

PROGRAMMAZIONE E PROGETTAZIONE: LE NOVITÀ DEL NUOVO CODICE

1. Premessa. – 2. La programmazione. – 2.1. Premessa. – 2.2. Le novità della programmazione dei lavori pubblici. – 2.3. La programmazione degli acquisti di beni e servizi. – 3. Le novità in materia di dibattito pubblico. – 4. Le nuove norme in materia di progettazione delle opere pubbliche. – 4.1. