

Prefazione

A soli tre anni dall'approvazione del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), la novella di cui al d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (recante "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici") introduce significative modifiche, che spaziano dagli affidamenti di importo economico più contenuto agli appalti per infrastrutture prioritarie.

Lo scopo dichiarato e comunque manifesto del nuovo intervento normativo risponde a due esigenze: rispondere alle istanze di operatori economici, amministrazioni e in generale *stakeholders* volte allo snellimento del quadro normativo e procedurale degli affidamenti dei contratti pubblici; conformare la disciplina nazionale ai rilievi svolti dalla Commissione europea con la procedura di infrazione n. 2018/2273.

Questi ultimi, in relazione al loro ampio spettro, hanno imposto un primo immediato riscontro, riferito ai quattro ambiti segnalati di contrasto con la normativa europea sovraordinata: calcolo del valore stimato degli appalti; motivi di esclusione; subappalto e affidamento sulle capacità di altri soggetti; offerte anormalmente basse.

La gran parte di questi profili di criticità afferiscono a scelte dell'ordinamento interno intese a fornire soluzioni a anomalie specifiche del mercato nazionale dei contratti pubblici soprattutto di lavori, quali ad esempio l'annosa questione dei limiti di valore al subappalto – contenuto nel trenta per cento dell'importo del contratto –, l'indicazione di una terna di subappaltatori, il divieto di subappalto e avvalimento a cascata e di individuazione del subappaltatore tra i concorrenti partecipanti alla stessa gara.

Le risposte fornite dalla novella normativa si caratterizzano, a prima lettura, come un tentativo di mediazione tra le istanze comunitarie e le esigenze interne, secondo quanto felicemente esposto nel presente volume, che si caratterizza per un calibrato equilibrio tra esigenze di approfondimento e visione più ampia e sistemica del complessivo disegno riformatore.

L'altra linea ispiratrice dell'intervento normativo rispecchia finalità di semplificazione ritenute ormai insopprimibili, anche e soprattutto quale leva di rilancio del mercato nazionale, valorizzando gli spunti critici e i suggerimenti offerti dalle consultazioni pubbliche svolte dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti: dall'esigenza di ritornare a una normazione secondaria regolamentare, con l'abrogazione delle alternative fonti disciplinatrici introdotte dal d.lgs. n. 50/2016, salva la

previsione di un'adeguata disciplina transitoria; alla rivalorizzazione dell'appalto integrato, e quindi dell'affidamento consentaneo e unitario della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori; allo snellimento dei procedimenti d'appalto relativi ai lavori affidati dai comuni minori, con riferimento specifico alla nomina del RUP e del Presidente della Commissione aggiudicatrice dell'appalto, e all'ampliamento della sfera delle procedure negoziate; alla ridefinizione della disciplina dei contratti per lavori sotto soglia comunitaria, con una graduazione dei vincoli per l'amministrazione aggiudicatrice in funzione di scaglioni di importo economico; all'accelerazione della definizione delle regole tecniche per l'utilizzo delle piattaforme di *e-procurement*.

In realtà occorre rammentare che nella conformazione dell'ordinamento nazionale all'ordinamento eurounitario resta essenziale l'obiettivo di *policy* disegnato dalle direttive del 2014, che coniughi concorrenza e trasparenza con semplificazione e flessibilità.

In questo contesto restano valide e ancora più attuali, se possibile, le raccomandazioni del Consiglio di Stato formulate nel parere della commissione speciale n. 855 del 1° aprile 2016 sulla necessità di fornire al mercato dei contratti pubblici un quadro giuridico stabile, che chiudesse la tormentata stagione delle continue modifiche introdotte al previgente codice di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; in quella sede si è stigmatizzato come «*la stratificazione e frammentazione normativa, in una con il difetto di un congruo periodo di riflessione e di decantazione normativa, ha comportato il sovrapporsi di regimi transitori, il determinarsi di incertezza applicativa, l'aumento del contenzioso e dei costi amministrativi per le imprese, soprattutto piccole e medie*».

È peraltro necessario allungare lo sguardo oltre le modifiche introdotte dal d.l. verso l'orizzonte del più complessivo processo di riforma avviato dal Governo con la presentazione della nuova delega relativa alla semplificazione, razionalizzazione, riordino, coordinamento e integrazione della normativa in materia di contratti pubblici.

L'auspicio che va formulato, in un settore centrale e strategico dell'economia e della vita pubblica, politica, amministrativa, giudiziaria e giurisdizionale, del Paese è che emerga finalmente un sistema efficiente e virtuoso nel quale alla maggiore ed effettiva qualificazione degli operatori economici, quali *partners* e non controparti delle politiche pubbliche, corrisponda un *miglioramento qualitativo* delle amministrazioni tale da renderle credibili, affidabili e autorevoli interlocutori del mercato.

Filippo Patroni Griffi
Presidente del Consiglio di Stato

Articolo 23

Livelli della progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi

Commento di Roberto Scaravaglione

1. La progettazione in materia di lavori pubblici si articola, secondo tre livelli di successivi approfondimenti tecnici, in progetto di fattibilità tecnica ed economica, progetto definitivo e progetto esecutivo ed è intesa ad assicurare:

- a) il soddisfacimento dei fabbisogni della collettività;
- b) la qualità architettonica e tecnico funzionale e di relazione nel contesto dell'opera;
- c) la conformità alle norme ambientali, urbanistiche e di tutela dei beni culturali e paesaggistici, nonché il rispetto di quanto previsto dalla normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza;
- d) un limitato consumo del suolo;
- e) il rispetto dei vincoli idro-geologici, sismici e forestali nonché degli altri vincoli esistenti;
- f) il risparmio e l'efficientamento ed il recupero energetico nella realizzazione e nella successiva vita dell'opera nonché la valutazione del ciclo di vita e della manutenibilità delle opere;
- g) la compatibilità con le preesistenze archeologiche;
- h) la razionalizzazione delle attività di progettazione e delle connesse verifiche attraverso il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture;
- i) la compatibilità geologica, geomorfologica, idrogeologica dell'opera;
- l) accessibilità e adattabilità secondo quanto previsto dalle disposizioni vigenti in materia di barriere architettoniche.

2. Per la progettazione di lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, paesaggistico, agronomico e forestale, storico-artistico, conservativo, nonché tecnologico, le stazioni appaltanti ricorrono alle professionalità interne, purché in possesso di idonea competenza nelle materie oggetto del progetto o utilizzano la procedura del concorso di progettazione o del concorso di idee di cui agli articoli 152, 153, 154, 155 e 156. Per le altre tipologie di lavori, si applica quanto previsto dall'articolo 24.

3. Con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies sono definiti i contenuti della progettazione nei tre livelli progettuali. Con il regolamento di cui al primo periodo è, altresì, determinato il contenuto minimo del quadro esigenziale che devono predisporre le stazioni appaltanti. Fino alla data di entrata in vigore di detto regolamento, si applica l'articolo 216, comma 4.

3-bis. Con ulteriore decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, sentita la Conferenza unificata, è disciplinata una progettazione semplificata degli interventi di manutenzione ordinaria fino a un importo di 2.500.000 euro. Tale decreto individua le modalità e i criteri di semplificazione in relazione agli interventi previsti.

4. La stazione appaltante, in rapporto alla specifica tipologia e alla dimensione dell'intervento indica le caratteristiche, i requisiti e gli elaborati progettuali necessari per la definizione di ogni fase della progettazione. È consentita, altresì, l'omissione di uno o di entrambi i primi due livelli di progettazione, purché il livello successivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omesso, salvaguardando la qualità della progettazione.

5. Il progetto di fattibilità tecnica ed economica individua, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire. Per i lavori pubblici di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 35 anche ai fini della programmazione di cui all'articolo 21, comma 3 nonché per l'espletamento delle procedure di dibattito pubblico di cui all'articolo 22 e per i concorsi di progettazione e di idee di cui all'articolo 152, il progetto di fattibilità è preceduto dal documento di fattibilità delle alternative progettuali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg-quater) nel rispetto dei contenuti di cui al regolamento previsto dal comma 3 del presente articolo. Resta ferma la facoltà della stazione appaltante di richiedere la redazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali anche per lavori pubblici di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35. Nel progetto di fattibilità tecnica ed economica, il progettista sviluppa, nel rispetto del quadro esigenziale, tutte le indagini e gli studi necessari per la definizione degli aspetti di cui al comma 1, nonché gli elaborati grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare e le relative stime economiche, secondo le modalità previste nel regolamento di cui al comma 3, ivi compresa la scelta in merito alla possibile suddivisione in lotti funzionali. Il progetto di fattibilità tecnica ed economica deve consentire, ove necessario, l'avvio della procedura espropriativa.

5-bis. Per le opere proposte in variante urbanistica ai sensi dell'articolo 19 del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, il progetto di fattibilità tecnica ed economica sostituisce il progetto preliminare di cui al comma 2 del citato articolo 19 ed è redatto ai sensi del comma 5.

6. Il progetto di fattibilità è redatto sulla base dell'avvenuto svolgimento di indagini geologiche, idrogeologiche, idrologiche, idrauliche, geotecniche, sismiche, storiche, paesaggistiche ed urbanistiche, di verifiche relative alla possibilità del riuso del patrimonio immobiliare esistente e della rigenerazione delle aree dismesse, di verifiche preventive dell'interesse archeologico, di studi di fattibilità ambientale e paesaggistica e evidenzia, con apposito adeguato elaborato cartografico, le aree impegnate, le relative eventuali fasce di rispetto e le occorrenti misure di salvaguardia; deve, altresì, ricomprendere le valutazioni ovvero le eventuali diagnosi energetiche dell'opera in progetto, con riferimento al contenimento dei consumi energetici e alle eventuali misure per la produzione e il recupero di energia anche con riferimento all'impatto sul piano economico-finanziario dell'opera; indica, inoltre, le caratteristiche prestazionali, le specifiche funzionali, la descrizione delle misure di compensazioni e di mitigazione dell'impatto ambientale, nonché i limiti di spesa, calcolati secondo le modalità indicate dal decreto di cui al comma 3, dell'infrastruttura da realizzare ad un livello tale da consentire, già in sede di approvazione del progetto medesimo, salvo circostanze imprevedibili, l'individuazione della localiz-

zazione o del tracciato dell'infrastruttura nonché delle opere compensative o di mitigazione dell'impatto ambientale e sociale necessarie.

7. Il progetto definitivo individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti dalla stazione appaltante e, ove presente, dal progetto di fattibilità; il progetto definitivo contiene, altresì, tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni, nonché la quantificazione definitiva del limite di spesa per la realizzazione e del relativo cronoprogramma, attraverso l'utilizzo, ove esistenti, dei prezziari predisposti dalle regioni e dalle province autonome territorialmente competenti, di concerto con le articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, secondo quanto previsto al comma 16.

