

D.lgs. n. 36/2023 recante il nuovo Codice dei contratti pubblici e SIA: le principali norme di interesse

di **Beatrice Armeli**

“ Ripercorriamo alla luce del testo del nuovo Codice dei contratti pubblici le principali novità introdotte di peculiare interesse per i SIA e, verifichiamo se e come le criticità riscontrate siano state superate, ovvero lasciate permanere se non addirittura acuite rispetto al passato. ”

In due nostri precedenti contributi avevamo già riportato le disposizioni di maggior rilievo per i SIA previste dallo schema del decreto legislativo in commento, nella sua versione definitiva approvata il 16 dicembre 2022 dal Consiglio dei Ministri in esame preliminare¹, nonché analizzato alcuni profili critici emersi dalla lettura dello stesso² sul quale, come noto, diversi “stakeholders” avevano presentato le proprie osservazioni³. In particolare, dalla disamina erano emersi numerosi richiami

per una maggiore attenzione al settore dei servizi di ingegneria e architettura, al fine di dettarne una più completa disciplina, valorizzante la progettazione e i professionisti tecnici.

Sembra allora interessante oggi, alla luce del testo pubblicato in Gazzetta Ufficiale, nella Serie Generale n. 77 del 31 marzo 2023 in Suppl. ordinario n. 12, da un lato, ripercorrere le principali novità introdotte dal nuovo Codice di peculiare interesse per i SIA, alla luce delle modifiche nel frattempo intervenute, e, dall’altro, verificare se e come le criticità riscontrate siano state superate, ovvero lasciate permanere se non addirittura acuite.

(1) V. BEATRICE ARMELI, *I servizi di ingegneria e architettura nel panorama attuale: tra anno passato e prospettive future*, in *Appalti&Contratti*, 2023, 1-2, pp. 58-73, in particolare, sub § 2.

(2) V. BEATRICE ARMELI, *Schema di decreto legislativo recante il nuovo “codice dei contratti pubblici”: osservazioni in tema di SIA*, in *Appalti&Contratti*, 2023, 3, pp. 48-58.

(3) Si vedano in particolare: *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 ANCE*, 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.

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

L’art. 8 del Codice disciplina il divieto di prestazioni d’opera intellettuale a titolo gratuito, disponendo, in particolare, al comma 2, primo periodo, 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 medesimo comma precisa inoltre che, fatti salvi i predetti casi eccezionali, la pubblica amministrazione garantisce comunque l’applicazione del principio dell’equo compenso.

In proposito, avevamo già rilevato come la riconduzione dei servizi di ingegneria e architettura nell'ambito delle prestazioni d'opera intellettuale dovrebbe 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. Ciononostante, detta disposizione è stata ritenuta non sufficientemente garantistica nei confronti dei professionisti tecnici, non foss'altro per la mancata puntualizzazione che, oltre al principio dell'equo compenso, la pubblica amministrazione dovrebbe garantire anche l'applicazione dei parametri professionali vigenti⁴.

Il testo definitivo del Codice, pur lasciando inalterata la disposizione in parola, colma però la lacuna emersa e criticata nella versione precedente, stabilendo le mo-

(4) In tema di equo compenso, v. recentemente: Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2084, che ha affrontato il tema dell'ammissibilità dell'affidamento a titolo gratuito di un incarico professionale da parte della pubblica amministrazione e della compatibilità dello stesso con il principio dell'equo compenso, ritenendo, in particolare, che il principio dell'equo compenso di cui all'art. 19-*quaterdecies*, comma 3, del d.l. 47/2017, pur non ostando all'affidamento gratuito di un incarico professionale, non consente alla pubblica amministrazione di affidare un incarico ad un professionista in base al criterio del minor prezzo, senza considerare l'elemento della qualità della prestazione offerta, avendo il suddetto principio lo scopo non solo di proteggere la parte debole del rapporto contrattuale, ma anche di tutelare l'interesse pubblico ad acquisire prestazioni di qualità. In altri termini, la norma in questione non preclude al professionista la facoltà di rinunciare al compenso al fine di ottenere vantaggi indiretti o, addirittura, senza alcun vantaggio; tuttavia, qualora il compenso sia previsto, lo stesso deve essere equo, ovvero proporzionale alla qualità e quantità del lavoro svolto, non potendosi tuttavia ricavare da tale disposizione il corollario che il compenso debba essere sempre previsto. Sul medesimo tema, v. anche: TAR Sicilia, sez. I, 14 marzo 2023, n. 815, che rimarca l'obbligo per la pubblica amministrazione di rispettare il principio dell'equo compenso nella determinazione dei corrispettivi riconosciuti ai professionisti, affermando, nella specie, che pur potendo la pubblica amministrazione stabilire con maggiore flessibilità il compenso da riconoscere ai professionisti incaricati, in assenza di norme che impongano dei minimi tariffari e anche al fine di contenere la spesa pubblica, essa è comunque tenuta a "contemperare tali esigenze con quella di assicurare al professionista un compenso che non sia lesivo del decoro e del prestigio della professione".

