reperibilità delle stesse.

Del resto, esiste già nel codice uno strumento per far fronte all'esigenza qui perseguita, ed è "lo staff del RUP", che può essere nominato quando ricorrono i presupposti previsti dall'art. 31, comma 7 codice: *"nel caso di appalti di particolare complessità in relazione all'opera da realizzare ovvero alla specificità della fornitura o del servizio, che richiedano necessariamente valutazioni e competenze altamente specialistiche, il responsabile unico del procedimento propone alla stazione appaltante di conferire appositi incarichi a supporto dell'intera procedura o di parte di essa, da individuare sin dai primi atti di gara"*.

Rispetto a tale strumento legale la previsione delle linee guida sull'assistente del DEC appare non solo ripetitiva, ma ancorata a diversi presupposti.

Ove poi il Governo ritenga esservi una ingiustificata asimmetria con la disciplina della direzione dei lavori, potrà, in sede di correttivo del codice, prevedere espressamente la figura dell'assistente del direttore dell'esecuzione.

Allo stato, e nel silenzio del codice, la previsione va espunta.

Il paragrafo 1.2 lett. a), contiene una previsione che affida allo stesso direttore dell'esecuzione di stabilire la periodicità con cui riferire al RUP sulle attività di esecuzione del contratto; l'art. 152, comma 1, d.P.R. n. 207/2010 affidava invece allo stesso RUP di fissare la periodicità dei rapporti; la Commissione segnala possibili illegittimità, per contrasto con la funzione di direzione dell'esecuzione dei lavori assegnata a questa figura dall'art. 101, comma 1, codice. Occorre pertanto emendare la previsione stabilendo che la periodicità del rapporto è definita dal RUP.

Nel paragrafo 1 può trovare collocazione la distinzione tra disposizioni e ordini di servizio, secondo quanto già osservato in relazione al paragrafo 3.1.1 delle linee guida relative al direttore dei lavori, osservazioni cui si rinvia.

II) Profili generali – 2. Incompatibilità

In relazione al paragrafo 2.1 valgono le osservazioni fatte in relazione al paragrafo 2.1 delle linee guida relative al direttore dei lavori, osservazioni cui si rinvia.

III) Funzioni – 3. Gli strumenti per l'esercizio dell'attività di direzione e controllo

In relazione al paragrafo 3.1, facendo rinvio a quanto osservato sui paragrafi 3.1.1 e 4.1 delle linee guida relative al direttore dei lavori, sulla distinzione tra disposizioni e ordini di servizio, si suggerisce, al fine della necessaria univocità del linguaggio, di sostituire le parole “*le disposizioni e le istruzioni*” con le parole “*le prescrizioni e le istruzioni*”.

Il paragrafo 3.1.1, in combinato disposto con il successivo paragrafo 6, introduce la contabilità informatica, e prevede un regime transitorio “*per il tempo strettamente necessario a consentire alle stazioni appaltanti di dotarsi dei mezzi necessari per una completa digitalizzazione*”.

Si esprime apprezzamento per le finalità perseguite, attraverso la informatizzazione della contabilità della fase di esecuzione di servizi e forniture e si osserva che sebbene la informatizzazione della contabilità sia espressamente prevista dal codice

solo per la fase di esecuzione dei lavori (art. 101, comma 1, codice), essa possa essere introdotta in via regolamentare anche per servizi e forniture, in quanto il codice demanda al regolamento la disciplina della direzione dell'esecuzione di servizi e forniture *“secondo criteri di trasparenza e semplificazione”* (art. 101, comma 2, codice), criteri che sicuramente includono la contabilità informatica.

Tuttavia, una volta espressa tale opzione, per scongiurare il rischio che la regola della contabilità informatica sia di fatto aggirata invocando, nella prassi, il tempo di adeguamento, si suggerisce, che la previsione sia resa più stringente, secondo quanto già osservato sul paragrafo 9.2 delle linee guida relative al direttore dei lavori.

III) Funzioni – Funzioni e compiti in fase di esecuzione

Il paragrafo 4.1.2 a tenore del quale *“Nello svolgimento delle sue funzioni il Direttore dell'Esecuzione è tenuto a utilizzare la diligenza richiesta dall'attività esercitata ai sensi dell'art. 1176, comma 2, codice civile e a osservare il canone di buona fede di cui all'art. 1375 codice civile.”*, afferendo ai doveri derivanti dal contratto d'opera professionale, non fa che ripetere norme primarie e esula dall'ambito di competenza delle linee guida. Va perciò espunto.

Il paragrafo 4.1.4 indica il contenuto del contratto di appalto; tale ambito, da un lato, esula dal perimetro demandato dal codice alle linee guida relative al direttore dell'esecuzione e, dall'altro lato, demanda al contratto profili che sono già per la maggior parte compiutamente disciplinati dalla legge, come i casi di sospensione, risoluzione e recesso, o i casi di subappalto e avvalimento, così ingenerando anche l'equivoco che l'applicazione degli istituti non discenda già di per sé dalla legge, ma dalla previsione del contratto. Deve pertanto interamente espunto.

Si segnala inoltre che nella lettera d) di tale paragrafo 4.1.4 si fa menzione della possibilità di indicare nel contratto la previsione di *“eventuali premi o incentivi”*.

Tale norma sembra rievocare i c.d. premi di accelerazione, il cui ambito, tuttavia, è di dubbia legittimità in un sistema in cui l'aggiudicazione avviene con il criterio dell'OEPV in cui si tiene conto anche dei tempi di esecuzione rapportati al prezzo pattuito. Sicché non si giustifica la previsione di premi o incentivi per una anticipazione dei tempi pattuiti di cui si è già tenuto conto nella formulazione dell'offerta tecnica e del prezzo, e che oltretutto si traduce in una variazione del prezzo del contratto, al di fuori dei casi previsti dall'art. 106 codice. Siffatta variazione del prezzo ne comporta una lievitazione rispetto al momento della gara, alterando, altresì, la *par condicio* tra i concorrenti, tutte le volte che la gara venga aggiudicata tenendo conto del miglior prezzo, che poi viene in fase di esecuzione incrementato mediante la corresponsione dei premi di accelerazione.

Sembra dunque a questa Commissione che l'istituto del premio di accelerazione, non previsto dal diritto comunitario, e mantenuto, nella previgente disciplina, nel regolamento n. 207/2010, ma mai contemplato a livello di fonte primaria, né dal codice del 2006, né da quello del 2016, sia di dubbia compatibilità con le nuove direttive comunitarie, in quanto:

- a) scardina la logica della corretta indicazione sin dalla gara delle esigenze della stazione appaltante, anche quanto ai tempi di esecuzione;
- b) altera la logica dell'OEPV secondo cui nella valutazione della miglior offerta si tiene conto anche del tempo di esecuzione offerto (art. 95, comma 6, lett. g), codice);
- c) contrasta con l'art. 106 codice che elenca in modo tassativo le modifiche dell'oggetto del contratto consentite, e comunque impone che siano di volta in volta autorizzate dal RUP;
- d) altera la *par condicio* tra i concorrenti in quanto l'aggiudicatario scelto sulla base (anche) del miglior prezzo offerto, recupera in fase di esecuzione "lo sconto" fatto in gara, attraverso siffatti premi.

Tuttalpiù, la previsione di premi e incentivi di accelerazione andrebbe già indicata nella documentazione di gara e bisognerebbe tenerne conto in ordine al prezzo a base di gara, e ai fini della necessaria copertura finanziaria. Comunque, anche con tale ridimensionamento, si tratterebbe di profilo afferente la fase di gara e non la fase di esecuzione, che come tale esula dall'ambito delle linee guida in esame.

Il paragrafo 4.1.5 demanda al direttore dell'esecuzione di segnalare al RUP i fatti rilevanti anche al fine della risoluzione del contratto *“per grave inadempimento”*.

Occorre considerare che l'art. 108, codice, ai commi 3 e 4, disciplina due ipotesi di risoluzione per inadempimento dell'esecutore: al comma 3, *“per grave inadempimento”*, al comma 4 per altri inadempimenti.

Il dovere del direttore dell'esecuzione di segnalare i fatti rilevanti sussiste al fine di entrambi i tipi di risoluzione. Pertanto le parole *“risoluzione dello stesso per grave inadempimento nei casi consentiti”* vanno sostituite con *“risoluzione dello stesso per inadempimento nei casi consentiti”*.

Il paragrafo 4.1.6 è meramente ripetitivo dell'art. 108, commi 3 e 4 codice, e va espunto.

In relazione al paragrafo 4.2.1 si osserva che la prescrizione per cui il direttore dell'esecuzione, nel dare l'avvio all'esecuzione della prestazione, debba sempre redigere *“apposito verbale firmato anche dal soggetto esecutore”* andrebbe meglio delimitata. Tale obbligo andrebbe imposto nei soli casi nei quali tale adempimento si appalesi indispensabile in relazione alla natura e luogo di esecuzione delle prestazioni. Ad esempio il verbale di consegna è sempre certamente necessario per gli appalti di ristorazione con utilizzo di locali della stazione appaltante, o per i servizi di pulizia che richiedono la messa a disposizione da parte del committente di spazi a ciò destinati (per deposito materiali, spogliatoi, docce, armadietti).