8. Il progetto esecutivo, redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare, il relativo costo previsto, il cronoprogramma coerente con quello del progetto definitivo, e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale che ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo. Il progetto esecutivo deve essere, altresì, corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti in relazione al ciclo di vita.

9. In relazione alle caratteristiche e all'importanza dell'opera, il responsabile unico del procedimento, secondo quanto previsto dall'articolo 26, stabilisce criteri, contenuti e momenti di verifica tecnica dei vari livelli di progettazione.

10. L'accesso ad aree interessate ad indagini e delle ricerche necessarie all'attività di progettazione è soggetto all'autorizzazione di cui all'articolo 15 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327. La medesima autorizzazione si estende alle ricerche archeologiche, alla bonifica di ordigni bellici e alla bonifica dei siti inquinati. Le ricerche archeologiche sono compiute sotto la vigilanza delle competenti soprintendenze.

11. Gli oneri inerenti alla progettazione, ivi compresi quelli relativi al dibattito pubblico, alla direzione dei lavori, alla vigilanza, ai collaudi, agli studi e alle ricerche connessi, alla redazione dei piani di sicurezza e di coordinamento, quando previsti ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, alle prestazioni professionali e specialistiche, necessari per la redazione di un progetto esecutivo completo in ogni dettaglio, possono essere fatti gravare sulle disponibilità finanziarie della stazione appaltante cui accede la progettazione medesima. Ai fini dell'individuazione dell'importo stimato il conteggio deve comprendere tutti i servizi, ivi compresa la direzione dei lavori, in caso di affidamento allo stesso progettista esterno.

11-bis. Tra le spese tecniche da prevedere nel quadro economico di ciascun intervento sono comprese le spese di carattere strumentale sostenute dalle amministrazioni aggiudicatrici in relazione all'intervento.

11-ter. Le spese strumentali, incluse quelle per sopralluoghi, riguardanti le attività finalizzate alla stesura del piano generale degli interventi del sistema accentrato delle manutenzioni di cui all'articolo 12 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111 sono a carico delle risorse iscritte sui pertinenti capitoli dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze trasferite all'Agenzia del demanio.

12. Le progettazioni definitiva ed esecutiva sono, preferibilmente, svolte dal medesimo soggetto, onde garantire omogeneità e coerenza al procedimento. In caso di motivati ragioni di affidamento disgiunto, il nuovo progettista deve accettare l'attività progettuale svolta in precedenza. In caso di affidamento esterno della progettazione, che comprenda, entrambi i livelli di progettazione, l'avvio della progettazione esecutiva è

condizionato alla determinazione delle stazioni appaltanti sulla progettazione definitiva. In sede di verifica della coerenza tra le varie fasi della progettazione, si applica quanto previsto dall'articolo 26, comma 3.

13. Le stazioni appaltanti possono richiedere per le nuove opere nonché per interventi di recupero, riqualificazione o varianti, prioritariamente per i lavori complessi, l'uso dei metodi e strumenti elettronici specifici di cui al comma 1, lettera h). Tali strumenti utilizzano piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari, al fine di non limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie e il coinvolgimento di specifiche progettualità tra i progettisti. L'uso dei metodi e strumenti elettronici può essere richiesto soltanto dalle stazioni appaltanti dotate di personale adeguatamente formato. Con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti da adottare entro il 31 luglio 2016, anche avvalendosi di una Commissione appositamente istituita presso il medesimo Ministero, senza oneri aggiuntivi a carico della finanza pubblica sono definiti le modalità e i tempi di progressiva introduzione dell'obbligatorietà dei suddetti metodi presso le stazioni appaltanti, le amministrazioni concedenti e gli operatori economici, valutata in relazione alla tipologia delle opere da affidare e della strategia di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche e del settore delle costruzioni. L'utilizzo di tali metodologie costituisce parametro di valutazione dei requisiti premianti di cui all'articolo 38.

14. La progettazione di servizi e forniture è articolata, di regola, in un unico livello ed è predisposta dalle stazioni appaltanti, di regola, mediante propri dipendenti in servizio. In caso di concorso di progettazione relativa agli appalti, la stazione appaltante può prevedere che la progettazione sia suddivisa in uno o più livelli di approfondimento di cui la stessa stazione appaltante individua requisiti e caratteristiche.

15. Per quanto attiene agli appalti di servizi, il progetto deve contenere: la relazione tecnico-illustrativa del contesto in cui è inserito il servizio; le indicazioni e disposizioni per la stesura dei documenti inerenti alla sicurezza di cui all'articolo 26, comma 3, del decreto legislativo n. 81 del 2008; il calcolo degli importi per l'acquisizione dei servizi, con indicazione degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso; il prospetto economico degli oneri complessivi necessari per l'acquisizione dei servizi; il capitolato speciale descrittivo e prestazionale, comprendente le specifiche tecniche, l'indicazione dei requisiti minimi che le offerte devono comunque garantire e degli aspetti che possono essere oggetto di variante migliorativa e conseguentemente, i criteri premiali da applicare alla valutazione delle offerte in sede di gara, l'indicazione di altre circostanze che potrebbero determinare la modifica delle condizioni negoziali durante il periodo di validità, fermo restando il divieto di modifica sostanziale. Per i servizi di gestione dei patrimoni immobiliari, ivi inclusi quelli di gestione della manutenzione e della sostenibilità energetica, i progetti devono riferirsi anche a quanto previsto dalle pertinenti norme tecniche.

16. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione. Per i contratti relativi a lavori il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato sulla base dei prezzi regionali aggiornati annualmente. Tali prezzi cessano di avere validità il 31 dicembre di ogni anno e possono essere transitoriamente utilizzati fino al 30 giugno dell'anno succes-

sivo, per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data. In caso di inadempienza da parte delle Regioni, i prezziari sono aggiornati, entro i successivi trenta giorni, dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sentite le Regioni interessate. Fino all'adozione delle tabelle di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 4. Nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma. I costi della sicurezza sono incorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso.

Sommario: 1. Contenuti della progettazione. – 2. Studio di fattibilità tecnica ed economica. – 3. Spese strumentali.

1. Contenuti della progettazione

Il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che ha sostituito il vecchio codice dei contratti di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ha introdotto la nuova disciplina concernente i contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

L'art. 23 del nuovo codice dei contratti è dedicato ai "Livelli della progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori, nonché per i servizi".

Con riferimento a tale articolo il d.l. 18 aprile 2019, n. 32, come emendato dalla legge di conversione, con l'art. 1, comma 20, lett. a), numeri 1), 2), 3), e 4), apporta modificazioni ai commi 3, 5 e 6, ed introduce i nuovi commi 11-*bis* e 11-*ter*.

Come noto, il comma 1, dell'art. 23, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non modificato dal d.l. in parola, prevede l'articolazione della progettazione in materia di lavori pubblici secondo tre livelli di successivi approfondimenti tecnici denominati:

- progetto di fattibilità tecnica ed economica;
- progetto definitivo;
- progetto esecutivo,

con l'intento di perseguire una migliore qualità della progettazione quale elemento fondamentale per incidere positivamente sulla qualità, sui costi di realizzazione, di manutenzione e gestione e sui tempi di realizzazione dell'opera pubblica.

La precedente versione del comma 3, dell'art. 23, demandava la definizione dei contenuti della progettazione nei predetti tre livelli progettuali ad uno specifico decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti.

Sebbene la bozza di tale decreto sia stato esitato dall'Assemblea Generale del Consiglio superiore dei lavori pubblici con voto n. 45 reso nell'adunanza del 25 maggio 2018¹, dopo ampio dibattito e valutazione da parte delle amministrazioni

¹ Consiglio superiore dei lavori pubblici, Assemblea Generale, adunanza del 25 maggio 2018, numero di protocollo 45/2018: *Tutto ciò premesso, l'Assemblea Generale all'unanimità è del parere che riguardo allo schema di decreto recante "Definizione dei contenuti della progettazione nei tre li-*

competenti e degli operatori del settore, non è stato mai adottato.

In una nuova e più moderna concezione, aderente al mutare dei tempi ed alla maggiore sensibilità nei confronti dell'ambiente, la bozza di tale decreto ministeriale prevedeva in coerenza con il comma 1 dell'art. 23, che la progettazione dell'opera pubblica dovesse essere informata, tra l'altro, a principi di efficienza energetica, minimizzando il ricorso a risorse materiali non rinnovabili, di facilità di manutenzione e gestione, di durabilità dei materiali e dei componenti, di soddisfacimento dei fabbisogni della collettività, di qualità architettonica e tecnico-funzionale, di conformità alle norme ambientali, urbanistiche e di tutela dei beni culturali e paesaggistici, di rispetto di quanto previsto dalla normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza, di limitato consumo di suolo, di rispetto dei vincoli idrogeologici, sismici, forestali e degli altri vincoli esistenti, di valutazione del ciclo di vita e della manutenibilità delle opere, di compatibilità con le preesistenze archeologiche, nonché di razionalizzazione delle attività di progettazione e delle connesse verifiche attraverso il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture.

Come pure prescritto dal nuovo codice, tale bozza di decreto prestava particolare attenzione anche ad altri nodi critici del processo di progettazione, quali ad esempio la necessità della preventiva esecuzione delle indagini geologiche, idrogeologiche, idrologiche, idrauliche, geotecniche, sismiche, ambientali, archeologiche, come supporto essenziale alle scelte progettuali, nonché all'esigenza di affrontare contestualmente le problematiche connesse ai profili ambientali e paesaggistici ed all'eventuale presenza di vincoli e di interferenze nel sottosuolo, anche al fine di evitare il ricorso all'istituto della variante in corso d'opera.

Il nuovo Codice dei contratti, abrogando il Regolamento 207/2006, rimandava, tuttavia, per la normazione di secondo livello a innumerevoli decreti ministeriali ed interministeriali, nonché a Linee Guida ANAC, determinando, a causa dell'eccessivo frazionamento del quadro normativo di riferimento, non poche difficoltà di coordinamento, nonché di utilizzo da parte degli addetti al settore dei contratti pubblici.

Con la modifica del comma 3, introdotta con l'art. 1, comma 20, lett. a), n. 1), d.l. n. 32/2019, come emendato dalla legge di conversione, si ritorna al passato. Infatti, la norma demanda ora ad un nuovo "regolamento unico", previsto dal nuovo comma 27-*octies* dell'art. 216 del codice, introdotto dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, con l'art. 1, comma 20, lett. gg), n. 4), anche la disciplina dei contenuti della progettazione nei tre livelli successivi, nonché il contenuto minimo del quadro esigenziale che devono predisporre le stazioni appaltanti.

