

# Affidamento dell'incarico di progettazione tra vecchio e nuovo Codice: questioni aperte

di Beatrice Armeli

“ In virtù di quanto previsto dalla norma transitoria del nuovo Codice, l'art. 225 del d.lgs. 36/2023, si pongono diverse questioni in tema di affidamento dell'incarico di progettazione. La prima riguarda cosa debba intendersi per formalizzazione dell'incarico, la seconda attiene al richiamo dell'art. 23 del d.lgs. 50/2016 e l'ultima riguarda il caso di richieste, da parte delle stazioni appaltanti, di modifiche del progetto esecutivo. Approfondiamo di seguito tali questioni. ”

## 1. La disposizione transitoria

Come noto, l'art. 225 del d.lgs. 36/2023 detta disposizioni transitorie e di coordinamento, prevedendo in particolare al comma 9 che “[a] decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui all'articolo 23 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso”, con altresì la precisazione che “[a] tal fine, per procedimenti in corso si intendono le procedure per le quali è stato formalizzato l'incarico di progettazione alla data in cui il codice acquista efficacia”. In aggiunta, viene inoltre precisato che “[n]el caso in cui l'incarico di redazione del progetto di fattibilità tecnico economica sia stato formalizzato prima della data in cui il codice acquista efficacia, la stazione appaltante può procedere all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica oppure sulla base di un progetto definitivo redatto ai sensi dell'articolo 23 del codice dei contratti pubblici, di cui decreto legislativo n. 50 del 2016”.

Considerato dunque che, ai sensi dell'art. 229, comma 2, le disposizioni del nuovo codice, pur entrando in vigore il 1° aprile 2023, hanno acquistato efficacia a decorrere dal

1° luglio 2023 (salvo espresse eccezioni), in virtù di quanto previsto dalla sopra menzionata norma transitoria:

- a) se l'incarico di progettazione è stato formalizzato entro il 30 giugno 2023 (compreso): si applica l'art. 23 del d.lgs. 50/2016, salvo quanto previsto espressamente per l'appalto integrato dall'ultimo periodo della norma in commento (v. *infra*, § 2.1);
- b) se invece l'incarico di progettazione è stato formalizzato dal 1° luglio 2023 in avanti: può dedursi l'applicazione dell'art. 41 del d.lgs. 36/2023, che innova il precedente art. 23.

## 2. Questioni aperte

Diverse le questioni indotte dalla disposizione in parola.

1. La prima riguarda cosa debba intendersi per formalizzazione dell'incarico, potendo infatti astrattamente farsi riferimento tanto al momento formale di aggiudicazione del servizio di progettazione, quanto alla stipula del relativo contratto.
2. La seconda questione attiene al richiamo dell'art. 23 del d.lgs. 50/2016 che, nonostante la sua genericità, sembra invero doversi circoscrivere ai soli livelli di progettazione precedentemente previsti.

3. Altro tema è il caso di richieste, da parte delle stazioni appaltanti, di modifiche del progetto esecutivo, frutto dell'elaborazione progettuale scandita su tre livelli, come adeguamento alla nuova normativa dettata dall'Allegato I.7<sup>1</sup>, in virtù di quanto previsto dagli artt. 41-44 del d.lgs. 36/2023.

### 2.1. La formalizzazione dell'incarico di progettazione

A parere di chi scrive, sembrerebbe che, al fine della formalizzazione dell'incarico del servizio in questione, ad assumere rilievo sia la delibera di aggiudicazione, considerata anche la prassi di far decorrere i termini di consegna del progetto proprio da tale momento. Ciò vorrebbe dire che, qualora l'aggiudicazione sia intervenuta in data antecedente al 1° luglio 2023, continuerebbe a trovare applicazione l'art. 23, ancorché il contratto non sia stato ancora stipulato. Tuttavia, se da un lato il legislatore, per definire la pendenza del "procedimento", si riferisce alla data di formalizzazione dell'incarico di progettazione, che deve essere antecedente al 1° luglio, dall'altro lato, non chiarisce fino a quando il "procedimento" può dirsi ancora "in corso". A rigor di logica, dovrebbe ritenersi che, nell'adempimento del servizio di progettazione, l'operatore economico aggiudicatario continui ad attenersi a quanto previsto dalla legge di gara forgiata ai sensi del vecchio Codice ed alla normativa ad esso collegata, non potendo evidentemente il contratto disciplinare diversamente il servizio, se non a seguito di una modifica *ex art.* 106 del d.lgs. 50/2016 (*v. infra*, § 2.3).