Il paragrafo 4.2.2 dispone che *“Il Direttore dell'esecuzione può disporre l'esecuzione anticipata della prestazione quando il contratto ha ad oggetto beni o servizi che, per la loro natura*

o per il luogo in cui deve essere eseguito il contratto, debbono essere immediatamente consegnati o svolti; in tal caso, il Direttore dell'esecuzione indica nel verbale di avvio quanto predisposto o somministrato dall'impresa affidataria per il rimborso delle relative spese”.

Se per esecuzione anticipata si intende, come sembra, l'esecuzione anticipata rispetto alla stipulazione del contratto, la previsione in commento può porsi in contrasto con i termini di *standstill* di cui all'art. 32 codice. In ogni caso il codice già disciplina l'esecuzione anticipata d'urgenza, sempre nell'art. 32, per cui tale ulteriore ipotesi di esecuzione anticipata esula dalle competenze delle linee guida e contrasta con la fonte primaria. L'intero primo periodo va espunto e nel secondo periodo le parole *“in tal caso,”* vanno sostituite come segue: *“Quando, nei casi consentiti dall'art. 32 del codice, è disposta l'esecuzione anticipata,”*

Va del pari rimodulato il successivo paragrafo 4.2.3 relativo all'esecuzione d'urgenza, meramente ripetitivo dell'art. 32, comma 8, codice, come segue: *“Quando, nei casi previsti dall'art. 32, comma 8 del codice il direttore dell'esecuzione ordina l'avvio dell'esecuzione del contratto in via di urgenza, indica nel verbale di consegna le prestazioni che l'esecutore deve immediatamente eseguire”.*

Nel paragrafo 4.3.1, lettera d) l'affermazione secondo cui il direttore dell'esecuzione *“verifica il rispetto degli obblighi previsti dall'art. 105, comma 14”* non è conforme al citato art. 105, comma 14, a tenore del quale la verifica degli obblighi compete alla stazione appaltante e il direttore dei lavori esprime solo un parere. L'intera previsione va espunta, perché contrasta con la previsione primaria; né sarebbe utile riprodurre nel d.m. la previsione primaria sul parere del direttore dei lavori, non dovendosi, come già osservato, ripetere in una fonte secondaria disposizioni recate già dalla fonte primaria.

Il paragrafo 4.4.2 a tenore del quale *“Il Direttore dell'esecuzione dà immediata comunicazione al RUP delle riserve iscritte ai sensi degli artt. 205 e 206 del Codice e trasmette nel termine di dieci giorni dall'iscrizione della riserva una propria relazione riservata”* è

illegittimo, nella misura in cui deroga all'art. 205, comma 3, codice, imponendo al direttore dei lavori il termine di dieci giorni per comunicare al RUP il raggiungimento della soglia di valore delle riserve iscritte in contabilità ai fini dell'accordo bonario, mentre la norma primaria richiamata utilizza un criterio elastico espresso dalla locuzione *«nel più breve tempo possibile»*. Va espunto.

Nel paragrafo 4.5.1 il primo periodo è meramente ripetitivo dell'art. 106, comma 1, codice e va espunto.

In relazione al paragrafo 4.5.5, per le ragioni già indicate in relazione al paragrafo 7.3.1.5 delle linee guida sul direttore dei lavori, si suggerisce di sostituire le parole *“Nei casi di eccedenza rispetto al limite sopra indicato, previsti dall'art. 106 del codice”* con le parole *“Nei casi di eccedenza rispetto al limite del quinto sopra indicato, e a condizione che ricorrano i presupposti per le varianti ai sensi dell'art. 106 del codice”*.

Nel paragrafo 4.6.1 relativo alla sospensione dell'esecuzione, se si giustifica l'indicazione del contenuto del verbale, perché l'art. 107, codice pur applicandosi sia alla sospensione dei lavori che dell'esecuzione di contratti di servizi e forniture, indica solo il verbale della sospensione dei lavori, occorre evitare di creare presupposti della sospensione autonomi e diversi da quelli fissati dall'art. 107.