Giusta disposizione del comma 1, dell'art. 23 del nuovo codice, tutti gli aspetti riguardanti la progettazione dei lavori pubblici, ed anche delle forniture e dei servizi, dovranno trovare quindi adeguata e completa definizione nel "nuovo regolamento", volto a integrare e semplificare il quadro normativo di settore attraverso un'unica fonte normativa.

velli", ai sensi dell'articolo 23, comma 3 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, possa essere espresso parere favorevole con le modifiche e integrazioni riportate nella colonna di destra dell'Allegato al presente parere, che ne costituisce parte integrante.

Si pone in evidenza che, in base all'art. 216, comma 4, primo periodo, del Codice, rimasto invariato, nelle more dell'emissione del nuovo "regolamento unico" sono tuttora in vigore le disposizioni di cui alla parte II, titolo II, capo I, e cioè gli articoli da 14 a 43 relativi appunto ai contenuti della progettazione, nonché gli allegati o le parti di allegati ivi richiamate del d.p.r. n. 207/2010 (vale a dire l'abrogato regolamento di attuazione del vecchio codice dei contratti pubblici di cui al d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207).

Nel nuovo assetto normativo è rimasto invariato anche il comma 4 dell'art. 23 del codice dei contratti pubblici che demanda alle stazioni appaltanti, in rapporto alla specifica tipologia e dimensione dell'intervento la definizione delle caratteristiche, dei requisiti e degli elaborati progettuali necessari per la definizione di ogni fase della progettazione, nonché l'omissione di uno o di entrambi i primi due livelli di progettazione, purché il livello di progettazione successivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omesso. Il legislatore, quindi, pur salvaguardando la qualità della progettazione, consente tramite l'accorpamento in una o delle prime due fasi, di conseguire evidenti obiettivi di riduzione dei tempi sia per la redazione e sia per l'approvazione delle diverse fasi della progettazione. È evidente che ciò non incide sul compenso dovuto al professionista esterno in quanto la prestazione complessiva resta sostanzialmente invariata.

Come noto, una accurata ed affinata progettazione limita la necessità di dover ricorrere alla variante in corso d'opera. Non a caso il legislatore da tempo ha focalizzato la sua attenzione proprio sulla qualità della progettazione, in quanto la variante in corso d'opera, se non proprio riconducibile alle fattispecie previste dalla norma, può costituire un *vulnus* al principio comunitario della concorrenza, e quindi della par condicio di gara, con possibili risvolti anche corruttivi, attraverso la modifica della prestazione oggetto dell'offerta dei concorrenti. Tuttavia, è pure di tutta evidenza che l'adeguatezza del numero e della complessità degli adempimenti tecnici e delle elaborazioni ed affinamenti della progettazione deve essere commisurata all'entità e complessità dell'opera pubblica ed alle effettive esigenze di qualità e di controllo della spesa pubblica.

Orbene, il maggior numero di interventi nel settore dei lavori pubblici è costituito da manutenzioni di opere esistenti, di modesta entità economica, per i quali potrebbero risultare superflui gran parte degli approfondimenti tecnici indicati dal codice, ovvero risultare non commisurati al valore e rilevanza anche tecnica dell'intervento.

Infatti, se per un verso è vero che una progettazione carente impedisce la realizzazione di una buona opera, per altro verso è anche vero che l'incremento di relazioni, studi, analisi ed elaborati specialistici e progettuali, se non necessari, comporta non solo un ingiustificato ed inutile aggravio procedimentale per la pubblica amministrazione, ma anche economico. La conseguenza di un eccessivo carico di adempimenti, infatti, oltre all'indubbio lievitare dei costi sia per la progettazione e sia per il funzionamento della pubblica amministrazione, aumenta le difficoltà delle stazioni appaltanti di assolvere alla missione istituzionale di dare risposte concrete e celeri alla domanda di opere pubbliche, e quindi ai bisogni della collettività.

Il legislatore con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, al fine di fornire una adeguata ri-

sposta a tale problema, ha avvertito la necessità di prevedere una “progettazione semplificata” limitata però esclusivamente agli interventi di manutenzione ordinaria di importo non superiore a 2.500.000 euro, demandando ad un ulteriore decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti la definizione dei contenuti e dei criteri di semplificazione di tali progetti in relazione alla modesta rilevanza di questi specifici interventi.

L'intento del legislatore è di perseguire un evidente obiettivo di semplificazione senz'altro apprezzabile, in quanto teso a commisurare fasi e contenuti della progettazione stessa al tipo di intervento da realizzare, nonché di attribuire il giusto ruolo di centralità all'attività di manutenzione ordinaria programmata, vista come necessaria ulteriore evoluzione della cultura delle opere pubbliche non solo al fine della migliore conservazione e decoro delle stesse, e quindi della loro maggiore durata, ma anche e soprattutto al fine della riduzione dei costi di manutenzione nel tempo. È noto, infatti, che una corretta manutenzione programmata, oltre ad allungare la vita utile delle opere, rende sensibilmente minore la necessità di ricorrere nel tempo ad interventi di manutenzione straordinaria, di norma notevolmente più costosi. Proprio a tale fine il legislatore da tempo ha introdotto tra gli elaborati progettuali l'obbligo del piano di manutenzione, anche quale strumento di valutazione del costo complessivo dell'opera dato in realtà non solo dal costo di costruzione ma anche dal costo della sua conservazione e gestione nel tempo. Cioè, nel caso di possibili interventi alternativi, le scelte della pubblica amministrazione dovrebbero essere effettuate anche sotto il profilo della convenienza economica dei costi di manutenzione nel tempo, e quindi della complessiva sostenibilità economica dell'intervento, nonché della durata del ciclo di vita utile dell'opera.

La manutenzione ordinaria, in realtà, dovrebbe essere l'attuazione di quanto previsto dal “piano di manutenzione dell'opera” e, quindi, di un virtuoso processo di “manutenzione programmata” durante tutta la sua vita utile.

La previsione di una progettazione semplificata, pienamente condivisibile per le argomentazioni sopra riportate, oltre a spingere verso una evoluzione culturale attraverso un più aggiornato approccio alla filosofia della programmazione, è tuttavia limitata nell'attuale quadro normativo ad interventi di manutenzione ordinaria di importo inferiore a euro 2.500.000.

Il nuovo codice, quindi, ha costituito senza dubbio un'ulteriore avanzamento verso l'affinamento della progettazione che, in particolare, deve essere improntata a principi di qualità, economicità, rispetto dell'ambiente e miglior rapporto benefici costi dell'intervento. La mancata emanazione dei due decreti ministeriali, il primo relativo alla definizione del contenuto dei livelli di progettazione ed il secondo alla definizione della progettazione semplificata, nonostante il consistente superamento dei termini previsti, è dipesa evidentemente dal dibattito nel frattempo sviluppatosi sui loro contenuti. Infatti, le bozze dei due decreti sembravano in sostanza delineare un notevole aggravio dell'azione amministrativa con incremento di tempi e di costi rispetto al passato, circostanza questa che sembrava sacrificare l'efficienza, l'efficacia e la tempestività dell'azione amministrativa in nome delle legittime esigenze di trasparenza e controllo.

Ora, con l'art. 1, comma 6, d.l. 18 aprile 2019, n. 32, il legislatore introduce un

regime transitorio all'art. 23, comma 3-*bis* limitato, tuttavia, al solo triennio 2019, 2020 e 2021, con il quale la disciplina semplificata viene estesa a tutti i lavori di manutenzione, cioè sia di ordinaria e sia di straordinaria manutenzione, a meno che essi non prevedano il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali di opere o di impianti. Con tale disposizione il legislatore ha inteso escludere dall'ambito di applicazione della nuova norma tutti gli interventi che possono comportare una significativa complessità tecnica.

Altra importante novità introdotta nel regime transitorio è che non compare più un limite di importo per l'applicazione della disciplina semplificata. Risulta, pertanto, ora possibile affidare i contratti di manutenzione sulla base del solo progetto definitivo, a condizione tuttavia che lo stesso abbia un contenuto minimo costituito da: relazione generale, elenco dei prezzi unitari delle lavorazioni previste, computo metrico estimativo, ed ovviamente dal piano di sicurezza e di coordinamento con il computo metrico dei costi della sicurezza da non assoggettare a ribasso, per ovvi motivi di tutela della salute sui luoghi di lavoro, nel caso di specie sui cantieri.

Quindi, la novella consente di eseguire i lavori in parola senza redigere e approvare il progetto esecutivo, di fatto demandando alla fase esecutiva l'esatta definizione delle opere da realizzare in virtù proprio della natura e specificità dei lavori di manutenzione.

Circostanza di notevole rilievo, proprio in relazione agli obiettivi perseguiti dal decreto legge cosiddetto sblocca cantieri, è che tale disciplina transitoria è immediatamente applicabile, rispetto a quella prevista dal comma 3-*bis* dell'art. 23 del codice, che invece rinvia ad un decreto attuativo che per varie ragioni, come detto, non è stato ancora emanato.

La nuova norma in realtà non è originale, in quanto ricalca praticamente tal quale la previgente normativa di cui all'art. 105 del vecchio Regolamento di cui al d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207.

Nessuna deroga è, invece, prevista in merito alle modalità di affidamento dei lavori di manutenzione, che pertanto dovranno seguire le ordinarie procedure di scelta del contraente previste dal codice per le altre tipologie di lavori, nel rispetto quindi dei principi comunitari di concorrenza, trasparenza ed imparzialità.

Null'altro viene modificato dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32 in merito alla progettazione rispetto alle precedenti disposizioni dell'articolo.

In particolare, è rimasto pure invariato, il comma 14, dell'art. 23 che stabilisce, di regola, un unico livello della progettazione dei servizi e delle forniture.

2. Studio di fattibilità tecnica ed economica

Una delle novità più rilevanti introdotta dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, con l'art. 23, comma 5, era rappresentata dal superamento dello "studio di fattibilità" e del "progetto preliminare" di cui al d.p.r. n. 207/2010 attraverso l'introduzione del "progetto di fattibilità tecnica ed economica".

A questo livello di progettazione il codice affida, in particolare, il compito di individuare, tra più soluzioni progettuali alternative, quella che presenta il miglior

rapporto tra costi e benefici per la collettività in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare ed alle prestazioni da fornire.

Quindi, individuata la soluzione ottimale, il progetto di fattibilità tecnica ed economica, attraverso relazioni ed elaborati grafici, deve definirne le caratteristiche dimensionali, tipologiche, funzionali e stimarne il costo.

Per il perseguimento di tale finalità, secondo quanto precisato all'art. 23, commi 5 e 6, il Codice stabilisce che il progetto di fattibilità tecnica ed economica deve essere redatto sulla base dell'avvenuto svolgimento di tutte le indagini e gli studi necessari.

Ciò comporta che il progetto di fattibilità tecnica ed economica assume un ruolo chiave nell'ambito del processo di progettazione, in quanto rappresenta il livello in cui deve essere effettuata la scelta della soluzione progettuale valutata come la migliore tra tutte le possibili soluzioni progettuali alternative. Tale soluzione dovrà poi essere sviluppata nei due livelli successivi del progetto definitivo ed esecutivo, in modo da non subire variazioni sostanziali.

Il legislatore aveva stabilito che il "progetto di fattibilità tecnica ed economica" ai soli fini delle attività di programmazione triennale dei lavori pubblici, o di espletamento delle procedure di dibattito pubblico di cui all'art. 21 del Codice, o dei concorsi di progettazione e di idee di cui all'art. 152, potesse essere articolato, a sua volta, in due separate e successive fasi di elaborazione, denominate:

- documento di fattibilità delle alternative progettuali;
- progetto di fattibilità tecnica ed economica.

Il documento di fattibilità delle alternative progettuali è definito dall'art. 3, comma 1, lett. ggggg-*quater*) del codice come: «il documento in cui sono individuate ed analizzate le possibili soluzioni progettuali alternative ed in cui si dà conto della valutazione di ciascuna alternativa, sotto il profilo qualitativo, anche in termini ambientali, nonché sotto il profilo tecnico ed economico».

Tale prima fase, quindi, è lo strumento attraverso il quale l'amministrazione aggiudicatrice analizza e confronta le possibili soluzioni alternative, sotto il profilo ad esempio del tracciato, delle scelte tipologiche, tecnologiche, impiantistiche, organizzative e finanziarie, compresa "l'opzione zero" (ossia la non realizzazione dell'intervento), al fine di stabilire quale sia la migliore, anche attraverso la partecipazione al processo decisionale di altri soggetti interessati.

Questa prima fase di elaborazione del progetto di fattibilità è propedeutica alla seconda fase, nella quale, a seguito delle determinazioni assunte dall'amministrazione aggiudicatrice, il progetto di fattibilità verrà sviluppato e completato soltanto relativamente alla soluzione progettuale prescelta. La seconda fase, denominata ugualmente progetto di fattibilità tecnica ed economica, come nel caso in cui si procede in un'unica soluzione, ovviamente da redigere sulla base del precedente livello di progettazione, costituisce il documento di indirizzo per i successivi livelli di progettazione costituiti dal progetto definitivo e dal progetto esecutivo.

Ciò premesso, con la sostituzione del comma 5, modifica introdotta dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, art. 1, comma 20, lett. a), numero 2) il legislatore propone una definizione più chiara e dettagliata del progetto di fattibilità tecnica ed economica, come richiesto anche dalle regioni.

Il nuovo testo conserva le due diverse fasi di elaborazione. La differenza sostanziale risiede nel fatto che mentre nel testo previgente l'espletamento della prima fase era una facoltà della amministrazione esercitabile solo in alcune procedure, nel nuovo testo diventa obbligatoria per interventi di importo pari o superiore alla soglia comunitaria di cui all'art. 35 del Codice, oggi fissata a euro 5.548.000, e facoltativa in tutti gli altri casi, cioè per interventi di importo inferiore alla predetta soglia.

Le modifiche puntuali introdotte dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, art. 1, comma 20, lett. a), numero 3) al comma 6 (che disciplina i documenti, le attività ed i contenuti che sono alla base dell'elaborazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica) mirano semplicemente a coordinare l'art. 23 del codice con il d.lgs. n. 152/2006 e, specificatamente, con i contenuti degli allegati alla parte II del citato decreto legislativo, come modificato con d.lgs. n. 104/2017 (in particolare l'allegato IV-*bis* "Contenuti dello Studio preliminare ambientale" e l'Allegato VII "Contenuti dello studio di impatto ambientale"). In sostanza, la norma stabilisce che il progetto di fattibilità tecnica ed economica sia basato:

- su studi di fattibilità ambientale e paesaggistica e non più, come disponeva il testo previgente, su studi preliminari sull'impatto ambientale;
- sulla descrizione delle misure di compensazione e di mitigazione dell'impatto ambientale e non, come disponeva il testo previgente, sulle esigenze di compensazioni e di mitigazione dell'impatto ambientale.

Inoltre, nell'ambito delle indagini a farsi vengono ora espressamente previste anche le verifiche relative alla possibilità del riuso del patrimonio immobiliare esistente e della rigenerazione delle aree dismesse, volte alla riduzione del consumo di suolo ed al recupero e riqualificazione dell'esistente.

3. Spese strumentali

Le ultime modifiche apportate all'art. 23 dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32 riguardano l'introduzione dei nuovi commi 11-*bis* e 11-*ter* inseriti dal d.l. n. 32/2019 con l'art. 1, comma 20, lett. a), numero 4).

Il nuovo comma 11-*bis* dell'art. 23 del codice, stabilisce che tra le spese tecniche da prevedere fra le somme a disposizione dell'Amministrazione del quadro economico di ciascun intervento sono comprese anche le spese di carattere strumentale sostenute dall'amministrazione aggiudicatrice in relazione all'intervento.

In realtà, non si tratta di una novità in quanto una disposizione pressoché identica era contenuta nell'art. 92, comma 7-*bis*, del vecchio Codice (d.lgs. n. 163/2006). La differenza fra le due formulazioni consiste nell'eliminazione rispetto alla precedente versione della possibilità di far gravare sui quadri economici dei lavori anche le spese per l'assicurazione dei dipendenti.

Detta previsione consentirà di far gravare anche per il futuro le spese strumentali sostenute dalle amministrazioni aggiudicatrici (ad esempio quelle per i sopralluoghi, missioni, noli delle auto di servizio, carburanti, hardware e software per la predisposizione dei progetti e per le attività di controllo della realizzazione dell'opera, copie, cancelleria, ecc.) sui fondi di investimento relativi a ciascun intervento e non sui ca-

pitoli di finanziamento delle spese di funzionamento dell'amministrazione, i cui stanziamenti nel tempo sono stati drasticamente ridotti a seguito della *spending review*. Tale trasferimento di imputazione della spesa, in realtà, rappresenta un taglio indiretto di spesa pubblica rispetto al passato.

L'analogia previsione del nuovo comma 11-*ter* riguarda la possibilità di far gravare le spese strumentali riguardanti le attività finalizzate alla stesura del Piano generale degli interventi del sistema accentrato delle manutenzioni degli immobili in uso alle amministrazioni pubbliche dello Stato, previsto dall'art. 12 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, cosiddetto PTIM – Previsione Triennale degli Interventi Manutentivi, sui fondi trasferiti all'Agenzia del Demanio dal Ministero dell'economia e delle finanze.

Si rammenta che l'art. 12, comma 4, d.l. n. 98/2011 stabilisce il divieto di eseguire interventi di manutenzione sugli immobili dello Stato o in uso ad amministrazioni dello Stato al di fuori della programmazione effettuata dall'Agenzia del Demanio, preposta per legge alla loro gestione e valorizzazione, attraverso piani di interventi triennali e di susseguenti programmi di finanziamento annuali.

Si rammenta che con la norma in parola il legislatore ha inteso concentrare in un unico centro decisionale la programmazione di tutte le spese relative ad interventi di manutenzione degli immobili del demanio dello Stato, nel passato eseguiti senza alcun coordinamento da ciascuna amministrazione usuaria, e pertanto frazionati in innumerevoli capitoli di spesa del bilancio, con il chiaro intento, attraverso la costituzione di un'unica cabina di regia, non solo di ottimizzare e monitorare la spesa pubblica destinata alla conservazione del patrimonio immobiliare pubblico, e quindi di conseguire consistenti risparmi, ma anche di valorizzare gli immobili dello Stato, attraverso la riduzione delle locazioni passive mediante una unitaria gestione degli stessi.

Articolo 24

Progettazione interna e esterna alle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici

Commento di Francesco Tamburrino

1. Le prestazioni relative alla progettazione di fattibilità tecnica ed economica, definitiva ed esecutiva di lavori, al collaudo, al coordinamento della sicurezza della progettazione nonché alla direzione dei lavori e agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla programmazione dei lavori pubblici sono espletate:

- a) dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti;
- b) dagli uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori che i comuni, i rispettivi consorzi e unioni, le comunità montane, le aziende sanitarie locali, i consorzi, gli enti di industrializzazione e gli enti di bonifica possono costituire;
- c) dagli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge;
- d) dai soggetti di cui all'articolo 46.

2. Con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono definiti i requisiti che devono possedere i soggetti di cui all'articolo 46, comma 1. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, si applica la disposizione transitoria ivi prevista.

3. I progetti redatti dai soggetti di cui al comma 1, lettere a), b) e c), sono firmati da dipendenti delle amministrazioni abilitati all'esercizio della professione. I pubblici dipendenti che abbiano un rapporto di lavoro a tempo parziale non possono espletare, nell'ambito territoriale dell'ufficio di appartenenza, incarichi professionali per conto di pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, se non conseguenti ai rapporti d'impiego.

4. Sono a carico delle stazioni appaltanti le polizze assicurative per la copertura dei rischi di natura professionale a favore dei dipendenti incaricati della progettazione. Nel caso di affidamento della progettazione a soggetti esterni, le polizze sono a carico dei soggetti stessi.

5. Indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario l'incarico è espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali. È, inoltre, indicata, sempre nell'offerta, la persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche. Il regolamento di cui al comma 2 individua anche i criteri per ga-

rantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee, di cui le stazioni appaltanti tengono conto ai fini dell'aggiudicazione. All'atto dell'affidamento dell'incarico, i soggetti incaricati devono dimostrare di non trovarsi nelle condizioni di cui all'articolo 80 nonché il possesso dei requisiti e delle capacità di cui all'articolo 83, comma 1.

6. Ove un servizio complesso sia costituito dalla somma di diversi servizi, di cui alcuni riservati ad iscritti ad albi di ordini e collegi, il bando di gara o l'invito richiede esplicitamente che sia indicato il responsabile di quella parte del servizio. Tale soggetto deve possedere i requisiti previsti nel caso in cui il servizio sia messo in gara separatamente.

7. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 59, comma 1, quarto periodo, gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara non possono essere affidatari degli appalti, nonché degli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione. Ai medesimi appalti, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile. I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti. Tali divieti non si applicano laddove i soggetti ivi indicati dimostrino che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori.

8. Il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, approva, con proprio decreto, da emanare entro e non oltre sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, le tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni e delle attività di cui al presente articolo e all'articolo 31, comma 8. I predetti corrispettivi sono utilizzati dalle stazioni appaltanti quale criterio o base di riferimento ai fini dell'individuazione dell'importo a porre a base di gara dell'affidamento. Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 6.