*Quid iuris*, invece, se, bandita la gara ai sensi del vecchio Codice, l'aggiudicazione interviene dopo l'acquisto di efficacia del nuovo? Neppure la Relazione illustrativa lo spiega, ignorando totalmente il comma 9 dell'art. 225 in commento. In base a quanto disposto dalla norma transitoria, parrebbe doversi applicare la nuova disciplina, *ergo* l'art. 41 del d.lgs. 36/2023, contenente la disciplina dei livelli e dei contenuti della progettazione. È ormai noto come quest'ultimo articoli la progettazione in materia di lavori pubblici in due livelli di successivi approfondimenti tecnici, introducendo così una riduzione dei precedenti 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.

In detto caso, non sfuggono certo le problematiche sottese, tra le quali ricadono anche quelle annesse ad una formulazione dell'offerta basata sulla disciplina previgente e alla determinazione del compenso.

La possibilità di scelta tra vecchia o nuova disciplina viene invece accordata alle stazioni appaltanti per il caso di appalto integrato, qualora l'incarico di redazione del progetto di fattibilità tecnico economica sia stato formalizzato in tempo antecedente al 1° luglio. Tuttavia, è evidente che detto progetto dovrà essere necessariamente integrato laddove si opti per l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori a norma del nuovo codice. Integrazione che, anche in tal caso, se il contratto è ancora in essere, richiede una modifica *ex art.* 106 del d.lgs. 50/2016 (*v. infra*, § 2.3).

### 2.2. Il richiamo all'art. 23 del d.lgs. 50/2016

In base alla dizione normativa dell'art. 225, comma 9, del d.lgs. 36/2023, l'art. 23 del vecchio codice viene richiamato nella sua interezza. Ciononostante, secondo l'interpretazione data dal MIT, detto richiamo deve intendersi riferito ai contenuti del livello della progettazione<sup>2</sup>. Conseguentemente, dunque, continueranno a trovare applicazione, unitamente al richiamato art. 23, anche quelle norme attuative di dettaglio che ancora rinvergono la loro fonte nel d.P.R. 207/2010 per la parte non abrogata sotto la vigenza del d.lgs. 50/2016, relativa ai contenuti progettuali e ai corrispondenti elaborati.

### 2.3. L'adeguamento del progetto esecutivo alla nuova normativa

Premessa la possibilità, ammessa anche dal MIT<sup>3</sup>, di indire una gara di appalto di lavori ai sensi del nuovo codice, dunque successivamente al 1° luglio 2023, sulla base di un progetto esecutivo redatto ai sensi del vecchio Codice e approvato entro il 30 giugno 2023, come già scritto, si presenta la questione dell'adeguamento del progetto esecutivo redatto ai sensi del d.lgs. 50/2016, da porre appunto a base di gara per l'affidamento di

(1) "Contenuti minimi del quadro esigenziale, del documento di fattibilità delle alternative progettuali, del documento di indirizzo della progettazione, del progetto di fattibilità tecnica ed economica e del progetto esecutivo".

(2) MIT, parere 7 giugno 2023, n. 2037.

(3) *V. supra*, nota 2.

lavori a norma del d.lgs. 36/2023. Adeguamento spesso richiesto dalle stazioni appaltanti.

In tal caso, se il contratto è ancora in essere, ancorché il progetto sia già stato consegnato, dovrà operarsi una modifica contrattuale a norma dell'art. 106, comma 1, lett. c), del d.lgs. 50/2016 per sopravvenienza di nuove disposizioni legislative. Viceversa, qualora il progetto sia stato già approvato e il contratto di servizi concluso, la stazione appaltante potrebbe eventualmente richiedere un adeguamento tramite affidamento diretto a norma del nuovo codice.

Tra le novità su cui porre attenzione, ai fini del suddetto adeguamento, si segnala in particolare la previsione contenuta nell'art. 31 dell'Allegato I.7, ai sensi del quale *“[n]el caso di lavorazioni da contabilizzare a corpo, il computo metrico estimativo riporta soltanto il prezzo a corpo; al solo fine di pervenire alla determinazione di ciascun prezzo a corpo, è redatto un distinto elaborato, non facente parte del computo metrico estimativo, redatto con le stesse modalità del computo metrico estimativo, con riferimento alle sotto-lavorazioni che complessivamente concorrono alla formazione del prezzo a corpo. Le singole lavorazioni, risultanti dall'aggregazione delle rispettive voci dedotte dal computo metrico estimativo, sono poi raggruppate, in sede di redazione dello schema di contratto e del bando di gara, ai fini della definizione dei gruppi di categorie ritenute omogenee. Tale aggregazione avviene in forma tabellare con riferimento alle specifiche parti di opere cui le aliquote si riferiscono”*.

