

Schema di decreto legislativo recante il nuovo “Codice dei contratti pubblici”: osservazioni in tema di SIA

di Beatrice Armeli

“ Come noto, sul testo del nuovo Codice dei contratti pubblici, diversi “stakeholders” hanno presentato le proprie osservazioni, da ultimo sull’atto parlamentare n. 19. In particolare, per quanto concerne i servizi di ingegneria e architettura, numerosi sono stati i richiami ad una maggiore attenzione al settore e per una più completa disciplina, valorizzante la progettazione e i professionisti tecnici. Il presente contributo intende riepilogare i punti principali di criticità emersi dalle diverse prospettive di lettura¹, alla luce della dichiarata *intentio legis*, non mancando di esplicitare talune ulteriori considerazioni². L’ordine degli argomenti rispecchia quello delle disposizioni normative, includendo la menzione delle lacune riscontrate rispetto al testo del Codice allo stato ancora vigente. ”

1. Divieto di prestazione d’opera intellettuale a titolo gratuito

L’art. 8 dello schema del nuovo Codice, dopo aver codificato il principio di autonomia contrattuale, disciplina il divieto di prestazioni d’opera intellettuale a titolo gra-

tuito. È, in particolare, il comma 2, primo periodo, a disporre che le prestazioni d’opera intellettuale non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione. Il secondo periodo del comma in esame precisa inoltre che, fatti salvi i predetti casi eccezionali, la pubblica amministrazione garantisce comunque l’applicazione del principio dell’equo compenso.

Detta disposizione non trova una sua corrispondente nel vigente d.lgs. 50/2016. Per quanto concerne i SIA, si possono ricordare i commi 8 e 8-ter dell’art. 24. Ai sensi delle citate disposizioni, le tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni e delle attività sono approvate dal Ministero della giustizia (v. d.m. 17 giugno 2016, c.d. Decreto Parametri) e sono utilizzate dalle stazioni appaltanti quale criterio o base di riferimento ai fini dell’individuazione da porre a base di gara dell’affidamento. Inoltre, “[n]ei 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 con-

(1) Ai fini del presente scritto, le principali fonti di riferimento sono state: *Dossier Servizio Studi di Camera e Senato A.G. 19*, del 16 gennaio 2023; *Osservazioni di ANAC in relazione all’Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 19*, del 2 febbraio 2023; *Memoria OICE*, in audizione presso la Commissione VIII Ambiente, del 26 gennaio 2023; *Memoria ANGE*, in audizione presso la Commissione VIII Ambiente, del 26 gennaio 2023; *Posizione della Conferenza delle regioni e delle province autonome sullo schema di decreto legislativo recante “codice dei contratti pubblici”*, del 26 gennaio 2023; *Emendamenti di RPT alla bozza di riforma del codice dei contratti pubblici*, del novembre 2022.

(2) In questa sede non è possibile soffermarsi su tutti i profili problematici emersi di carattere generale che comunque, trasversalmente, toccano anche il settore dei SIA. Pertanto, il contributo si focalizza esclusivamente su quelle tematiche di stretta attinenza ai servizi tecnici.

tratti relativi ai beni culturali, secondo quanto previsto dall'articolo 151".

Come evidenziato nella Relazione illustrativa, il comma 2 del nuovo art. 8 intende dare attuazione al criterio direttivo della legge delega (l. 21 giugno 2022, n. 78), esplicitato *sub lett. l)* ("divieto di prestazione gratuita dell'attività professionale, salvo che in casi eccezionali e previa motivazione"). Il divieto è stato inteso in senso letterale e, quindi, riferito solo alle "prestazioni d'opera intellettuale" di cui agli artt. 2229 e ss. del codice civile, per le quali deve operare la regola dell'equo compenso ai sensi dell'art. 2233 c.c. Per il resto si ribadisce, invece, la generale ammissibilità dei contratti gratuiti con la p.a. che non abbiano ad oggetto prestazioni intellettuali.

In proposito, viene ricordata la sentenza del Consiglio di Stato n. 7442 del 2021, ove si legge che "se è vero [...] che nel quadro costituzionale ed eurounitario vigente la prestazione lavorativa a titolo gratuito è lecita e possibile e che il 'ritorno' per chi la presta può consistere anche in un vantaggio indiretto (arricchimento curriculare, fama, prestigio, pubblicità), la funzione amministrativa, da svolgere nel rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, non può non incentrare la sua concreta azione sui cardini della prevedibilità, certezza, adeguatezza, conoscibilità, oggettività ed imparzialità dei criteri di formazione dell'elenco al quale attingere e di affidamento degli incarichi. La tenuta costituzionale del sistema basato sulle richieste di prestazioni gratuite da parte delle Pubbliche Amministrazioni si può ammettere solo se è previamente previsto un meccanismo procedimentale che dia idonee garanzie circa il fatto che la concreta azione amministrativa sia ispirata a criteri, canoni e regole di assoluta imparzialità nella selezione e nella scelta dei professionisti, di modo che in questo 'nuovo mercato' delle libere professioni nessuno abbia ad avvantaggiarsi a discapito di altri".

Criticità:

- la disposizione si ritiene non sufficientemente garantistica nei confronti dei professionisti tecnici.

Proposte:

- esplicitare che nessuna prestazione professionale può essere resa gratuitamente;
- puntualizzare che, oltre al principio dell'equo compenso, la p.a. deve garantire anche l'applicazione dei parametri professionali vigenti (RPT).