Pertanto le parole *“Il Direttore dell'Esecuzione ordina la sospensione dell'esecuzione, qualora sia temporaneamente impedita da circostanze particolari, ai sensi dell'art. 107, comma 1, del Codice, redigendo apposito verbale”* vanno sostituite con *“Il direttore dell'esecuzione, quando ordina la sospensione dell'esecuzione nel ricorso dei presupposti di cui all'art. 107, comma 1, del codice, redige apposito verbale”*.

Il paragrafo 4.6.2 non è solo meramente ripetitivo dell'art. 107, comma 2, codice, ma ne determina anche un illegittimo ampliamento di ambito applicativo, secondo quanto già osservato in relazione al paragrafo 7.4.2.1 delle linee guida sul direttore dei lavori, osservazioni cui si rinvia. Esso va espunto.

In relazione al paragrafo 4.6.3 si rinvia alle osservazioni fatte in relazione al paragrafo 7.4.2.2 delle linee guida sul direttore dei lavori.

Si demanda infine all'Amministrazione di verificare se occorra dettare disposizioni specifiche nelle presenti linee guida in relazione ai compiti di sicurezza sul lavoro in fase di esecuzione ai sensi del d.lgs. n. 81/2008; allo stato non si rinvengono disposizioni in tal senso.

III) Funzioni – 5. Funzioni e compiti al termine dell'esecuzione del contratto

I paragrafi da 5.2 a 5.3 sono dedicati alla verifica di conformità e al certificato di regolare esecuzione (ossia il collaudo e il collaudo semplificato per servizi e forniture).

In termini generali questa Commissione dubita che il codice abbia previsto, allo stato, la potestà regolamentare a disciplinare la verifica di conformità per servizi e forniture.

Si delinea, in effetti, un vuoto legislativo in ordine a “*se e quali?*” linee guida debbano disciplinare la verifica di conformità per servizi e forniture, nulla essendo previsto dall'art. 102, comma 8 e dall'art. 111, comma 2.

Invero, l'art. 102, comma 8, demanda a linee guida solo il “collaudo” (che riguarda i lavori) e i casi in cui il certificato di collaudo e il certificato di verifica di conformità possono essere sostituiti da certificato di regolare esecuzione, ma non anche la disciplina di dettaglio del certificato ordinario di verifica di conformità (dispone testualmente l'art. 102, comma 8: “*Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, sentita l'ANAC, sono disciplinate e definite le modalità tecniche di svolgimento del collaudo, nonché i casi in cui il certificato di collaudo dei lavori e il certificato di verifica di conformità possono essere sostituiti dal certificato di regolare esecuzione rilasciato ai sensi del comma 2. Fino alla data di entrata in vigore di detto decreto, si applica l'articolo 216, comma 16.*”).

A sua volta l'art. 111, comma 2, fa riferimento al controllo contabile ma non alla verifica di conformità (dispone testualmente: *“Il direttore dell'esecuzione del contratto di servizi o di forniture è, di norma, il responsabile unico del procedimento e provvede al coordinamento, alla direzione e al controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto stipulato dalla stazione appaltante assicurando la regolare esecuzione da parte dell'esecutore, in conformità ai documenti contrattuali. Con il medesimo decreto, di cui al comma 1, sono altresì approvate linee guida che individuano compiutamente le modalità di effettuazione dell'attività di controllo di cui al periodo precedente, secondo criteri di trasparenza e semplificazione (...)”*).

Si deve anche osservare che l'art. 102 comma 8, in combinato disposto con l'art. 216, comma 16, e con l'art. 217 lett. u), codice, hanno determinato l'abrogazione con effetto immediato dalla data di entrata in vigore del codice degli artt. 312-325 d.P.R. n. 207/2010 che disciplinavano la verifica di conformità per servizi e forniture, senza prevedere alcun regime transitorio.

Si determina perciò un *“apparente vuoto normativo”* non esistendo, allo stato un corpo specifico di regole per il collaudo di servizi e forniture pubblici.

E tuttavia la lacuna non può essere colmata solo con norme regolamentari come fanno le presenti linee guida, essendo a monte necessaria una *“copertura normativa”* di rango primario, mediante, e se del caso, correzione del codice, da apportare o all'art. 102, comma 8 o all'art. 111, comma 2.

In difetto, le disposizioni regolamentari, ove varate, in caso di ricorso giurisdizionale potrebbero essere annullate per difetto di potestà regolamentare.

Che sia necessaria una *“copertura primaria”* della potestà regolamentare esercitata discende, a tacer d'altro, dalla circostanza che la fase di esecuzione del contratto di pubblico appalto è retta, in difetto di norme espresse derogatorie (qualificate come di *“diritto privato speciale”*), dal principio di parità delle parti e conseguentemente dal codice civile. Per poter derogare a tale principio occorre appunto una fonte primaria che o provveda direttamente, o conferisca potestà regolamentare. Una

norma regolamentare non potrebbe, senza copertura primaria, sovrapporsi alla naturale applicazione del codice civile ai rapporti paritari.