8-bis. Le stazioni appaltanti non possono subordinare la corresponsione dei compensi relativi allo svolgimento della progettazione e delle attività tecnico-amministrative ad essa connesse all'ottenimento del finanziamento dell'opera progettata. Nella convenzione stipulata con il soggetto affidatario sono previste le condizioni e le modalità per il pagamento dei corrispettivi con riferimento a quanto previsto dagli articoli 9 e 10 della legge 2 marzo 1949, n. 143, e successive modificazioni.

8-ter. Nei contratti aventi ad oggetto servizi di ingegneria e architettura la stazione appaltante non può prevedere quale corrispettivo forme di sponsorizzazione o di rimborso, ad eccezione dei contratti relativi ai beni culturali, secondo quanto previsto dall'articolo 151.

Sommario: 1. Progettazione interna e esterna: disciplina e profili critici. – 2. Le modifiche del d.l. n. 32/2019. – 2.1. Il riferimento al regolamento unico. – 2.2. Le incompatibilità.

1. Progettazione interna e esterna: disciplina e profili critici

L'art. 24 del Codice, relativo alla progettazione interna e esterna alle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici, presenta una serie di nodi irrisolti sui quali è intervenuto dapprima il decreto correttivo d.lgs. n. 56/2017 e, da ultimo, il d.l. n. 32/2019, che ha peraltro apportato modifiche e correzioni marginali e, comunque, almeno *prima facie*, non risolutive. Le modifiche apportate dal d.l. n. 32 sono poi state ulteriormente ridimensionate in sede di conversione dalla legge 14.6.2019, n. 55.

Viene in rilievo, anzi tutto, la questione relativa ai soggetti che possono espletare le prestazioni relative alla progettazione di fattibilità, definitiva ed esecutiva di lavori, nonché alla direzione dei lavori e agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla programmazione dei lavori pubblici.

Ai sensi del comma 1 dell'art. 24 tali prestazioni sono espletate dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti, dagli uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori costituiti dai comuni nonché dagli organismi di altre pubbliche amministrazioni, o dai soggetti esterni all'amministrazione di cui all'art. 46.

La norma non stabilisce alcuna preferenza tra i soggetti elencati, di fatto superando il primato della progettazione interna che ancora si rinveniva negli artt. 90, comma 6, e 130 del d.lgs. n. 163/2006, ove si stabiliva che la progettazione, la direzione lavori e altri incarichi tecnici potessero essere affidati a soggetti esterni all'amministrazione solo in caso di carenza in organico di personale tecnico o in altri casi definiti.

L'attuale normativa, in ossequio al principio di derivazione comunitaria che offre alle stazioni appaltanti la libera alternativa tra progettazione interna ed esterna, ha abrogato l'ordine di priorità stabilito dal vecchio Codice, ancorché il Consiglio di Stato avesse espresso perplessità sul punto, sostenendo che l'abolizione della preferenza per i progettisti interni avrebbe richiesto un'attenta valutazione e una rigorosa verifica *ex post* circa possibili fenomeni di infedeltà da parte dei pubblici funzionari o per i relativi effetti finanziari¹.

Peraltro non si può affermare che l'art. 24 abbia definitivamente superato il primato della progettazione interna, in quanto in varie disposizioni del Codice si rinvengono residui di applicazione del criterio di preferenza per la progettazione *in house*.

In particolare, l'art. 183, comma 1, relativo alla finanza di progetto, prevede che il progetto di fattibilità da porre a base di gara sia predisposto dal personale del-

¹ Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione Speciale del 21 marzo 2016, parere n. 855 del 1° aprile 2016.

l'amministrazione aggiudicatrice e, solo in caso di carenza in organico di personale idoneamente qualificato, da soggetti esterni individuati con le procedure previste dal Codice.

Inoltre all'art. 23, comma 2, si prevede che per la progettazione di lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, paesaggistico, agronomico e forestale, storico-artistico, conservativo, nonché tecnologico, le stazioni appaltanti ricorrono alle professionalità interne, purché in possesso di idonea competenza nelle materie oggetto del progetto, o utilizzano la procedura del concorso di progettazione o del concorso di idee di cui agli artt. 152, 153, 154, 155 e 156; con esclusione, quindi, della possibilità di ricorrere alle ordinarie procedure di affidamento.

L'ANAC indica la prassi operativa secondo cui, nei casi di cui all'art. 23, comma 2, l'amministrazione dovrà in via prioritaria ricorrere a professionalità interne, se viene accertata la presenza di personale in possesso di idonea competenza in materia, mentre solo in caso di assenza di idonee professionalità potrà essere utilizzata la procedura del concorso di progettazione².

Di analogo parere è il Consiglio di Stato, secondo cui la norma si esprime in termini di obbligatorietà dell'utilizzo dei progettisti interni alle amministrazioni, come si desumerebbe dall'uso dell'indicativo «ricorrono», anziché in termini di facoltà³.

Tale interpretazione desta qualche perplessità, poiché le ipotesi previste nell'art. 23, comma 2 vengano date come alternative senza ulteriore specificazione, mentre non è chiaro il motivo per cui la stazione appaltante debba subordinare la scelta del concorso di progettazione alla dimostrazione dell'assenza di personale idoneo all'interno del proprio ufficio tecnico; tanto più, in quanto gran parte degli enti pubblici, e in particolar modo gli enti locali, potendo disporre di ben scarse risorse da destinare all'organizzazione interna degli uffici tecnici o alla formazione del personale, non sempre è in grado di assicurare professionalità adeguate alle esigenze di qualità architettonica e tecnico-funzionale che una progettazione di alto livello richiede. Si rischia, così, che una motivazione insufficiente in merito alla comprovata assenza di idonee professionalità interne possa incidere sulla legittimità della procedura del concorso di progettazione, nonché comportare responsabilità per danno erariale del R.u.p. che abbia illegittimamente dato corso al concorso di progettazione.

Ulteriore punto critico è rappresentato dal comma 3 dell'art. 24, che prevede che i progetti redatti dagli uffici tecnici interni devono essere firmati da dipendenti delle amministrazioni abilitati all'esercizio della professione; lo schema di decreto correttivo, per eliminare la disparità di trattamento tra liberi professionisti e dipendenti pubblici, aveva proposto di reintrodurre anche per questi ultimi l'onere di iscrizione all'albo professionale; ma la norma non fu approvata, anche in accogli-

²Linee Guida n. 1, recanti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria", approvate dal Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione con delibera n. 973 del 14 settembre 2016, rettificata con delibere del 16 novembre 2016 e del 18 gennaio 2017.

³Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale, 4 dicembre 2017, n. Affare 02062/2017.

mento dei rilievi mossi dal Consiglio di Stato⁴ che evidenziò la difficoltà di individuare l'interesse pubblico sotteso all'introduzione dell'obbligo generalizzato di iscrizione.

E pertanto l'art. 24, comma 3, non richiede più ai progettisti interni il requisito dell'iscrizione all'albo; inoltre l'art. 216, comma 27-*septies*, introdotto dal d.lgs. n. 56/2017, estende il potere di firma dei progetti anche ai tecnici diplomati e non abilitati, purché siano in possesso di determinati requisiti, siano in servizio presso l'amministrazione da almeno cinque anni, risultino inquadrati in un profilo professionale tecnico e abbiano svolto o collaborato ad attività di progettazione.

Sempre ai sensi del comma 3 i pubblici dipendenti che abbiano un rapporto di lavoro a tempo parziale possono espletare, nell'ambito territoriale dell'ufficio di appartenenza, incarichi professionali per conto di pubbliche amministrazioni solo se conseguenti ai rapporti d'impiego.

È inoltre previsto che la copertura assicurativa dei rischi di natura professionale a favore dei dipendenti incaricati della progettazione è a carico delle stazioni appaltanti mentre, naturalmente, le polizze che i soggetti esterni devono stipulare sono a carico di questi ultimi.

I corrispettivi per le attività di progettazione, commisurati al livello qualitativo delle prestazioni, sono stati determinati col d.m. 17 giugno 2016; il decreto correttivo n. 56/2017 ha introdotto l'obbligo di utilizzare le tariffe professionali ai fini della individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento.

Per quanto riguarda il corrispettivo per i progettisti interni, l'art. 113, comma 2, del Codice prevedeva, in ossequio al divieto di applicazione degli incentivi alla progettazione posto dall'art. 1, comma 1, lett. rr) dalla legge delega⁵, che l'incentivazione si applicasse alle sole attività del R.u.p., da attingere dal fondo del 2% sull'importo dei lavori.

Il d.l. n. 32/2019 ha superato tale divieto, modificando il comma 2 dell'art. 113 con la reintroduzione degli incentivi per le attività di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione, di verifica preventiva della progettazione.

2. Le modifiche del d.l. n. 32/2019

2.1. Il riferimento al regolamento unico

Ma veniamo alle modifiche apportate all'art. 24 del Codice dal d.l. n. 32/2019 e dalla legge di conversione n. 55/2019.

È stato modificato, anzitutto, il comma 2 dell'art. 24 che prevedeva l'adozione di un decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per definire i requisiti

⁴Cons. Stato, Adunanza della Commissione Speciale, 22 marzo 2017, parere n. 782 del 30 marzo 2017.

⁵Legge 28 gennaio 2016, n. 11.

che devono possedere i soggetti di cui all'art. 46, comma 1, e cioè gli operatori economici ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria.

In attuazione del comma 2 dell'art. 24 è stato emanato il d.m. 2 dicembre 2016, n. 263, recante il regolamento per la definizione dei requisiti degli operatori dei servizi di ingegneria e architettura; lo stesso decreto individua altresì, in attuazione del comma 5 dell'art. 24, i criteri per garantire la presenza di giovani professionisti nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee.

Con l'intervento in parola, il d.l. n. 32 ha eliminato dal comma 2 dell'art. 24 del Codice il riferimento al decreto ministeriale e ha demandato la definizione dei detti requisiti e criteri all'adottando regolamento unico, previsto dal comma 27-*octies* dell'art. 216, introdotto dalla lett. mm), n. 7), dello stesso decreto-legge.

La legge di conversione n. 55/2019 ha esteso tale modifica al comma 5 dell'art. 24, che rimandava allo stesso decreto anche l'individuazione dei criteri per garantire la presenza nelle procedure di giovani professionisti.

È stata inoltre modificata la disciplina transitoria, prevedendosi che nelle more dell'emanazione del regolamento unico si applichino le disposizioni del nuovo comma 27-*octies*, in luogo dell'applicazione delle disposizioni previste dal comma 5 dell'art. 216 del Codice che faceva rinvio agli artt. 254-256 del regolamento di attuazione del "vecchio" Codice (vale a dire del d.p.r. n. 207/2010).