Da parte nostra, ci limitiamo ad osservare come l'art. 8 in parola, nel sancire espressamente il "divieto di presta-

zioni d'opera intellettuale a titolo gratuito", ribalta, in un qual modo, il criterio direttivo: se questo, infatti, richiede la generale onerosità delle prestazioni professionali (non solo quelle d'opera intellettuale), ammettendosi deroghe solo in casi eccezionali e previa adeguata motivazione, la norma attuativa – così come congegnata – sancisce la generale "facoltà dell'amministrazione di affidare incarichi a titolo gratuito" (v. comma 1), eccezione fatta per le prestazioni d'opera intellettuale, in ossequio al principio fissato al sopra menzionato comma 2. La previsione dovrebbe invero rasserenare coloro che, già dalla lettura della legge di delega, avevano criticamente desunto – forse anche fondatamente vista la giurisprudenza sul punto³ – la possibilità di affidamento di incarichi di SIA a titolo gratuito. La riconduzione dei servizi di ingegneria e architettura nell'ambito delle prestazioni d'opera intellettuale dovrebbe infatti essere garanzia di necessaria onerosità del contratto di affidamento, con vantaggio economico diretto per il professionista, senza trovare eccezione neppure nei settori speciali, in virtù di quanto previsto dall'art. 141, comma 3, lett. a), che richiama tra le norme applicabili anche quella relativa al divieto di prestazioni professionali gratuite.

2. Metodo di calcolo dell'importo stimato degli appalti

L'art. 14, comma 14, dello schema del nuovo Codice prevede gli importi da mettere come base per il calcolo dell'importo stimato dell'appalto, a seconda del tipo di servizio. In particolare, per quanto riguarda i SIA, si menzionano solo gli appalti riguardanti la progettazione, con riferimento ai quali occorre considerare gli onorari, le commissioni da pagare e altre forme di remunerazione. La disposizione rispecchia *in toto* la previsione contenuta nell'attuale art. 35, comma 14, lett. c), del d.lgs. 50/2016.

Criticità:

- non vengono contemplati i servizi di ingegneria e architettura in generale.

Proposte:

- chiarire che per i SIA devono essere sempre utilizzati i parametri a base del calcolo, i quali devono es-

(3) V. ad es.: Cons. Stato, sez. IV, 9 novembre 2021, n. 7442; Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2019, n. 2094; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 29 aprile 2021, n. 1071.

sere aggiornati in relazione alle modifiche apportate dal nuovo Codice – per esempio, riduzione dei livelli di progettazione, nuovi contenuti del PFTE- (RPT).

3. Livelli di progettazione

La disciplina dei livelli e dei contenuti della progettazione è contenuta nell'art. 41 dello schema del nuovo Codice. Il comma 1 stabilisce che “[l]a progettazione in materia di lavori pubblici, si articola in due livelli di successivi approfondimenti tecnici”, introducendo così una riduzione degli attuali tre livelli di progettazione, che vengono portati a due: quello del progetto di fattibilità tecnica ed economica e quello del progetto esecutivo, che diventa dunque secondo. Tale soluzione costituirebbe attuazione del criterio direttivo previsto dalla lett. q) della legge delega, finalizzato alla “*semplificazione delle procedure relative alla fase di approvazione dei progetti in materia di opere pubbliche, anche attraverso la ridefinizione dei livelli di progettazione ai fini di una loro riduzione, lo snellimento delle procedure di verifica e validazione dei progetti e la razionalizzazione della composizione e dell'attività del Consiglio superiore dei lavori pubblici*”.

Il comma 2 prevede che in un apposito allegato, specificatamente l'Allegato I.7 destinato comunque ad essere sostituito da un corrispondente regolamento ministeriale, venga definito il contenuto minimo del quadro delle necessità e del documento di indirizzo della progettazione che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono predisporre.

Il comma 3 specifica ulteriormente i contenuti del predetto Allegato, stabilendo infatti quest'ultimo anche i requisiti delle prestazioni che devono essere previsti nel progetto di fattibilità tecnica ed economica. Qualora poi vengano impiegati metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni, il documento di indirizzo della progettazione deve contenere il capitolato informativo. Peraltro, secondo quanto disposto dall'Allegato I.9 (Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni), in caso di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, le stazioni appaltanti sono tenute a predisporre un capitolato informativo da allegare alla documentazione di gara, coerente con la definizione dei requisiti informativi e con il documento di indirizzo alla progettazione e il cui

contenuto minimo è esplicitato nel medesimo Allegato. Il comma 5 traduce poi in concreto la disposta riduzione dei livelli di progettazione, stabilendo che la stazione appaltante o l'ente concedente debbano definire, in funzione della specifica tipologia e dimensione dell'intervento, le caratteristiche, i requisiti e gli elaborati progettuali necessari per la definizione di ogni fase della relativa progettazione. Inoltre, in ottica semplificatoria, per gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria è possibile omettersi la redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica a condizione che il progetto esecutivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omesso.

Il comma 6 dettaglia le finalità ed il contenuto del progetto di fattibilità tecnica ed economica, fornendo i criteri da osservare per la relativa redazione.

Mentre il comma 8 contiene l'indicazione del contenuto del progetto esecutivo e dei necessari documenti a corredo. A riguardo, si specifica che alla redazione provvede, di regola, lo stesso soggetto che ha predisposto il progetto di fattibilità tecnica ed economica, per evidenti ragioni connesse alle garanzie di coerenza e speditezza. L'affidamento disgiunto non è comunque precluso, imponendosi, però, l'esplicitazione delle ragioni per le quali si rende necessario, nonché l'accettazione da parte del nuovo progettista, senza riserve, dell'attività progettuale svolta in precedenza.