Ora, il silenzio del codice, che non demanda alla potestà regolamentare la disciplina del collaudo di servizi e forniture, può prestarsi a una duplice lettura esegetica, che conduce a conclusioni opposte:

- una mera “dimenticanza”, un errore non voluto, da rimediare con il decreto legislativo correttivo;
- una scelta consapevole di semplificazione, che non determina alcun “vuoto”, perché anche senza scomodare la presunzione di completezza dell’ordinamento giuridico, soccorre la norma di chiusura dell’art. 30, comma 8, codice, secondo cui *“Per quanto non espressamente previsto nel presente codice (...) alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile”*; sicché, al collaudo di servizi e forniture si applicano gli artt. 1665 e 1666 cod. civ., relativi al collaudo nell’appalto di diritto civile.

Compete al Governo, in sede di decreto legislativo correttivo, valutare se il silenzio del codice è voluto o frutto di dimenticanza, e, nel caso di questa seconda opzione, procedere alla correzione, alternativamente, dell’art. 102, comma 8 o 111, comma 2, stabilendo in quali linee guida debba trovare collocazione la disciplina della verifica di conformità (se quelle sul collaudo, come sembrerebbe preferibile per omogeneità di materia, o quelle sul direttore dell’esecuzione).

Il decreto correttivo potrebbe essere inoltre occasione propizia per semplificare anche la terminologia, ben potendosi parlare in modo onnicomprensivo di *“collaudo”* oltre che per i lavori, anche per i servizi e forniture, superando la distinzione terminologica tra *“collaudo”* e *“verifica di conformità”* (distinzione terminologica che peraltro è in buona parte causa delle lacune normative qui riscontrate e segnalate).

Nelle more di un eventuale intervento correttivo sul codice, questa Commissione non può esprimere parere favorevole su tale parte delle linee guida, per l'assorbente ragione che sono prive di base legale.

La valutazione in ordine al se occorra un intervento correttivo verrà segnalata al Governo con la trasmissione del presente parere.

In ogni caso, ove si mantenga tale parte, nel paragrafo 5.2. va soppresso l'inciso *“volta a certificare che l'oggetto del contratto in termini di prestazioni, obiettivi e caratteristiche tecniche, economiche e qualitative sia stato realizzato ed eseguito nel rispetto delle previsioni contrattuali e delle condizioni offerte in sede di aggiudicazione o affidamento”*. Si tratta infatti di mera ricopiatura dell'art. 102, comma 1, codice, del tutto superflua.

P.Q.M.

Esprime parere favorevole con le condizioni e le osservazioni di cui in motivazione.

Ai sensi dell'art. 58, regio decreto 21 aprile 1942, n. 444 dispone la trasmissione del presente parere al Presidente del Consiglio dei Ministri – e per esso al DAGL (dipartimento per gli affari giuridici e legislativi), affinché:

- valuti l'opportunità di correzione in ordine all'art. 24, comma 1, codice, nella parte in cui, a differenza della previgente disciplina, non pone un ordine di priorità tra progettazione interna ed esterna, e direzione dei lavori interna e esterna, a favore della prima;
- valuti l'opportunità di correzione in ordine agli artt. 31, comma 5, e 111, comma 2, assegnando alle linee guida sul direttore dell'esecuzione, anziché a quelle relative al RUP, la competenza a disciplinare i casi in cui il direttore dell'esecuzione deve essere un soggetto diverso dal RUP;
- valuti se sussiste l'esigenza di correzione dell'art. 101, nella parte in cui contempla la figura dell'assistente solo per il direttore dei lavori e non anche per il direttore dell'esecuzione di servizi e forniture;

- valuti se sussiste l'esigenza di correzione dell'art. 102 comma 8 ovvero 111 comma 2, nella parte in cui non è demandata né alle linee guida sul collaudo né alle linee guida sul direttore dell'esecuzione la disciplina di dettaglio della verifica di conformità per servizi e forniture, sicché, per effetto della già intervenuta abrogazione, a far data dal 19 aprile 2016, della previgente disciplina regolamentare, trovano allo stato applicazione solo gli artt. 1665 e 1666 cod. civ.

GLI ESTENSORI

Umberto Realfonzo, Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE

Franco Frattini

IL SEGRETARIO

Gianfranco Vastarella