dalità di determinazione dei compensi nell'Allegato I.13 (su cui v. *infra*, § 5).

2. Metodo di calcolo dell'importo stimato degli appalti

L'art. 14, comma 14, del 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 norma si pone senza soluzione di continuità con quanto sino ad oggi previsto.

3. Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti

L'art. 31 del Codice dispone l'istituzione presso l'ANAC dell'Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti, che censisce operatori economici, soggetti, persone fisiche e titolari di cariche ad essi riferibili. La novità si applica chiaramente anche ai prestatori dei servizi di ingegneria e architettura.

4. Livelli di progettazione

La disciplina dei livelli e dei contenuti della progettazione è oggi contenuta nell'art. 41 del nuovo Codice. Il comma 1 stabilisce, in particolare, che la 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 (PFTE) e quello del progetto esecutivo, che diventa dunque secondo.

Spetta poi all'Allegato I.⁷⁵, destinato comunque ad essere sostituito da un corrispondente regolamento ministeriale, a definire sia il contenuto minimo del quadro

(5) "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".

delle necessità e del documento di indirizzo della progettazione che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono predisporre, sia i requisiti delle prestazioni che devono essere previsti nel progetto di fattibilità tecnica ed economica.

Qualora vengano impiegati metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni, si precisa peraltro che il documento di indirizzo della progettazione deve contenere il capitolato informativo. Peraltro, secondo quanto disposto dall'Allegato I.9⁶, *sub* art. 1, comma 8, 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. Il contenuto minimo dello stesso è esplicitato nel medesimo Allegato.

Il comma 5 dell'art. 41 in commento traduce invece 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 omettere la redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica a condizione che il progetto esecutivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omissivo. Le finalità e il contenuto del progetto di fattibilità tecnica ed economica, con i criteri da osservare per la relativa redazione, sono dettagliati nel comma 6 del medesimo articolo. 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 d.lgs. 50/2016 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.

Tra le diverse criticità mosse alla norma in commento, la maggior parte delle quali, peraltro, rimaste inascoltate, non mancava anche il rilievo della palese assenza di qualunque richiamo al c.d. decreto Parametri.

In questo caso, il legislatore è intervenuto con la nuova previsione del comma 15 dell'art. 41 in questione, ove si legge che nell'Allegato I.13⁷, anch'esso destinato comunque ad essere sostituito da un corrispondente regolamento ministeriale, sono stabilite le modalità di determinazione dei corrispettivi per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura, commisurati al livello qualitativo delle prestazioni e delle attività relative alla progettazione di fattibilità tecnica ed economica ed esecutiva di lavori, al coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, alla direzione dei lavori, alla direzione di esecuzione, al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, al collaudo, agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla programmazione dei lavori pubblici. I predetti corrispettivi sono utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti ai fini dell'individuazione dell'importo da porre a base di gara dell'affidamento.

A quest'ultimo riguardo, dovrebbe dunque confermarsi tutto il sostrato giuridico formatosi in relazione all'art. 24, comma 8, del d.lgs. 50/2016, bastando qui ricordare

(6) "Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni".