Il comma 9 contiene una specificazione per il caso in cui entrambi i livelli di progettazione costituiscano oggetto di affidamento esterno, stabilendosi, in tale ipotesi, che l'avvio della progettazione esecutiva è condizionato alla determinazione delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti sul progetto di fattibilità tecnica ed economica; inoltre, anche in tal caso, ai fini della verifica di coerenza tra le varie fasi (rispondenza del progetto alle esigenze espresse nel documento d'indirizzo; conformità alla normativa vigente), trovano applicazione le previsioni dell'art. 42, comma 1, concernenti la progettazione dei lavori.

Il comma 10 stabilisce, in continuità con le analoghe previsioni contenute nel Codice vigente e con lo scopo di garantire equilibrio ed efficienza nella gestione, che gli oneri correlati a tutte le attività specificamente indicate gravano sulle disponibilità finanziarie della stazione appaltante o dell'ente concedente.

Con specifico riguardo all'Allegato I.7, dettante la disciplina dei contenuti della progettazione nei suoi due

diversi livelli, nonché della verifica della progettazione medesima, in attuazione degli artt. da 41 a 44, nella Relazione illustrativa si spiega come si tratti di un Allegato fortemente innovativo rispetto alla disciplina previgente, nella cui predisposizione si è tenuto conto delle norme del previgente d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, costituenti ancora la disciplina attuativa vigente su questi aspetti, ma anche di provvedimenti elaborati e mai entrati in vigore, quali lo schema di decreto ministeriale recante “Definizione dei contenuti della progettazione nei tre livelli progettuali” e lo schema di regolamento unico predisposto in attuazione dell’art. 216, comma 27-octies, del d.lgs. 50/2016, nonché del d.m. 1 dicembre 2017, n. 560, con il quale, ai sensi dell’art. 23, comma 13, del vigente Codice, sono stati definiti i tempi e le modalità della progressiva, obbligatoria, introduzione dei cc.dd. “appalti BIM”. Per quanto riguarda la verifica e la validazione del progetto, le norme dell’Allegato recepiscono le ulteriori novità introdotte dal nuovo Codice, con la tendenziale devoluzione di tali attività alla stessa stazione appaltante, per tramite del RUP o delle proprie strutture tecniche e amministrative, tipizzando i casi di esternalizzazione di tali prestazioni tecniche.

Criticità:

- incertezza sul rapporto tra i nuovi livelli di progettazione a cura dei professionisti e le programmazioni a cura della p.a.;
- assenza di disposizioni che siano in grado di guidare le stazioni appaltanti nelle procedure di affidamento di servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria;
- il fatto che il DOCFAP sia obbligatorio solo per le opere sopra-soglia, restando facoltativo per le opere sotto soglia, potrebbe costituire una criticità per le opere di importo compreso tra 150.000 euro e la soglia comunitaria, considerato che la redazione del documento è onerosa dal punto di vista tecnico;
- rischio che l’amministrazione possa sottostimare il valore dell’appalto al fine di non redigere il DOCFAP;
- poiché ai sensi dell’art. 120, comma 5, dello schema del nuovo Codice, sono sempre consentite le varianti in corso d’opera non sostanziali, a prescindere dal loro valore, un progetto appena sotto-soglia, per il quale il DOCFAP non è obbligatorio, potrebbe poi subire un incremento di costo in corso d’opera per varianti, con elusione della norma;

- l’assenza del DOCFAP negli appalti sotto-soglia potrebbe inoltre determinare criticità progettuali nei successivi livelli di progettazione (RPT);
- mancato richiamo all’applicazione del c.d. Decreto Parametri (RPT, OICE);
- la previsione secondo cui, in caso di affidamento congiunto dei due livelli progettazione, il nuovo progettista accetti senza riserve l’attività progettuale svolta in precedenza potrebbe limitare la responsabilità e l’autonomia progettuale (Conferenza Unificata);
- non replicato il divieto di subappalto della progettazione e delle attività ad essa connesse (v. *infra*, § 12).

Proposte:

- puntualizzare il rapporto tra i nuovi livelli di progettazione a cura dei professionisti e le programmazioni a cura della p.a., chiarendo, in particolare, che il documento di fattibilità delle alternative progettuali individua la soluzione che l’amministrazione intende perseguire e che verrà assunta dal documento di indirizzo della progettazione, il quale conterrà le indicazioni di natura progettuale per la redazione del PFTE;
- al fine di incentivare l’utilizzo del DOCFAP anche negli appalti sotto-soglia, prevedere un DOCFAP da predisporre in forma semplificata;
- specificare meglio il contenuto dei livelli di progettazione, prevedendosi in più che la progettazione è volta ad assicurare anche la compatibilità geologica, geomorfologica e idrogeologica dell’opera (RPT);
- introdurre un riferimento alla quantificazione dei compensi per i servizi di ingegneria e architettura, fornendo indicazioni sulla relativa determinazione nell’Allegato I.7 (Conferenza unificata);
- richiamare il decreto ministeriale che fissa i parametri per il calcolo dei compensi delle prestazioni tecniche, prevedendone nel contempo l’aggiornamento sia alla diversa articolazione della fase progettuale, sia alle nuove prestazioni che sono richieste nell’Allegato I.7 anche in termini di modellazione elettronica (OICE, RPT);
- precisare che, nel caso di affidamento congiunto dei due livelli di progettazione, per i lavori di manutenzione, il corrispettivo dovrà tener conto anche delle aliquote del livello omesso (RPT);

- recepire in un apposito allegato le regole oggi previste nelle Linee guida ANAC n. 1 in materia di affidamento di servizi di ingegneria e architettura e altri servizi tecnici (OICE);
- prevedere il divieto di subappalto della progettazione e delle attività ad essa connesse, così come previsto nell'attuale quadro normativo (v. *infra*, § 12).