E pertanto, fino all'adozione del regolamento unico, rimangono in vigore o restano efficaci le Linee Guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni: specificatamente, rimane efficace fino a tale data il citato d.m. 2 dicembre 2016, n. 263; rimangono altresì in vigore, in quanto non abrogate dal d.l., le Linee Guida n. 1 approvate dall'ANAC con delibera di Consiglio n. 973 del 14 settembre 2016, e successive rettifiche, recanti indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria.

2.2. Le incompatibilità

Il d.l. n. 32 modifica inoltre il comma 7 dell'art. 24 del Codice, recante la disciplina delle incompatibilità per i progettisti; ulteriori modifiche sono state apportate, anche in questo caso, dalla legge di conversione n. 55/2019.

Il comma 7, riproducendo le incompatibilità previste dall'art. 90, comma 8, d.lgs. n. 163/2006, pone il divieto per gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara di essere affidatari degli appalti o delle concessioni di lavori pubblici, nonché degli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione.

Non può partecipare ai medesimi appalti, concessioni, subappalti e cottimi un soggetto che – alla stregua dei criteri stabiliti dall'art. 2359 c.c. per le società – sia controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione.

Il principio di terzietà si estende ai dipendenti dell'affidatario, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai dipendenti di questi, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti.

La *ratio* della norma va individuata nell'esigenza di garantire che il progettista si collochi in posizione di imparzialità rispetto all'appaltatore-esecutore dei lavori, potendo svolgere una funzione sostanziale di ausilio alla P.A. nella verifica di conformità tra il progetto e i lavori realizzati. Se le posizioni di progettista e di appaltatore-esecutore dei lavori coincidessero, vi sarebbe il rischio di vedere attenuata la valenza pubblicistica della progettazione, con la possibilità di elaborare un progetto su misura per una impresa alla quale l'autore della progettazione sia legato, così agevolando tale impresa nell'aggiudicazione dell'appalto⁶.

Nell'applicazione giurisprudenziale si è affermato che l'incompatibilità dell'art. 24, comma 7, si pone non soltanto tra affidatario dell'incarico di progettazione ed affidatario dell'appalto di lavori per cui ha svolto progettazione (generalmente in r.t.i.), ma si estende al progettista che, pur non avendo partecipato alla gara quale concorrente o quale soggetto ausiliario o cooptato, sia tuttavia investito, da parte dell'operatore economico aggiudicatario, in forza di un rapporto di dipendenza o di collaborazione intrattenuto con quest'ultimo, di attività inerenti lo svolgimento dei lavori appaltati, indicate nell'offerta tecnica.

Questa conclusione trova riscontro nell'ampia portata della norma sul conflitto di interessi che, come detto, attribuisce rilevanza ad ogni situazione di interesse, diretto od indiretto, di qualsivoglia natura, nonché a qualsivoglia posizione del soggetto in conflitto di interessi che gli consenta di influenzare il risultato dell'aggiudicazione.

Una diversa lettura finirebbe, secondo il supremo Giudice Amministrativo, per rendere assolutamente agevole l'elusione dei divieti di cui all'art. 24, comma 7, mediante la partecipazione alla gara di enti dotati di personalità giuridica distinta da quella dei progettisti o dalla persona fisica dei progettisti, ove fosse consentito attribuire nella sostanza a questi ultimi un ruolo comunque rilevante in fase di esecuzione dei lavori⁷.

Il cumulo dei ruoli di progettista ed esecutore dei lavori è del resto vietato anche dalle norme deontologiche relative alla professione di ingegnere, laddove è disposto che il professionista non può, senza l'esplicito assenso del committente, essere partecipante nelle imprese, società e ditte fornitrici dell'opera progettata o diretta per conto del committente e deve sempre operare nel legittimo interesse del committente.

In dottrina⁸, le ipotesi di incompatibilità di cui al comma 7 dell'art. 24 sono definite di tipo "esterno", distinte da quelle "interne" alla gara di affidamento del servizio inerente l'ingegneria e l'architettura; tali ultime incompatibilità non sono esplicitate nel Codice, ma si desumono dal sistema normativo, e in particolare dalle norme relative alla disciplina generale dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi stabili. In applicazione di tale normativa generale, è fatto divieto agli operatori di partecipare alla medesima gara per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio stabile, ovvero di partecipare sia singolarmente che quali componenti di un raggruppamento temporaneo o

⁶ Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2015, n. 5454; 21 giugno 2012, n. 3656.

⁷ Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853.

⁸ Cfr. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Zanichelli, Bologna, 2017, 391 ss.

di un consorzio stabile. Inoltre, sempre in applicazione di un principio generale, il professionista non può partecipare alla medesima gara sia come singolo che come socio, amministratore, dipendente, consulente o collaboratore di una società di professionisti o di una società di ingegneria.

Il decreto correttivo (d.lgs. n. 56/2017), inserendo all'inizio del comma 7 dell'art. 24 il richiamo all'art. 59, comma 1, quarto periodo, ha opportunamente precisato che l'incompatibilità non opera negli eccezionali casi in cui è consentito l'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori, e cioè nei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità, locazione finanziaria, nonché delle opere di urbanizzazione a scomputo del contributo per il rilascio del permesso di costruire.

Il divieto di cui all'art. 59, peraltro, non trova applicazione nei settori speciali, non essendo la norma richiamata dall'art. 114 del Codice né dalle successive disposizioni di dettaglio.

Rileva inoltre, in tema di conflitto di interesse dei progettisti, anche l'art. 42 del Codice che, al comma 1, affida alle stazioni appaltanti il compito di prevedere misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.

L'ultimo periodo del comma 7 dell'art. 24 specifica che i divieti non si applicano laddove i soggetti indicati dimostrino che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori.

Tale norma fu inserita nel Codice anche su impulso del Consiglio di Stato che, nel parere n. 855 del 1° aprile 2016, evidenziava la necessità, dettata da ragioni di corretto adempimento degli obblighi discendenti dalla normativa europea, di riprodurre nell'art. 24 del Codice anche il testo dell'art. 90, comma 8-bis, d.lgs. n. 163/2006, inserito dalla legge europea 2013-bis (legge 30 ottobre 2014, n. 161), a tenore del quale i divieti per gli affidatari di incarichi di progettazione di ricevere in affidamento degli appalti o concessioni di lavori ad essi relativi «*non si applicano laddove i soggetti ivi indicati dimostrino che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori*». La disposizione ora richiamata era stata introdotta a fronte di una procedura di infrazione comunitaria (Eu Pilot 4860/13/MARKT). Inoltre, l'art. 57, comma 4, lett. e), direttiva 2014/24/UE prevede che non si faccia luogo all'esclusione dell'operatore economico dalla gara quando la situazione di conflitto di interessi in cui versa può essere risolta «*efficacemente con altre misure meno intrusive*» rispetto alla sanzione espulsiva.

Va evidenziato che la prevalente giurisprudenza, ancor prima dell'introduzione del comma 8-bis dell'art. 90 del vecchio Codice, già tendeva ad escludere l'automatismo del divieto per i progettisti di partecipare alla gara per l'affidamento dei lavori, affermando che la norma sull'incompatibilità va reputata quale espressione

di un principio generale, in forza del quale ai concorrenti ad una procedura di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione deve essere riconosciuta un'omogenea posizione, *ex se* implicante la più rigorosa parità di trattamento, dovendo comunque essere valutato se lo svolgimento di pregressi affidamenti presso la stessa stazione appaltante possa aver creato, per taluno dei concorrenti stessi, degli speciali vantaggi incompatibili con i principi – propri non soltanto dell'ordinamento italiano, ma anche di quello comunitario – di libera concorrenza e di parità di trattamento⁹.

Le Linee Guida n. 1 dell'ANAC prescrivono che nei bandi di gara per l'affidamento dei lavori si preveda che il concorrente, affidatario della progettazione dell'appalto in questione, deve produrre la documentazione atta a dimostrare che l'esperienza acquisita nello svolgimento dell'incarico non ha potuto falsare la concorrenza.

Le incompatibilità previste dal comma 7 dell'art. 24, in quanto fondate sul conflitto di interessi, anche solo potenziale, che investe il progettista affidatario degli appalti o delle concessioni di lavori pubblici, non si applicano alle ipotesi di affidamento delle diverse fasi della progettazione; anzi, l'art. 23, comma 12 del Codice pone il principio di continuità delle fasi di progettazione, disponendo che le progettazioni definitiva ed esecutiva sono preferibilmente svolte dal medesimo soggetto, onde garantire omogeneità e coerenza al procedimento; l'art. 26, comma 3 prevede inoltre che, al fine di accertare l'unità progettuale, si proceda alla verifica della conformità del progetto esecutivo o definitivo rispettivamente, al progetto definitivo o al progetto di fattibilità; in caso di motivate ragioni di affidamento disgiunto, il nuovo progettista deve accettare l'attività progettuale svolta in precedenza.

Secondo le citate Linee Guida n. 1 dell'ANAC, l'essere svolte la progettazione definitiva e quella esecutiva preferibilmente dal medesimo soggetto, rappresenta un elemento cardine, al fine di garantire omogeneità e coerenza al procedimento. Tenuto conto di tale principio di continuità e del divieto di cui all'art. 24, comma 7, è ammissibile la partecipazione alla gara per il servizio di progettazione definitiva ed esecutiva anche del progettista che ha redatto l'eventuale progetto di fattibilità tecnica e economica. Risulta infatti accentuato il criterio di continuità nello svolgimento delle varie fasi della progettazione, permanendo il solo divieto per gli affidatari degli incarichi di progettazione di partecipare alla gara per l'appalto dei lavori.

Sul descritto impianto normativo si innestano le modifiche apportate dall'art. 1, comma 1, lett. b), n. 2), d.l. n. 32/2019: al primo e al secondo periodo del comma 7 dell'art. 24, laddove sono previsti i divieti di affidamento della esecuzione di lavori ai progettisti, vengono soppressi i riferimenti alle «concessioni di lavori pubblici» ed è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «*Gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara possono essere affidatari delle concessioni di lavori pubblici a condizione che il concedente adotti misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla loro partecipazione.*».

Con la novella in esame si attua pertanto una bipartizione della disciplina delle incompatibilità, a seconda che si tratti dell'affidamento di una concessione (caso che viene ora disciplinato separatamente dal nuovo sesto periodo del comma 7) o di al-

⁹ Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 2012, n. 2402; Tar Lazio, sez. I, 18 ottobre 2012, n. 8595.

tre casistiche (che restano disciplinate dai primi cinque periodi, ove sono soppressi i riferimenti alle concessioni, dato che le stesse sono ora disciplinate unicamente dal sesto periodo citato).