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

come, a tutt'oggi, non sussiste l'obbligo inderogabile per le stazioni appaltanti di trasporre negli atti di gara i corrispettivi indicati nelle tabelle ministeriali, godendo infatti le stesse di un ragionevole margine di discrezionalità, purché puntualmente motivato, nello stabilire il corrispettivo a base di gara. Ciò, del resto, è stato più volte affermato anche dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha in particolare precisato come il legislatore *"abbia inteso fare delle tabelle ministeriali il punto di partenza di ogni determinazione sui corrispettivi dovuti ai professionisti, evitando così che le stazioni appaltanti possano procedere a determinazioni dei corrispettivi professionali in via forfettaria, ma da ciò non può ricavarsi un divieto imperativo di discostarsi dalle tabelle ministeriali"*. Del resto, *"[l]a disposizione è chiara nell'imporre alle stazioni appaltanti di utilizzare i corrispettivi previsti dalle tabelle ministeriali solo quale parametro iniziale del calcolo del compenso da porre a base di gara, con possibilità di apportare riduzioni percentuali giustificate dalle ragioni che esse potranno discrezionalmente sviluppare"*⁸.

5. Determinazione dei parametri per la progettazione

L'Allegato I.13 riprende dunque, attualizzandolo, il d.m. 17 giugno 2016, al fine di disciplinare le modalità di determinazione dei corrispettivi dovuti per le fasi progettuali da porre a base degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura. Il comma 2 del relativo art. 1 precisa comunque che per la determinazione delle ulteriori prestazioni professionali continua ad applicarsi il suddetto Decreto Parametri. Inoltre, ai sensi del successivo art. 2, comma 1, fino alla data di adozione del sopra citato decreto ministeriale di cui all'art. 41, comma 15, del Codice, le aliquote previste dal d.m. 17

giugno 2016 sono ripartite in relazione alle fasi progettuali così come disciplinate dal medesimo art. 41, secondo la tabella A annessa all'Allegato stesso.

In dettaglio, il nuovo PFTE assorbe le prestazioni del progetto definitivo e il nuovo progetto esecutivo quelle dell'ex progetto esecutivo. Per il caso di appalto integrato, il 50% delle aliquote QbIII.03, QbIII.04, QbIII.05, QbIII.07 è ricondotto al PFTE e il restante 50% all'esecutivo a compensare la revisione esecutiva degli elaborati anticipati al PFTE. Viene inoltre introdotta la nuova aliquota al PFTE QbI.21 (*"Prime indicazioni piano di manutenzione"*), con Q=0,010. Infine, per gli appalti per cui è obbligatoria la metodologia BIM, viene introdotto un incremento percentuale del 10% da applicare al complessivo calcolo degli onorari prima del calcolo delle spese e degli oneri accessori.

6. Verifica della progettazione

Ai sensi dell'art. 42 del Codice, la verifica della progettazione ha luogo durante lo sviluppo della progettazione in ogni suo livello ed è effettuata personalmente dal RUP, ovvero quest'ultimo ne segue lo sviluppo unitamente alla progettazione, garantendo il contraddittorio con il progettista. I soggetti che potranno effettuare le verifiche vengono elencati nel sopra citato Allegato I.7.

7. Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni

Tra le novità introdotte dal d.lgs. 36/2023 vi è certamente anche una forte spinta alla digitalizzazione, che non può non interessare in misura preponderante anche il settore dei SIA. In particolare, in virtù di quanto previsto dall'art. 43, a decorrere dal 1° gennaio 2025, le stazioni appaltanti avranno l'obbligo di adottare 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, ad eccezione degli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, a meno che essi riguardino opere precedentemente eseguite con l'utilizzo del BIM.

(8) *Ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2019, n. 2094). La stessa ANAC ha da tempo chiarito, già con il Comunicato del Presidente del 3 febbraio 2021, che *"le stazioni appaltanti possono derogare all'obbligo di determinare il corrispettivo a base di gara mediante applicazione delle tabelle di cui al decreto del Ministro della giustizia del 17 giugno 2016"*, ancorché *"solo in presenza di una motivazione adeguata e correlata ai fatti a giustificazione dello scostamento rispetto all'importo determinato sulla base delle tabelle medesime, che rappresenta in ogni caso il parametro di riferimento per la stazione appaltante"*.

8. Appalto integrato

Nel nuovo Codice, la disciplina dell'appalto integrato è dettata dal già molto dibattuto 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 motivano 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.