Da parte nostra ci limitiamo qui ad osservare come determinante sarà la modalità applicativa delle disposizioni di nuovo conio che non può non tenere conto dei recenti arresti dell'ANAC, ricordandosi a riguardo, in particolare, come le carenze progettuali, comportanti a loro volta una non corretta determinazione dell'importo a base di gara, determinino l'impossibilità per gli operatori economici di valutare compiutamente l'entità degli interventi e i tempi di realizzazione e, dunque, di formulare correttamente l'offerta, in violazione dei principi di trasparenza, concorrenza e *par condicio* (Delibera ANAC 13 dicembre 2022, n. 592). Infatti, la capacità o meno della stazione appaltante di porre a base di gara tutti i documenti completi delle indicazioni dettate dall'Allegato I.7 potrà risolvere o acuire il diffuso problema noto ai professionisti di settore che spesso si ritrovano nella necessità – per salvaguardare la qualità della progettazione (come richiesto dalla legge e dal contratto) – di compiere attività afferenti al progetto di fattibilità tecnica ed economica tecnicamente indispensabili per la corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali relative alla progettazione definitiva/esecutiva, senza che però dette attività siano state esplicitate nella stima delle competenze tecniche. Da ricordare, a riguardo, che, secondo le prescrizioni fornite dall'ANAC nel Comunicato 8 novembre 2022, “*non solo è necessario che la documentazione di gara riporti l'elenco dettagliato delle prestazioni oggetto dell'incarico e i relativi corrispettivi (secondo i criteri stabiliti dal d.m. 17 giugno 2016 (c.d. Decreto Parametri) ma che qualsiasi prestazione non espressamente considerata deve ritenersi al di fuori del vincolo contrattuale e potrà essere richiesta in corso di esecuzione nei limiti in cui è consentito all'amministrazione esercitare lo ius variandi*”. Inoltre, in virtù di quanto prescritto dalle Linee guida n. 1, “[A] l fine di garantire il principio dell'equo compenso [...], al professionista non possono essere richieste prestazioni ulteriori rispetto a quelle a base di gara, che non sono state considerate ai fini della determinazione dell'importo a base di gara” (parte III, punto 2, pag. 8). Occorre

dunque che questo sostrato giuridico, già immanente nei principi propri del nostro ordinamento, non vada perduto nell'applicazione del nuovo Codice, facendosi anche buon governo del “*principio della fiducia*” di cui all'art. 2.

Indubbiamente, poi, non meno importante si pone la necessità di riscrivere il d.m. 17 giugno 2016 (c.d. decreto Parametri), il quale – come osservato – non è stato menzionato nel testo del nuovo Codice e dei relativi Allegati. Certamente non ci si potrà limitare, *sic et simpliciter*, ad eliminare le voci del progetto definitivo indicate nelle rispettive tabelle. La mancanza di adeguati parametri, adattati ai nuovi livelli di progettazione, costituisce una grave lacuna che non può essere colmata mediante un'applicazione “analogica” e discrezionale, da parte della singola stazione appaltante, delle tabelle allo stato vigenti. Se cambiano i livelli di progettazione e i relativi contenuti, cambiano anche i parametri per la determinazione del corrispettivo del relativo servizio.

4. Appalto integrato

Attualmente, il divieto di appalto integrato, previsto in linea generale dall'art. 59 del d.lgs. 50/2016 (che lo ammette solo se l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto di affidamento è nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo), è stato oggetto di sospensione fino al 30 giugno 2023 per effetto dell'art. 1, comma 1, lett. b), del d.l. 32/2019, come modificato dall'art. 8, comma 7, del d.l. 76/2020, ed ancora, per effetto del differimento previsto dall'art. 52, comma 1, lett. a), del d.l. 77/2021; mentre per gli appalti nell'ambito del PNRR/PNC, l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione è ammesso sulla base di quanto previsto dall'art. 48, comma 5, del d.l. 77/2021.

Nello schema del nuovo Codice, la disciplina dell'appalto integrato è dettata dall'art. 44. Il comma 1, in particolare, prevede che negli appalti di lavori, con la decisione di contrarre, la stazione appaltante o l'ente concedente, se qualificati, possano stabilire che il contratto abbia per oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvato, precisandosi altresì che la facoltà di affidamento congiunto di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori non possa però essere esercitata per gli appalti di opere di manutenzione ordinaria.

Il comma 2 dispone inoltre che la stazione appaltante o l'ente concedente motivino la scelta con riferimento alle esigenze tecniche e tenendo sempre conto del rischio di eventuali scostamenti di costo nella fase esecutiva rispetto a quanto contrattualmente previsto.

Il comma 3 stabilisce poi che in caso di appalto integrato gli operatori economici debbano possedere i requisiti prescritti per i progettisti, oppure avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione, puntualizzando anche come la qualificazione per la progettazione comprenda pure l'uso di metodi e strumenti digitali per la gestione informativa mediante modellazione.