E dunque, mentre per il caso di appalti, subappalti e cottimi resta ferma la disciplina previgente, secondo cui i soggetti ivi indicati, al fine di superare il divieto di cumulo degli incarichi di progettista ed esecutore, sono onerati di provare l'assenza di un conflitto di interesse, dimostrando che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori, per le concessioni invece la nuova disciplina introdotta dal d.l. n. 32/2019 afferma il principio che gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara possono essere affidatari delle concessioni di lavori pubblici, gravando il concedente del compito, cui è condizionata l'applicazione del principio, di adottare misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla loro partecipazione.

La modifica al comma 7 dell'art. 24 è presentata, nella relazione di accompagnamento del decreto al Senato, come finalizzata ad allineare alle disposizioni europee la disciplina della partecipazione alle procedure di gara nelle concessioni di lavori pubblici dei soggetti affidatari degli incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara. Al riguardo, la Commissione europea – Direzione generale del Mercato interno, dell'industria, dell'imprenditoria e delle PMI (DG Grow), con parere del 6 marzo 2019, nell'evidenziare che il divieto assoluto sancito dall'art. 24, comma 7, del Codice italiano è incompatibile con l'art. 41 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, (direttiva appalti pubblici) e con l'art. 3 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, (direttiva concessioni), ritiene che i concessionari uscenti, che hanno predisposto la progettazione da porre a base di gara, devono poter partecipare alla procedura di gara per l'affidamento delle concessioni, purché l'amministrazione aggiudicatrice adotti misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla loro partecipazione.

La legge di conversione n. 55/2019 ha apportato notevoli modifiche; in particolare, quello che era il comma 1 dell'art. 1 del d.l. 32/2019 è diventato il comma 20; tale norma ha soppresso l'integrazione del comma 7 dell'art. 24 del Codice con l'introduzione del sesto periodo, per cui sembrerebbe potersi desumere che gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara possano sempre essere affidatari delle concessioni di lavori pubblici.

Si determinerebbe, a questo punto, una ingiustificata disparità di trattamento di situazioni simili: mentre gli affidatari delle concessioni di lavori pubblici che abbiano svolto attività di progettazione non sarebbero più soggetti alla disciplina sulle incompatibilità, gli affidatari di appalti, subappalti e cottimi, invece, continuerebbero ad incorrere nei divieti di cui al comma 7 dell'art. 24, alla cui violazione conseguirebbe l'esclusione dalla gara, salvo dimostrare che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori.

Attendiamo pertanto l'interpretazione giurisprudenziale della nuova normativa e, probabilmente, un ulteriore prossimo intervento del legislatore.

Articolo 26

Verifica preventiva della progettazione

Commento di Francesco Tamburrino

1. La stazione appaltante, nei contratti relativi ai lavori, verifica la rispondenza degli elaborati progettuali ai documenti di cui all'articolo 23, nonché la loro conformità alla normativa vigente.

2. La verifica di cui al comma 1 ha luogo prima dell'inizio delle procedure di affidamento; nei casi in cui è consentito l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione, la verifica della progettazione redatta dall'aggiudicatario ha luogo prima dell'inizio dei lavori.

3. Al fine di accertare l'unità progettuale, i soggetti di cui al comma 6, prima dell'approvazione e in contraddittorio con il progettista, verificano la conformità del progetto esecutivo o definitivo rispettivamente, al progetto definitivo o al progetto di fattibilità. Al contraddittorio partecipa anche il progettista autore del progetto posto a base della gara, che si esprime in ordine a tale conformità.

4. La verifica accerta in particolare:

- a) la completezza della progettazione;
- b) la coerenza e completezza del quadro economico in tutti i suoi aspetti;
- c) l'appaltabilità della soluzione progettuale prescelta;
- d) presupposti per la durabilità dell'opera nel tempo;
- e) la minimizzazione dei rischi di introduzione di varianti e di contenzioso;
- f) la possibilità di ultimazione dell'opera entro i termini previsti;
- g) la sicurezza delle maestranze e degli utilizzatori;
- h) l'adeguatezza dei prezzi unitari utilizzati;
- i) la manutenibilità delle opere, ove richiesta.

5. Gli oneri derivanti dall'accertamento della rispondenza agli elaborati progettuali sono ricompresi nelle risorse stanziare per la realizzazione delle opere.

6. L'attività di verifica è effettuata dai seguenti soggetti:

a) per i lavori di importo pari o superiore a venti milioni di euro, da organismi di controllo accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020;

b) per i lavori di importo inferiore a venti milioni di euro e fino alla soglia di cui all'articolo 35, dai soggetti di cui alla lettera a) e di cui all'articolo 46, comma 1, che dispongano di un sistema interno di controllo della qualità ovvero dalla stazione appaltante nel caso in cui disponga di un sistema interno di controllo di qualità;

c) per i lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35 e fino a un milione di euro, la verifica può essere effettuata dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti ove il

progetto sia stato redatto da progettisti esterni o le stesse stazioni appaltanti dispongano di un sistema interno di controllo di qualità ove il progetto sia stato redatto da progettisti interni;

d) per i lavori di importo inferiore a un milione di euro, la verifica è effettuata dal responsabile unico del procedimento, anche avvalendosi della struttura di cui all'articolo 31, comma 9.

7. Lo svolgimento dell'attività di verifica è incompatibile con lo svolgimento, per il medesimo progetto, dell'attività di progettazione, del coordinamento della sicurezza della stessa, della direzione lavori e del collaudo.

8. La validazione del progetto posto a base di gara è l'atto formale che riporta gli esiti della verifica. La validazione è sottoscritta dal responsabile del procedimento e fa preciso riferimento al rapporto conclusivo del soggetto preposto alla verifica ed alle eventuali controdeduzioni del progettista. Il bando e la lettera di invito per l'affidamento dei lavori devono contenere gli estremi dell'avvenuta validazione del progetto posto a base di gara.

8-bis. Nei casi di contratti aventi ad oggetto la progettazione e l'esecuzione dei lavori, il progetto esecutivo ed eventualmente il progetto definitivo presentati dall'affidatario sono soggetti, prima dell'approvazione di ciascun livello di progettazione, all'attività di verifica.

La legge 14 giugno 2019, n. 55, di conversione con modifiche del d.l. n. 32/2019, ha innovato l'art. 26 del Codice aggiungendo, al comma 6, un ulteriore caso in cui la stazione appaltante ha la possibilità di effettuare l'attività di verifica attraverso i propri uffici interni, senza dover necessariamente ricorrere all'affidamento agli organismi accreditati ai sensi della normativa europea.

Giova analizzare previamente il contenuto dell'art. 26, per poi procedere al commento della modifica.

La norma impone che i progetti relativi a lavori e opere pubbliche siano sottoposti, prima dell'inizio dei lavori, a verifica da parte della stazione appaltante, al fine di accertare la rispondenza degli elaborati alle prescrizioni dettate dall'art. 23 del Codice in relazione ai diversi livelli di progettazione, nonché la loro conformità alla normativa vigente.

Laddove la progettazione sia affidata separatamente dalla esecuzione dei lavori, la verifica va effettuata prima dell'inizio delle procedure di affidamento; nel caso in cui, invece, si proceda all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione, la verifica del progetto redatto dall'aggiudicatario ha luogo prima dell'inizio dei lavori.

I criteri, i contenuti e i momenti della verifica tecnica dei vari livelli di progettazione sono stabiliti dal responsabile unico del procedimento, in relazione alle caratteristiche e all'importanza dell'opera.

L'attività di verifica assume un ruolo centrale nel processo di progettazione e appalto delle opere pubbliche, in quanto fondamentale strumento di prevenzione di errori e/o omissioni da cui possono conseguire maggiori costi e tempi di realizzazione.

La norma sottolinea l'importanza di accertare l'unità progettuale, attraverso la verifica della conformità del progetto esecutivo o definitivo rispettivamente, al pro-

getto definitivo o al progetto di fattibilità; tale accertamento ha luogo prima dell'approvazione e in contraddittorio col progettista.

Secondo la prassi operativa indicata dall'ANAC, nei casi di affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione, la verifica della progettazione presentata dall'affidatario avviene prima dell'esecuzione, procedendo singolarmente per ogni livello (definitivo ed esecutivo) alla verifica e all'approvazione¹.

In particolare, la verifica accerta: la completezza della progettazione; la coerenza e completezza del quadro economico in tutti i suoi aspetti; l'appaltabilità della soluzione progettuale prescelta; i presupposti per la durabilità dell'opera nel tempo; la minimizzazione dei rischi di introduzione di varianti e di contenzioso; la possibilità di ultimazione dell'opera entro i termini previsti; la sicurezza delle maestranze e degli utilizzatori; l'adeguatezza dei prezzi unitari utilizzati; la manutenibilità delle opere, ove richiesta.

Si tratta di una valutazione che non si limita all'accertamento formale della completezza degli elaborati, ma si estende agli aspetti tecnici del progetto; tuttavia, si ritiene in dottrina che il potere del verificatore non possa estendersi fino alla rimodulazione del progetto².

Gli oneri derivanti dall'accertamento della rispondenza agli elaborati progettuali sono ricompresi nelle risorse stanziare per la realizzazione delle opere.

Il procedimento di verifica si conclude con la validazione del progetto, che consiste in un atto formale, sottoscritto dal responsabile del procedimento, che riporta gli esiti della verifica facendo preciso riferimento al rapporto conclusivo redatto dal verificatore e alle eventuali controdeduzioni del progettista.

In sede di validazione, il responsabile del procedimento può dissentire dalle conclusioni del verificatore; in tal caso, l'atto formale di validazione o mancata validazione del progetto deve contenere specifiche motivazioni.

Gli estremi dell'avvenuta validazione del progetto posto a base di gara devono essere riportati nel bando e nella lettera di invito per l'affidamento dei lavori.

La validazione che conclude il procedimento di verifica estende i suoi effetti alla fase esecutiva del contratto poiché, ai sensi dell'art. 205, comma 2, terzo capoverso del Codice, l'appaltatore non può iscriverne riserve per maggiori compensi che abbiano ad oggetto gli aspetti progettuali sottoposti a verifica ai sensi dell'art. 26.

Il comma 6 dell'art. 26 del Codice, nella formulazione precedente la modifica apportata dalla legge n. 55/2019, disponeva che l'attività di verifica è svolta dai seguenti soggetti:

a) per i lavori di importo pari o superiore a venti milioni di euro, da organismi di controllo accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020;

¹Cfr. Linee Guida ANAC n. 1, recanti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria", approvate dal Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione con delibera n. 973 del 14 settembre 2016, rettificata con delibere del 16 novembre 2016 e del 18 gennaio 2017, aggiornate al d.lgs. n. 56/2017 con delibera del Consiglio dell'Autorità n. 138 del 21 febbraio 2018.