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. Alla luce di quanto sopra, dunque, il legislatore non ha accolto le, pure numerose, osservazioni che da più parti erano state mosse sul tema. È stato invece previsto, tra le disposizioni transitorie e di coordinamento contenute

nell'art. 225 del Codice che, in relazione alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, si applicano, anche dopo il 1° luglio 2023, le disposizioni di cui al d.l. 77/2021 (conv., con modif., dalla l. 108/2021), nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC, tra cui, quindi, anche l'art. 48, comma 5, che, come noto, ha introdotto un regime speciale di appalto integrato.

9. Incentivi alle funzioni tecniche

L'art. 45 del Codice disciplina gli incentivi per le funzioni tecniche. 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.10⁹ 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. Anche in tal caso le avanzate proposte di modifica non sono state accolte.

10. 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. 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.

(9) "Attività tecniche a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure".

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).

Come già a suo tempo rilevato, l'innalzamento della soglia per gli affidamenti diretti è stato associato al rischio di pregiudicare la qualità delle prestazioni affidate, nonché di alimentare il mancato rispetto della disciplina in materia di conflitto di interessi. Nonostante ciò, è stata mantenuta la soglia più alta.

11. Accordi quadro

Gli artt. 59 e 154 del nuovo Codice recano la disciplina degli accordi quadro, rispettivamente nei settori ordinari e nei settori speciali. Il nuovo termine di durata dell'accordo quadro ora previsto sia per i settori ordinari, che per i settori speciali, risulta essere non superiore a 4 anni.

12. Revisione prezzi

A norma dell'art. 60, comma 1, del Codice, nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento diventa obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi. La disposizione si applica anche alle procedure di affidamento dei SIA. Il comma 2 della medesima disposizione precisa inoltre che queste clausole, non apportanti comunque modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro, si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura

oggettiva che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5% dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80% della variazione stessa, in relazione alle prestazioni da eseguire.

Per la determinazione della variazione dei prezzi debbono essere considerati gli indici sintetici di costo di costruzione per i contratti di lavori e gli indici dei prezzi al consumo, alla produzione dell'industria e dei servizi e gli indici delle retribuzioni contrattuali orarie per i contratti di servizi e forniture, entrambi redatti dall'ISTAT, salva l'eventuale previsione di ulteriori indici o di specificazione di quelli già esistenti operata con provvedimento del MIT, sentito l'ISTAT.

13. Operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria

L'art. 66 del nuovo Codice 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. In particolare, anche in forza dell'art. 66, comma 1, lett. e), sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria 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 fra i diversi soggetti sulla base della forma giuridica assunta e *par condicio* fra i diversi soggetti abilitati.

Il comma 2 del medesimo articolo stabilisce inoltre che, per la partecipazione alle procedure di affidamento ivi indicate, i predetti soggetti devono possedere i requisiti minimi stabiliti nella Parte V dell'Allegato II.12¹⁰, precisando altresì che, in ogni caso, le società, per un periodo di cinque anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa, e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo

(10) "Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori. Requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura".

indeterminato, qualora costituite nella forma di società di capitali, nonché degli altri soggetti abilitati in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura, i cui requisiti minimi sono anch'essi stabiliti nel predetto Allegato.

14. Requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento dei SIA

La Parte V di del sopra citato Allegato II.12 detta proprio le norme relative ai requisiti di tutti soggetti partecipanti alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura. Si tratta in sostanza di disposizioni riprese dal d.m. 2 dicembre 2016, n. 263¹¹, 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 stati inseriti nel predetto art. 46, *sub lett. d-bis*) del comma 1, oggi previsti dall'art. 66, comma 1, lett. e) del d.lgs. 36/2023), dall'art. 10, comma 1, lett. b), n. 1) della l. 238/2021, la quale ha adeguato l'articolato alla sentenza della Corte di giustizia UE 11 giugno 2020, n. 219 (causa C-219/19)¹².

Viene conseguentemente inserita una nuova disposizione pure nell'Allegato II.12, contenuta specificatamente nell'art. 37, dettante i "Requisiti degli altri soggetti abilitati in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura". Anche i requisiti

(11) "Regolamento recante definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire 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, ai sensi dell'articolo 24, commi 2 e 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50".