Il comma 4 prevede che l'offerta deve essere valutata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo; la stessa, avente ad oggetto sia il progetto esecutivo che il prezzo, deve indicare distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori. Nella Relazione illustrativa si sottolinea peraltro come tale previsione non sia da ritenere derogabile mediante il ricorso alle procedure negoziate senza bando che, ai sensi dell'art. 1, comma 3, del d.l. 76/2020, consentono, a determinate condizioni, di avvalersi del criterio del prezzo più basso.

Ancora, ai sensi del comma 5, l'esecuzione dei lavori può iniziare solo dopo l'approvazione, da parte della stazione appaltante, del progetto esecutivo. Mentre il comma 6, per i casi in cui l'operatore economico si avvalga di uno o più soggetti qualificati alla redazione del progetto, disciplina da ultimo le modalità di corresponsione diretta al progettista degli oneri relativi alla progettazione esecutiva indicati in sede di offerta. Criticità:

- non corretta attuazione del dettato della legge delega (v. lett. *ee*), il quale richiede di individuare i casi in cui ricorrere a tale strumento;
- rischio di un uso improprio dell'istituto per mancata definizione di dettaglio delle condizioni di ricorso allo stesso (RPT);
- conseguente liberalizzazione dell'istituto a discapito della qualità e della centralità del progetto;
- mancata previsione di limiti agli aumenti di costi della fase esecutiva (OICE);
- incremento dei tempi e dei costi finali, considerando che, nell'esperienza, l'utilizzo indiscriminato

dell'appalto integrato, ha evidenziato criticità in relazione alla tendenza: i) a procrastinare la definizione di problematiche progettuali alla stesura dell'esecutivo a carico dell'impresa, spesso con notevoli incrementi di costo e varianti; ii) a redigere un progetto esecutivo atto alla massimizzazione dei guadagni dell'impresa piuttosto che alla soddisfazione dell'interesse pubblico;

- rischio di una contrazione del mercato dei servizi di ingegneria a svantaggio dei singoli professionisti e studi professionali, con sottrazione alla concorrenza delle gare per l'affidamento della progettazione esecutiva (ANAC).

Proposte:

- guardare alla formulazione della vigente norma del codice che potrebbe, in parte, essere confermata;
- prevedere che il ricorso all'appalto integrato sia motivato in ragione dell'elevato contenuto tecnologico dei lavori da eseguire, per i quali le imprese possano convenientemente offrire soluzioni tecniche innovative (ANAC);
- prevedere che il ricorso a tale strumento sia escluso per gli interventi di manutenzione e confinato ai casi in cui si sia in presenza di lavori particolarmente complessi dal punto di vista tecnologico e impiantistico (OICE);
- introdurre una soglia di importo opere come minima per il ricorso a tale istituto;
- specificare che il corrispettivo per la progettazione esecutiva sarà corrisposto dalla stazione appaltante al progettista (RPT).

Si può in aggiunta notare come non vengano fatti salvi regimi speciali di appalto integrato, come quello disposto dall'art. 48, comma 5, del d.l. 77/2021, che sarà quindi evidentemente da "rivedere" alla luce dell'emananda normativa, specie in punto di livelli di progettazione.

5. Incentivi alle funzioni tecniche

L'art. 45 dello schema del nuovo Codice, riscrivendo l'art. 113 dell'attuale d.lgs. 50/2016, disciplina gli incentivi per le funzioni tecniche. La Relazione illustrativa chiarisce che la finalità della disposizione è quella "di stimolare, attraverso la corretta erogazione degli incentivi, l'incremento delle professionalità interne all'amministrazione e il risparmio di spesa per mancato ricorso

a *professionisti esterni*". In particolare, il comma 2 dispone, anche per gli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione, che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti destinino risorse finanziarie per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti specificate nell'Allegato I.10 in misura non superiore al 2% dell'importo dei lavori, dei servizi e delle forniture, posto a base delle procedure di affidamento. È fatta salva, ai fini dell'esclusione dall'obbligo di destinazione delle risorse di cui al comma 2, la facoltà delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti di prevedere una modalità diversa di retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti.

Criticità:

- contrarietà rispetto alla scelta di reintrodurre l'incentivo a favore dei tecnici dipendenti delle stazioni appaltanti per la fase di progettazione, posto che compito principale della p.a. dovrebbe continuare ad essere quello di programmare e controllare, lasciando al mercato la redazione dei progetti, anche e soprattutto alla luce delle innovazioni tecnologiche concernenti la digitalizzazione del processo di produzione dei progetti, per cui risulterebbe anti-economico strutturare uffici tecnici da destinare a queste attività (OICE).

Proposta:

- specificare il ruolo degli uffici tecnici delle stazioni appaltanti, escludendo dalle funzioni tecniche incentivate la redazione del progetto di fattibilità tecnico-economica e la redazione del progetto definitivo (OICE, RPT).

6. Modalità di affidamento dei contratti sotto-soglia

L'art. 50 disciplina, *inter alia*, le modalità di affidamento dei contratti sotto-soglia, prevedendo l'affidamento diretto per i contratti di importo minore e procedure negoziate senza bando negli altri casi. Come sottolineato anche dalla Relazione illustrativa, la norma in esame riprende nella sostanza, con alcune modifiche lessicali e alcune puntualizzazioni contenutistiche innovative, il testo dell'art. 1, comma 2, del d.l. 76/2020, recante una disciplina derogatoria rispetto a quella prevista per gli affidamenti sotto-soglia dall'art. 36, comma 2, del Codice vigente.