Chiaro è che la prestazione aggiuntiva richiesta al medesimo progettista debba essere adeguatamente remunerata, non potendo ritenersi inclusa nelle obbligazioni contrattuali, quand'anche il contratto di appalto di servizi sia stato stipulato a corpo<sup>4</sup>.

(4) Il principio è ormai pacifico e più volte ribadito dalla stessa ANAC. V. ad esempio: comunicato del Presidente del 8 novembre 2022, ove si chiarisce che 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. Pertanto, 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*.

### 3. Quesiti in tema di progettazione con metodologia BIM

Sul solco del tema in commento si colloca anche la questione della progettazione avviata con metodologia BIM in data antecedente l'acquisto di efficacia del nuovo codice.

Come noto, sotto la vigenza del d.lgs. 50/2016, le modalità e i tempi di progressiva introduzione dell'obbligatorietà della metodologia BIM presso le stazioni appaltanti – il cui impiego era stato previsto dall'art. 23, comma 13, quale parametro di valutazione dei requisiti premianti di cui all'art. 38 – sono stati definiti dal d.m. 560/2017, aggiornato con il successivo d.m. 312/2021, in relazione alla tipologia e al valore delle opere da affidare.

Il nuovo codice dedica ai *“Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni”* l'art. 43, il quale, al comma 1, stabilisce che: *“[a] decorrere dal 1° gennaio 2025, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni per la progettazione e la realizzazione di opere di nuova costruzione e per gli interventi su costruzioni esistenti per importo a base di gara superiore a 1 milione di euro”*.

In punto di regime transitorio, l'art. 225 del d.lgs. 36/2023, oltre a quanto previsto dal summenzionato comma 9, dispone al comma 16 che, in luogo dei regolamenti e delle linee guida dell'ANAC, laddove non diversamente previsto, si applicano le corrispondenti disposizioni del nuovo codice e dei suoi allegati.

È proprio alla luce del susposto quadro normativo che è stato sottoposto all'attenzione del MIT un duplice quesito<sup>5</sup>:

- i) se i sopracitati decreti ministeriali attuativi dell'art. 23, comma 13, del d.lgs. 50/2016, con particolare riguardo alle tempistiche di introduzione della metodologia BIM ivi previste, debbano ritenersi abrogati ai sensi e per gli effetti del richiamato art. 225, comma 16, del d.lgs. 36/2023; ovvero, ritenendo i medesimi di natura non regolamentare, se nel lasso temporale intercorrente tra il 1° luglio 2023 ed il 1° gennaio 2025 si debbano ritenere ancora valide ed applicabili le soglie e le tempistiche graduali di introduzione del BIM di cui al d.m. 560/2017, come modificate dal d.m. 312/2021;

(5) V. MIT, parere 27 giugno 2023, n. 2079.

ii) se in caso di procedure di affidamento della progettazione avviate in regime di obbligatorietà del BIM antecedentemente il 1° luglio 2023, ma per le quali non si sia ancora giunti alla stipula del contratto, sia corretto, alla luce del dettato normativo di cui all'art. 225, comma 9, del d.lgs. 36/2023, applicare la disciplina previgente al d.lgs. 36/2023 anche in punto di determinazione dei corrispettivi, compresa la non previsione della maggiorazione dell'onorario per l'utilizzo del BIM; ovvero se, diversamente, il compenso per gli incarichi non formalizzati alla data del 1° luglio 2023 debba essere rideterminato in senso maggiorativo in base a quanto stabilito dall'Allegato I.13<sup>6</sup> al nuovo codice.

In relazione al primo quesito, il Ministero conferma che, ai sensi e per gli effetti dell'art. 225, comma 16, del d.lgs. 36/2023, i succitati decreti ministeriali debbano intendersi abrogati dal 1° luglio scorso, pur continuando a mantenere la loro efficacia per gli affidamenti per i quali si applicano le disposizioni del d.lgs. 50/2016. Allo stato, dunque, trova applicazione il nuovo art. 43 del d.lgs. 36/2023, il quale individua il "nuovo termine unico e generale" del 1° gennaio 2025, come evidenziato anche dalla Relazione Illustrativa al nuovo codice, ove si rileva che "la previsione, dunque, sostituirà le tempistiche attualmente stabilite dall'art. 6 del d.m. n. 312/2021, il quale reca il riferimento, secondo una logica di gradualità, alla data del 1° gennaio 2023 (per le opere di nuova costruzione e interventi su costruzioni esistenti, fatta eccezione per le opere di ordinaria e straordinaria manutenzione di importo a base di gara pari o superiore alla soglia di cui all'art. 35 del codice dei contratti pubblici vigente) ed alla data del 1° gennaio 2025 (per le opere di nuova costruzione, e interventi su costruzioni esistenti, fatta eccezione per le opere di ordinaria e straordinaria manutenzione di importo a base di gara pari o superiore a 1 milione di euro)".