(12) Come noto, infatti, la Corte di Lussemburgo ha dichiarato che "[l]'articolo 19, paragrafo 1, e l'articolo 80, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, letti alla luce del considerando 14 della medesima direttiva, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che esclude, per enti senza scopo di lucro, la possibilità di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi di ingegneria e di architettura, sebbene tali enti siano abilitati in forza del diritto nazionale ad offrire i servizi oggetto dell'appalto di cui trattasi".

dei raggruppamenti temporanei sono stati integrati per il caso in cui i medesimi siano costituiti dai predetti "altri soggetti abilitati". Peraltro, il fatto che le nuove previsioni contenute nel sopra citato art. 37 siano perfettamente in linea con quelle relative ai requisiti delle società di professionisti e delle società di ingegneria dovrebbe garantire, perlomeno in linea astratta, la pari qualità del servizio prestato.

Cambia invece il contenuto dell'articolo relativo alla verifica dei requisiti e delle capacità ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento dei SIA. L'art. 40 dell'Allegato in questione modifica infatti l'attuale art. 7 del d.m. 263/2016, nel senso che la verifica del possesso dei requisiti necessari ai fini della partecipazione alle procedure per l'affidamento di servizi di architettura e ingegneria avviene attraverso il fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'art. 24 del nuovo Codice, in linea con quanto previsto dall'art. 99 del medesimo. Del d.m. 263/2016 non sono invece stati riprodotti: i) l'art. 6, relativo agli obblighi di comunicazione all'ANAC, coerentemente con le nuove previsioni contenute nel Codice; ii) l'art. 8, relativo ai requisiti di regolarità contributiva, le cui disposizioni sono però state riprese nell'art. 35, richiamato dall'art. 36, nonché, *mutatis mutandis*, nel nuovo art. 37.

15. Raggruppamenti temporanei

In tema di raggruppamenti temporanei si rileva in particolare che, a norma dell'art. 68 del nuovo Codice, non è più prevista la distinzione tra raggruppamenti verticali e orizzontali ed è sancito, dal comma 11, il principio della qualificazione cumulativa. Pertanto, ai fini dell'ammissione alla gara, è necessario che i partecipanti al raggruppamento temporaneo possiedano "complessivamente" i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale richiesti.

È inoltre eliminata la previsione secondo cui la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria, in ossequio al principio espresso dalla Corte di giustizia UE con la sentenza 28 aprile 2022 (causa C-642/20)¹³.

(13) La Corte di giustizia ha infatti dichiarato la non conformità alle direttive UE dell'art. 83, comma 8, terzo periodo, del d.lgs. 50/2016, affermando in particolare che

16. Verifica del possesso dei requisiti

L'art. 99 del Codice individua le modalità di verifica dell'assenza di cause di esclusione automatiche e non automatiche a carico dell'operatore economico, stabilendo in particolare al comma 3 il principio dell'unicità dell'invio (c.d. "once only") nei rapporti tra stazioni appaltanti e operatori economici.

La verifica dei requisiti sarà dunque fatta attingendo alla banca dati dell'ANAC (BDNCP) dove sarà inserito il fascicolo virtuale di ogni operatore economico, il quale avrà cura di tenere aggiornato. Mentre la stazione appaltante non potrà richiedere informazioni già inserite nella BDNCP.

17. Requisiti di ordine speciale

I requisiti di ordine speciale nel nuovo Codice sono dettati dall'art. 100. A norma del comma 1, gli stessi continuano ad essere: *a)* l'idoneità professionale; *b)* la capacità economica e finanziaria; *c)* le capacità tecniche e professionali.

Al comma 2 viene poi ribadito il dovere per le stazioni appaltanti di richiedere requisiti di partecipazione proporzionati e attinenti all'oggetto dell'appalto. In particolare, secondo quanto previsto dal successivo comma 3, per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi (e forniture), tra cui anche quelli di servizi tecnici, le stazioni appaltanti richiedono l'iscrizione nel registro della camera di commercio o presso i competenti ordini professionali per un'attività pertinente anche se non coincidente con l'oggetto dell'appalto.