In particolare, per i contratti sotto-soglia, le stazioni

appaltanti provvedono mediante: i) affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante (comma 1, lett. b); ii) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie europee (comma 1, lett. e).

In relazione al richiamo alle "*esperienze pregresse idonee*" operato dal comma in esame, che si differenzia rispetto al richiamo alle "*esperienze analoghe*" presente nel d.l. 76/2020, la Relazione illustrativa sottolinea che l'obiettivo è quello di "*ampliare il margine valutativo della stazione appaltante, che può apprezzare attività precedenti dell'operatore economico in ambiti anche non strettamente analoghi all'oggetto della gara ma tuttavia idonei a garantire la buona riuscita dell'affidamento*".

Criticità:

- l'innalzamento della soglia per gli affidamenti diretti comporta un evidente nocumento per la qualità delle prestazioni affidate;
- accentuazione del rischio, connesso alla pratica degli affidamenti diretti, di mancato rispetto della disciplina in materia di conflitto di interessi (OICE).

Proposte:

- riconsiderare il valore della soglia per gli affidamenti diretti, nello schema prevista all'art. 50, comma 1, lett. b) e c) e all'art. 108, comma 2, lett. c) in 140.000, al fine di ridurla a 75.000 euro, a maggiore tutela della trasparenza degli affidamenti e della qualità della progettazione (OICE);
- semplificare gli affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000 euro, allineandosi alla disciplina dell'art. 36 del d.lgs. 50/2016, che non prevede l'obbligo di documentare le pregresse esperienze analoghe dell'operatore economico (Conferenza Unificata);
- escludere espressamente la possibilità di utilizzo

della modalità di appalto con il prezzo più basso per i servizi di architettura e ingegneria, in accordo con quanto riportato al comma 2, lett. *b*), del successivo art. 108 (RTP).

7. Accordi quadro

Gli artt. 59 e 154 dello schema del nuovo Codice, recanti la disciplina degli accordi quadro, rispettivamente nei settori ordinari e nei settori speciali, ripropongono la formulazione di cui all'art. 54 del d.lgs. 50/2016. L'unica differenza si rileva nel termine di durata dell'accordo quadro, previsto ora sia per i settori ordinari, che per i settori speciali, come non superiore a 4 anni (attualmente il termine è di 8 anni per i settori speciali).

Criticità:

- numerose problematiche sono state riscontrate in sede di vigilanza sull'applicazione dei contratti quadro, oltre che per le nuove opere, anche per i servizi di natura intellettuale e i servizi tecnici di progettazione (ANAC).

Proposta:

- circoscrivere i limiti di applicazione dell'istituto, chiarendo che le prestazioni oggetto di detti servizi devono essere riconducibili ad elementi standardizzabili e ripetibili, per i quali le stazioni appaltanti non possono determinare con certezza il se, il quando e il *quantum* delle prestazioni (ANAC).

8. Impegni dell'operatore economico

L'art. 102 individua gli impegni sociali che la stazione appaltante richiede all'operatore economico di assumere nei bandi, negli avvisi e negli inviti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto. Come sottolineato dalla Relazione illustrativa, la disposizione in esame costituisce applicazione del criterio di delega di cui alla lett. *h*) della l. 78/2022, relativamente alle c.d. clausole sociali. Detta disposizione, in particolare, peraltro non presente nell'attuale Codice, prevede che le stazioni appaltanti nei bandi richiedano agli operatori economici di impegnarsi, oltre che a garantire l'applicazione del contratto collettivo nazionale e territoriale di settore, anche a *"garantire la stabilità occupazionale del*

personale impiegato" e a *"garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate"*.

Criticità:

- rischio che le stazioni appaltanti procedano a un'applicazione generalizzata e indiscriminata, per qualsiasi tipo di appalto, delle clausole sociali diverse dall'applicazione del CCNL (ANCE);

Proposta:

- eliminare l'art. 102, considerando che i principi sulle clausole sociali previsti dalla legge delega trovano già attuazione in altre disposizioni dello schema del nuovo Codice - v. in particolare artt. 57 e 61 - (ANCE).

9. Garanzie per la partecipazione alla procedura

L'art. 106 disciplina le garanzie per la partecipazione alla procedura, contemplando anche le relative esclusioni. In particolare, ai sensi del comma 11, detta disposizione non si applica agli appalti di servizi aventi ad oggetto la redazione della progettazione e del piano di sicurezza e coordinamento e ai compiti di supporto alle attività del RUP.

Criticità:

- non vengono contemplati i servizi di ingegneria e architettura in generale (RPT).

Proposte:

- estendere a tutti i SIA l'esclusione dell'applicazione della cauzione (RPT).

10. Criteri di aggiudicazione degli appalti

L'art. 108 definisce i criteri per l'aggiudicazione degli appalti e l'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla scorta dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo. In particolare, ai sensi del comma 2, lett. *b*), sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natu-

ra tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro.

La Relazione illustrativa specifica che le soglie previste dalle lett. *b)* e *c)* sono state alzate da 40.000 a 140.000, sia per esigenze di carattere sistematico, sia in considerazione del mutamento del quadro economico e sociale, sia per il limitato ambito applicativo residuo per le procedure diverse dall'affidamento diretto in tali ipotesi. Sempre la Relazione illustrativa richiama l'attenzione sull'abrogazione del comma 10-*bis* del citato art. 95, il quale, allo scopo di valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta, attualmente dispone, in assenza di analogo vincolo europeo, che la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30% (regola del 70/30). La scelta dell'eliminazione di tale regola è dipesa dall'analisi economica che ha dimostrato come la stessa contenga degli elementi critici, distorsivi del mercato, secondo quanto rilevato anche dall'A.G.C.M. con la segnalazione S4143 del 23 marzo 2021 (pag. 32) al Presidente del Consiglio dei Ministri. È prevalsa dunque la volontà di rimettere alle stazioni appaltanti la scelta di quanto incida l'aspetto tecnico e quello economico, svincolandole da soluzioni precostituite, in quanto tali necessariamente astratte.