Quanto invece al secondo quesito, per il Ministero è corretta la prima interpretazione, trovando la nuova disciplina applicazione per le procedure di gara indette successivamente alla data in cui il nuovo codice dei contratti pubblici ha acquistato efficacia.

Per quanto concerne la determinazione dei compensi, dalla risposta allo specifico quesito formulato – che non chiarisce invero il tempo di formalizzazione dell'incarico di progettazione – si può dunque desumere che per le gare aggiudicate prima del 1° luglio 2023, comunque sottoposte al regime obbligatorio di utilizzo del BIM ai sensi dei citati decreti, il corrispettivo debba calcolarsi in applicazione della disciplina previgente, ancorché il contratto di appalto alla predetta data non sia stato ancora stipulato. Il che andrebbe anche a confermare l'interpretazione qui prospettata *sub* § 2.1.

La soluzione, peraltro, per i suoi risvolti pratici, potrebbe non convincere appieno, non tenendosi infatti conto dell'intervenuta l. 21 aprile 2023, n. 49 (*"Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali"*, pubblicata in G.U. Serie generale n. 104 del 5 maggio 2023, ed entrata in vigore il successivo 20 maggio 2023) che riconduce in sostanza l'equo compenso alle tariffe professionali (art. 1), sanzionando con la nullità pattuizioni diverse (art. 3), sulla quale, peraltro, si è già espressa anche l'ANAC<sup>7</sup>, nel senso che "la disciplina recata dalla l. 49/2023, in quanto legge speciale – come lo è la disciplina dei contratti pubblici – ma cronologicamente successiva al d.lgs. 50/2016, è destinata a prevalere su eventuali disposizioni di segno contrario contenute nel menzionato testo".

Occorre però anzitutto precisare come l'incremento percentuale pari al 10% sul complessivo di calcolo degli onorari, da applicarsi agli appalti per cui è obbligatoria l'adozione di metodologia BIM, non sia propriamente previsto dal d.m. 17 giugno 2016, bensì dall'art. 2, comma 5, dell'Allegato I.13 al nuovo codice. La disposizione, invero, fa generico riferimento agli appalti per cui è obbligatoria la predetta metodologia, non escludendo quindi, di per sé, quelli avviati sotto il regime dei precedenti decreti. Tuttavia, nella misura in cui si escludono gli appalti in regime obbligatorio di BIM aggiudicati prima del 1° luglio 2023, ma con contratto non ancora stipulato, dall'ambito applicativo dell'art. 2, comma 5, dell'Allegato I.13, come sostenuto dal MIT, il problema che non pare potersi superare risiede nell'impossibilità

(6) "Determinazione dei parametri per la progettazione".

(7) Delibera 20 luglio 2023, n. 343.

di applicare l'incremento del 10% sul compenso per il fatto che quest'ultimo non è stato previsto dal legislatore con una modifica del d.m. 17 giugno 2016, ma in una disposizione del nuovo codice.

Meglio quindi sarebbe stato dare una nuova veste al decreto parametri, inglobando specifiche voci nel caso di utilizzo di metodologia BIM. Detto altrimenti, alla luce della l. 49/2023 sarebbe stato più favorevole per i professionisti un aggiornamento diretto dei parametri previsti dal d.m. 17 giugno 2023. Solo in questa ipotesi, infatti, la legge sull'equo

compenso sarebbe potuta venire in aiuto, garantendo una maggiorazione sul compenso per i casi di utilizzo di detta metodologia anche per quegli appalti in regime obbligatorio di BIM aggiudicati prima del 1° luglio 2023, ma con contratto non ancora stipulato. Invece, la mancata previsione importa altresì che, nel lasso temporale compreso tra il 1° luglio 2023 e il 1° gennaio 2025, l'impiego del BIM – divenuto peraltro in detto frangente meramente facoltativo – non attribuisce al professionista alcun compenso aggiuntivo.