Con apposito regolamento è inoltre prevista la definizione della disciplina della qualificazione degli operatori economici per gli appalti di servizi (e forniture). Detto regolamento, ai sensi del comma 10 della disposizione in esame, dovrà contenere, tra l'altro: i) la definizione

delle tipologie per le quali è possibile una classificazione per valore; ii) la competenza a rilasciare la relativa attestazione; iii) la procedura e le condizioni per la relativa richiesta; iv) il regime sanzionatorio.

Ad ogni modo, è altresì previsto che fino alla data di entrata in vigore di tale regolamento, per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi (e forniture), le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità economica e finanziaria un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura¹⁴. In caso di procedure di aggiudicazione suddivise in pluralità di lotti, salvo diversa motivata scelta della stazione appaltante, il fatturato è richiesto per ciascun lotto. Le stazioni appaltanti possono, altresì, richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati, secondo quanto espressamente disposto dal comma 11.

Da ultimo, il legislatore, al comma 12, ha inteso precisare che, salvo quanto previsto dall'art. 102 ("Impegni dell'operatore economico", su cui v. *infra*, § 18) o da leggi speciali, le stazioni appaltanti sono tenute a richiedere esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti dal medesimo art. 100.

18. 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. Detta disposizione, in particolare, non presente nel d.lgs. 50/2016, prevede che

"[l]articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria".

(14) È stato quindi modificato il riferimento temporale da uno – come nella precedente versione del testo – a tre anni. È stata così accolta favorevolmente l'osservazione espressa dalla VIII Commissione nel Parere del 21 febbraio 2023, ove si legge, *sub lett. ss*): "in ordine ai requisiti di ordine speciale, valuti il Governo l'opportunità di ridefinire secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità l'arco temporale rilevante ai fini delle valutazioni operate dalle stazioni appaltanti rispetto ai requisiti di capacità economica e finanziaria per l'aggiudicazione degli appalti di servizi e forniture".

nei bandi le stazioni appaltanti richiedano agli operatori economici di impegnarsi, oltre che a garantire l'applicazione del contratto collettivo nazionale e territoriale di settore, anche a garantire: i) la stabilità occupazionale del personale impiegato; ii) l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, nonché le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare; iii) le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

19. Avvalimento

Con l'art. 104 del Codice è stato introdotto l'avvalimento c.d. "premier", finalizzato ad ottenere un punteggio più elevato. Pertanto l'operatore economico può avvalersi delle risorse altrui non solo per acquisire un requisito di partecipazione, ma anche per migliorare la propria offerta, da specificare ai sensi del comma 4. Il comma 12 precisa altresì che, nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione.

È ammesso inoltre l'avvalimento anche non oneroso, a condizione che soddisfi pure un interesse dell'ausiliaria e, in ogni caso, il relativo contratto può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti, secondo quanto disposto dal comma 1 della disposizione in parola.

20. 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.

Manca invece, nonostante le osservazioni rilevate dall'OICE, la norma sulla polizza r.c. professionale del progettista. Il nuovo Codice non disciplina dunque la

forma di garanzia assicurativa a copertura dei danni derivanti per carenze del progetto posto a base di gara.

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

22. Direzione lavori

Il nuovo Codice dei contratti pubblici detta una specifica disciplina relativa alla direzione dei lavori, dandone spazio nell'art. 114, contenuto nella Parte VI che è dedicata all'esecuzione dell'appalto, nonché nell'Allegato II.¹⁵ che peculiarmente, nella Parte I della Sezione I, stabilisce i compiti e le attività demandate alla figura del direttore dei lavori (di seguito DL)¹⁶. Quest'ultima è comunque più volte richiamata anche in altre disposizioni del medesimo Codice.

In particolare, il comma 6 dell'art. 114 in commento novella l'attuale art. 111, comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. 50/2016, per coordinarlo con le previsioni sulla qualificazione delle stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche. In particolare, viene previsto che le stazioni appaltanti che sono amministrazioni

(15) "Direzione dei lavori e direzione dell'esecuzione dei contratti. Modalità di svolgimento delle attività della fase esecutiva. Collaudo e verifica di conformità".