Criticità:

- l'aspetto qualitativo risulterebbe pregiudicato a causa del rischio di un'eccessiva importanza che potrebbe essere attribuita all'elemento prezzo (OICE).

Proposte:

- ripristinare il limite massimo del peso attribuibile all'elemento prezzo nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di tutelare la qualità del progetto e, in generale, tutte le prestazioni (OICE), evitando così il rischio che le stazioni appaltanti trasformino il criterio dell'OEPV in un massimo ribasso "mascherato", attribuendo rilevanza determinante alla componente prezzo (ANCE);
- reintrodurre, dunque, la disposizione di cui all'attuale art. 95, comma 10-*bis*, del d.lgs. 50/2016, al fine di limitare entro la soglia massima del 30%, riducendola auspicabilmente anche al 20%, il peso attribuibile all'elemento economico dell'offerta, a tutela della qualità delle prestazioni – profilo di particolare delicatezza se riferito alla redazione degli elaborati progettuali – (OICE, anche ANCE fissa al 20% il tetto massimo per il punteggio economico).

11. Assicurazione r.c. professionale

Lo schema del nuovo Codice non disciplina la forma di garanzia assicurativa a copertura dei danni derivanti per carenze del progetto posto a base di gara.

Criticità:

- la stazione appaltante resta sguarnita da ogni copertura a fronte di errori o omissioni del progetto (OICE).

Proposte:

- riprodurre, aggiornandole all'obbligo generale introdotto a carico di professionisti e società in tema di responsabilità civile professionale, le norme di rango primario e secondario vigenti fino all'emanazione del d.lgs. 50/2016, in particolare non richiedendo la garanzia definitiva al progettista, in quanto i rischi sul corretto adempimento del contratto avente ad oggetto la redazione della progettazione coincidono con quelli coperti dalla polizza assicurativa;
- chiarire che in caso di appalto integrato e quando il progettista è soltanto "indicato" dall'impresa che se ne avvale per la copertura dei requisiti progettuali, la stipula della polizza per la redazione del progetto esecutivo è a carico dell'affidatario dell'appalto integrato che risponde nei confronti della stazione appaltante per le carenze della progettazione che hanno determinato varianti in corso d'opera; a sua volta l'affidatario potrà rivalersi sul progettista indicato assicurato con la sua polizza r.c. professionale;
- intervenire sull'art. 117 (il quale modifica il sistema delle garanzie fideiussorie per la partecipazione e l'esecuzione dei contratti pubblici, in attuazione del criterio di delega di cui all'art. 1, comma 1, lett. *cc*), per disciplinare la copertura assicurativa dei rischi per errori o omissioni del progetto, prevedendo che il progettista sia tenuto esclusivamente a produrre tale polizza generale e non la cauzione definitiva (OICE).

12. Subappalto

L'art. 119 reca la disciplina del subappalto. In particolare, al comma 3, vengono elencate una serie di attività di forniture o servizi che non si configurano, per le loro specificità, come attività affidate in subappalto. Tra que-

ste rientrano anche le prestazioni secondarie, accessorie o sussidiarie rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. Il comma 4 delinea poi le condizioni alle quali i soggetti affidatari dei contratti possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante. Questo, precisamente, può avvenire quando: i) il subappaltatore sia qualificato per le lavorazioni o le prestazioni da eseguire; ii) non sussistano a suo carico cause di esclusione; iii) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare.

Il comma 5 stabilisce inoltre che l'affidatario debba trasmettere il contratto di subappalto alla stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni, mentre il comma 6 prevede che il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto di subappalto.

In ogni caso, secondo quanto stabilito dal comma 17, le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali.

Si ricorda che, in materia di subappalto, sulla disciplina recata dal Codice del 2016 è da ultimo intervenuto l'art. 49 del d.l. 77/2021, il quale ha modificato l'art. 105 del d.lgs. 50/2016, stabilendo in particolare che, a decorrere dal 1° novembre 2021, l'affidamento in subappalto non è più limitato al 30% dell'importo del contratto, fermo restando il divieto di affidamento a terzi dell'integrale esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto.

Criticità:

- non viene replicato, né in detta norma, né in altre disposizioni dello schema del nuovo Codice,

il divieto di subappalto della progettazione e delle attività ad essa connesse, così come invece previsto nell'attuale quadro normativo, in specie *sub* art. 31, comma 8, del d.lgs. 50/2016 (OICE, RPT).

Proposte:

- intervenire sull'art. 119, riproducendo la disposizione sul subappalto di progettazione, vietato in via generale, con le eccezioni introdotte fin dalla Legge Merloni del 1994, integrate soltanto di recente con la legge europea per il 2020 (v. art. 10, comma 1, l. 238/2021) che tiene conto dell'iperspecializzazione di talune attività per le quali sono richieste certificazioni e competenze al margine delle attività di ingegneria e architettura (OICE);
- escludere in particolare dal subappalto le relazioni geologiche e geoidrologiche (RPT).