²F. CARINGELLA-M. PROTTO, *Il Codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Dike Giuridica, Roma, 2017, 131.

b) per i lavori di importo inferiore a venti milioni di euro e fino alla soglia di cui all'art. 35, dai soggetti di cui alla lett. a) e dai soggetti di cui all'art. 46, comma 1 – e cioè i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi di architettura e ingegneria – che dispongano di un sistema interno di controllo di qualità;

c) per i lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'art. 35 e fino a un milione di euro, la verifica può essere effettuata dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti ove il progetto sia stato redatto da progettisti esterni o le stesse stazioni appaltanti dispongano di un sistema interno di controllo di qualità ove il progetto sia stato redatto da progettisti interni; poiché la norma si esprime in termini di possibilità di effettuazione della verifica da parte degli uffici tecnici interni, si deve ritenere che in questi casi sia possibile anche l'affidamento della verifica a soggetti esterni;

d) per i lavori di importo inferiore ad un milione di euro, la verifica è effettuata dal responsabile unico del procedimento, anche avvalendosi della struttura di cui all'art. 31, comma 9 del Codice.

I soggetti indicati dalla lett. a) sono gli organismi di ispezione, i cui requisiti in materia di competenza sono indicati dalla norma internazionale UNI CEI EN ISO/IEC 17020³, che li distingue in organismi di ispezione di tipo A, B e C.

In particolare: gli organismi di tipo A sono soggetti terzi indipendenti dalla stazione appaltante, che non devono avere collegamenti con soggetti impegnati nella progettazione o in altre attività relative agli elementi sottoposti a ispezione; gli organismi di tipo B sono sostanzialmente le unità tecniche interne alla stazione appaltante, che possono svolgere servizi unicamente a favore di questa; gli organismi di tipo C sono strutture che possono essere incardinate nell'ambito di organizzazioni che svolgono anche attività di progettazione, e pertanto devono assicurare adeguata separazione di responsabilità tra il personale impiegato nell'ispezione e quello impiegato nelle altre funzioni.

Veniamo, quindi, alla modifica apportata all'art. 26 in esame dall'art. 1, comma 20, lett. b) del d.l. n. 32/2019, come modificato dalla legge di conversione n. 55/2019.

All'art. 26, comma 6, lett. b), del Codice sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «*ovvero dalla stazione appaltante nel caso in cui disponga di un sistema interno di controllo della qualità*».

E pertanto, per effetto della novella, la stazione appaltante può effettuare la verifica *in house* non solo per i progetti di lavori di importo superiore a un milione di euro e fino alla soglia dell'art. 35 (ovvero euro 5.225.000), ma anche per i lavori compresi tra tale soglia e i venti milioni di euro, purché la stessa stazione appaltante disponga di un sistema interno di controllo della qualità.

La *ratio* della norma sembra essere quella di eliminare l'aggravio della procedura e l'aumento dei costi conseguenti alla necessità di affidare a soggetti esterni, e cioè gli organismi qualificati, l'attività di verifica dei progetti per i lavori di importo superiore alla soglia comunitaria.

Tale esigenza era stata già manifestata in sede di Conferenza unificata per l'espres-

³ Cfr. norma numero UNI CEI EN ISO/IEC 17020:2012, *Valutazione della conformità – Requisiti per il funzionamento di vari tipi di organismi che eseguono ispezioni*, entrata in vigore il 17 maggio 2012.

sione del parere sullo schema del decreto correttivo, tanto che l'ANCI aveva avanzato la proposta di modificare l'art. 26, inserendovi la possibilità che la verifica fosse effettuata dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti qualificate ai sensi dell'art. 38 che dispongano di un sistema interno di controllo di qualità certificato, in conformità alla norma UNI EN ISO 9001, da organismi di certificazione accreditati⁴, così da assicurare la qualità dell'attività di verifica.

In concreto, l'attuale formulazione dell'art. 26, comma 6, consente alla stazione appaltante di provvedere alla verifica di tutti i progetti, con la sola esclusione di quelli relativi a lavori di importo pari o superiore a venti milioni di euro, la cui verifica rimane riservata agli organismi di controllo accreditati; per la verifica dei progetti relativi a lavori di importo superiore a un milione di euro, si richiede che la stazione appaltante disponga di un sistema interno di controllo di qualità.

Sembra, in certa misura, riemergere dalla norma novellata il principio cui era ispirata la normativa precedente; in particolare, il già vigente art. 47 del d.p.r. n. 207/2010 consentiva in ogni caso alla stazione appaltante di effettuare la verifica della progettazione, attraverso strutture e personale tecnico della propria amministrazione, ovvero avvalendosi delle strutture tecniche di altre amministrazioni.

Va evidenziato che, secondo autorevole dottrina⁵, la possibilità che la verifica progettuale sia sempre effettuata da uffici interni alla stazione appaltante, che abbiano i requisiti professionali richiesti, deve ritenersi ancora vigente, sicché le lett. a) e b) dell'art. 26, comma 7, vanno interpretate come riferite non solo a soggetti esterni, ma anche a organismi di controllo accreditati, interni alle stazioni appaltanti.

Un ultimo cenno va fatto alle incompatibilità previste dal comma 7 dell'art. 26; in particolare, lo svolgimento dell'attività di verifica è incompatibile con lo svolgimento, per il medesimo progetto, dell'attività di progettazione, del coordinamento della sicurezza della stessa, della direzione lavori e del collaudo.

Si tratta di ipotesi che possono riguardare tutti i soggetti verificatori, siano essi interni od esterni alla stazione appaltante.

Pertanto, per i lavori di importo inferiore al milione di euro, il responsabile unico del procedimento che abbia redatto il progetto non potrà svolgere le attività di verifica preventiva; ove egli abbia effettuato attività di verifica, non potrà svolgere le funzioni di direzione dei lavori, di coordinamento della sicurezza e di collaudo.

Con riferimento alla verifica di progetti di lavori di importo superiore al milione di euro, l'incompatibilità riguarda sia gli organismi di tipo B, in quanto strutture tecniche interne alla stazione appaltante, sia i soggetti esterni, e cioè gli organismi di ispezione di tipo C nonché i soggetti di cui all'art. 46, comma 1; mentre, in concreto, non possono verificarsi ipotesi di incompatibilità in capo agli organismi di tipo A, in quanto questi non possono svolgere attività di progettazione.

⁴ Cfr. Conferenza unificata, *Parere, ai sensi dell'articolo 1, comma 3 e comma 8 della legge 28 gennaio 2016, n. 11, sullo schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, Rep. atti n. 33/CU del 30 marzo 2017.

⁵ R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Zanichelli, Bologna, 2017, 373.

Articolo 29

Principi in materia di trasparenza

Commento di Filippo Colapinto

1. Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente" con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione con le modalità previste dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Gli atti di cui al presente comma recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente. Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla pubblicazione sul profilo del committente.

2. Gli atti di cui al comma 1, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 53, sono, altresì, pubblicati sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sulla piattaforma digitale istituita presso l'ANAC, anche tramite i sistemi informatizzati regionali, di cui al comma 4, e le piattaforme regionali di e-procurement interconnesse tramite cooperazione applicativa.

3. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano collaborano con gli organi dello Stato alla tutela della trasparenza e della legalità nel settore dei contratti pubblici. In particolare, operano in ambito territoriale a supporto delle stazioni appaltanti nell'attuazione del presente codice e nel monitoraggio delle fasi di programmazione, affidamento ed esecuzione dei contratti.

4. Per i contratti e gli investimenti pubblici di competenza regionale o di enti territoriali, le stazioni appaltanti provvedono all'assolvimento degli obblighi informativi e di pubblicità disposti dal presente codice, tramite i sistemi informatizzati regionali e le piattaforme telematiche di e-procurement ad essi interconnesse, garantendo l'interscambio delle informazioni e l'interoperabilità, con le banche dati dell'ANAC, del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

4-bis. Il Ministero dell'economia e delle finanze, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, l'ANAC e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome per i sistemi di cui ai commi 2 e 4 condividono un protocollo generale per definire le regole di interope-

rabilità e le modalità di interscambio dei dati e degli atti tra le rispettive banche dati, nel rispetto del principio di unicità del luogo di pubblicazione e di unicità dell'invio delle informazioni. Per le opere pubbliche il protocollo si basa su quanto previsto dal decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229. L'insieme dei dati e degli atti condivisi nell'ambito del protocollo costituiscono fonte informativa prioritaria in materia di pianificazione e monitoraggio di contratti e investimenti pubblici.

Sommario: 1. Il regime di pubblicità nei contratti pubblici. L'art. 29 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. – 2. Rito appalti “super accelerato” ex art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., procedimento richiamato dall'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 ed abrogato dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32. – 3. L'art. 29 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e riparto di competenza legislativa tra Stato, Regioni e Province Autonome di Trento e Bolzano.

1. Il regime di pubblicità nei contratti pubblici. L'art. 29 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Le applicazioni del principio di imparzialità, di cui all'art. 1 della legge n. 241/1990, sono i criteri di pubblicità e di trasparenza¹, termini usati molto spesso come sinonimi. La pubblicità si intende, infatti, quale modalità di conoscibilità, attraverso cui l'amministrazione “comunica” ai cittadini dati, atti, notizie (albi pretori, gazzette, bollettini ufficiali); la trasparenza riguarda, invece, ogni aspetto dell'organizzazione, ogni comportamento: trasparenza come “comprensibilità”², in modo

¹ Quest'ultimo era ritenuto pacificamente immanente al nostro ordinamento come principio, ancor prima della modifica operata all'art. 1 dalla l. n. 15/2005.

² R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 416 ss. Per un'essenziale letteratura sul tema, nell'ampio panorama dottrinale: R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo*. Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1986, Milano, 1989, 15; G. PASTORI, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *op. ult. cit.*, 29 ss. e in *Dir. proc. amm.*, 1987, 528; R. LASCHENA-A. PAJNO, *Trasparenza e riservatezza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 5 ss.; S. AGRIFOGLIO, *La trasparenza dell'azione amministrativa e il principio del contraddittorio: tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 46 ss.; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXXI agg., Roma 1995; ID., *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5945 ss.; G. ABBAMONTE, *La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza. Introduzione al tema*, in AA.VV., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza*. Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione – Varenna 1989, Milano, 1991, 13 ss.; G. VIRGA, *Trasparenza della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale*, *ivi*, 353 ss.; F.M. NICOSIA, *Principio di trasparenza dell'azione amministrativa ed obbligo di motivazione. Il diritto di accesso*, Napoli, 1992; A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la trasparenza*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994, 101 ss.; R. CHIEPPA, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 1994, 613 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *A proposito di tutela della riservatezza e trasparenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 725 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *In tema di trasparenza amministrativa e di diritto alla*