(16) Detto allegato sarà comunque abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, destinato a sostituirlo integralmente, anche in qualità di Allegato al Codice.

pubbliche, salvo che non sia diversamente previsto nel bando di gara per la progettazione, affidano l'attività di direzione dei lavori ai propri dipendenti. In mancanza, la affidano ai dipendenti di centrali di committenza o di altre amministrazioni pubbliche¹⁷. Solo qualora le predette amministrazioni non dispongano delle competenze o del personale necessario ovvero nel caso di lavori complessi o che richiedano professionalità specifiche, oppure ancora qualora la stazione appaltante non sia una amministrazione pubblica, l'incarico è affidato con le modalità previste dal Codice. In sostanza, dunque, le stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche possono ricorrere ad appalti esterni anche per la direzione dei lavori in casi particolari, coincidenti con i "lavori complessi" o che richiedano "professionalità specifiche". L'appalto per il conferimento di incarichi di direzione dei lavori è invece obbligatorio per le stazioni appaltanti che non sono amministrazioni pubbliche. Per "lavori complessi" si intenderebbero i lavori caratterizzati da elevato contenuto tecnologico o da una significativa interconnessione degli aspetti architettonici, strutturali e tecnologici, ovvero da rilevanti difficoltà realizzative dal punto di vista impiantistico-tecnologico e in ogni caso di tutti quei lavori per i quali si richieda un elevato livello di conoscenza finalizzata principalmente a mitigare il rischio di allungamento dei tempi contrattuali o il superamento dei costi previsti, oltre che alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori coinvolti, rendendo disponibili informazioni attendibili ed utili anche per la fase di esercizio ed in generale per l'intero ciclo di vita dell'opera. Rientrano tra i lavori complessi, altresì, quelli determinati da esigenze particolarmente accentuate di coordinamento e di collaborazione tra discipline eterogenee, la cui integrazione in termini collaborativi è ritenuta fondamentale.

A riguardo, si tiene peraltro a segnalare come, a seguito delle critiche che erano state a riguardo sollevate dal Consiglio Nazionale Ingegneri, insieme alla Rete Professioni Tecniche, le Commissioni parlamentari coinvolte in relazione alle osservazioni sul nuovo Codice avevano favorevolmente accolto, *inter alia*, la previsione di introdurre una mera facoltà per la stazione appaltante di procedere dell'affidamento interno della direzione la-

vori in luogo dell'obbligatorietà attualmente prevista¹⁸. Tuttavia, il Governo non ne ha tenuto conto.

23. 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 queste 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.

Viene introdotto il c.d. subappalto a cascata. 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,

(17) V. anche art. 3, comma 4, dell'Allegato II.4 ("Qualificazione delle stazioni appaltanti").

(18) V. Parere approvato con osservazioni dalla VIII Commissione del 21 febbraio 2023, ove si legge, *sub lett. yy*: "all'articolo 114, valuti il Governo l'opportunità di prevedere la facoltà per la stazione appaltante di procedere all'affidamento interno della direzione lavori in luogo dell'obbligatorietà".

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.

Non viene dunque replicato *ex lege*, né nell'art. 119, né in altre disposizioni del nuovo Codice, il divieto di subappalto della progettazione e delle attività ad essa connesse, così come invece previsto dall'art. 31, comma 8, del d.lgs. 50/2016. Il che, tuttavia, non toglie la possibilità di prevederlo in sede di gara "*in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto*". Come peraltro già avevamo osservato, con la cancellazione della previsione contenuta nel 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, ai sensi del comma 3.

24. Collegio consultivo tecnico

Il collegio consultivo tecnico, la cui disciplina trova spazio negli artt. 215-219 del Codice, viene previsto in via obbligatoria su richiesta di una delle parti negli appalti sopra soglia UE anche per gli appalti di servizi e forniture. La relativa pronuncia ha natura di lodo contrattuale, in assenza di un'espressa volontà contraria.

25. ANAC

L'art. 222 del nuovo Codice modifica le competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione. In particolare, mentre permangono i poteri riconosciuti nell'ambito della vigilanza sui contratti pubblici anche attraverso l'adozione di bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri atti amministrativi generali, viene meno il potere dell'ANAC di adottare Linee guida e strumenti di regolazione flessibile.

Pertanto, anche le attuali Linee guida n. 1 sui servizi di architettura e ingegneria non troverebbero più ragion d'essere. Viene invece mantenuto e rafforzato il ruolo dell'Autorità in materia di precontenzioso.