Occorre infatti ricordare che, ai sensi dell'art. 31, comma 8, dell'attuale Codice: *“Gli incarichi di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, direzione dell'esecuzione coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, di collaudo, nonché gli incarichi che la stazione appaltante ritenga indispensabili a supporto dell'attività del responsabile unico del procedimento, vengono conferiti secondo le procedure di cui al presente codice e, in caso di importo inferiore alla soglia di 40.000 euro, possono essere affidati in via diretta, ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). L'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali. Il progettista può affidare a terzi attività di consulenza specialistica inerenti ai settori energetico, ambientale, acustico e ad altri settori non attinenti alle discipline dell'ingegneria e dell'architettura per i quali siano richieste apposite certificazioni o competenze, rimanendo ferma la responsabilità del progettista anche ai fini di tali attività. Resta, comunque, ferma la responsabilità esclusiva del progettista”.*

In particolare, è l'art. 15 dello schema del nuovo Codice a riscrivere l'attuale art. 31 del Codice, sopprimendo, per quel che qui rileva, proprio il comma 8, che, come già osservato, non viene però replicato altrove. La Relazione

illustrativa sembra omettere il perché della scelta. Conseguentemente, con la cancellazione della previsione contenuta nell'attuale comma 8 dell'art. 31, non solo non viene più sancito il generale divieto di subappalto nei SIA, salve le eccezioni tassativamente previste, ma altresì non viene più esplicitata la norma che ha autorizzato la possibilità per il progettista di affidare a terzi attività di consulenza specialistica. Possibilità, dunque, che potrebbe trovare ragion d'essere solo entro i limiti dettati dal nuovo art. 119, in particolare, -si ritiene- ai sensi del comma 3.

Certo è che un'esplicitazione in tal senso appare più che opportuna, riprendendosi, quantomeno, il dettato delle Linee guida ANAC, n. 1. Dovrebbe pertanto ribadirsi la subappaltabilità delle attività di supporto alla progettazione, che attengono ad attività meramente strumentali (ovvero ad indagini geologiche, geotecniche e sismiche, a sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, nonché alla predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, ed alla redazione grafica degli elaborati progettuali). Dovrebbe invece restare non consentito il subappalto della relazione geologica, che non comprende, va precisato, le prestazioni d'opera riguardanti le indagini geognostiche e prove geotecniche e le altre prestazioni specificamente sopra indicate. Viceversa, se il legislatore volesse, in detto conteso, "un cambio di rotta" sarebbe opportuno esplicitarlo normativamente, spiegandone le ragioni nella relazione di accompagnamento. Restare ermetici su questione così delicate, inferenti al principio generale secondo cui la responsabilità della progettazione deve potersi ricondurre ad un unico centro decisionale, ossia il progettista, porta a complicità operative non indifferenti, anche considerando che, nella disciplina generale del subappalto, a dispetto di quanto fino ad oggi previsto per il caso di subappalto della attività di supporto alla progettazione e per il caso

di affidamento a terzi di consulenza specialistica, tra affidatario e subappaltatore viene ad instaurarsi una responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante. Attualmente, invece, la responsabilità esclusiva resta in capo al progettista.

13. Conclusioni

Pur nella consapevolezza di non aver toccato tutti gli elementi di criticità che sono finora affiorati dal confronto tra i diversi portatori di interesse, quanto sopra riportato pare sufficiente a confermare, in effetti, una generale trascuratezza dei servizi di ingegneria e architettura nell'impianto del nuovo Codice. Poche sono infatti le disposizioni dedicate, ricordandosi in particolare, oltre a quelle già menzionate, anche l'art. 66, che individua gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria, conservando nella sostanza immutato l'art. 46 del d.lgs. 50/2016, nonché l'Allegato II.12, ivi richiamato, il quale, nella sua Parte V, detta le norme relative ai requisiti di tutti i soggetti partecipanti alle procedure di affidamento dei SIA⁴. Al contempo, fortemente avvertita è la mancata riproduzione di norme cardine del settore, come il già citato art. 31, comma 8, ma anche l'art. 157 del d.lgs. 50/2016, senza contare l'apparente perdita del *background* giuridico offerto dalle Linee guida ANAC n. 1.

Non è certamente essenziale replicare il quadro giuridico passato e, probabilmente, neppure auspicabile date le forti e notorie innovazioni apportate, ma si crede doveroso, quantomeno, indicare soluzioni operative chiare e coerenti che, nel silenzio del dato normativo, stazioni appaltanti e operatori economici sono chiamati a seguire nell'affidamento dei SIA.

(4) Si tratta in sostanza di disposizioni riprese dal d.m. 2 dicembre 2016, n. 263, a suo tempo emanato in attuazione dell'art. 46 del d.lgs. 50/2016, ma che tengono anche conto dello schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri in tema di requisiti degli "ulteriori soggetti" che sono già stati inseriti nel predetto art. 46, sub lett. *d-bis*) del comma 1, dall'art. 10, comma 1, lett. b), n. 1) della l. 238/2021, in aderenza alla sentenza della Corte di giustizia UE, sez. X, 11 giugno 2020, n. 219 (causa C-219/19). Conseguentemente, sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, nel rispetto del principio di non discriminazione fra i diversi soggetti sulla base della forma giuridica assunta, anche "altri soggetti abilitati in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura, nel rispetto dei principi di non discriminazione e par condicio fra i diversi soggetti abilitati" (v. art. 66, comma 1, lett. e).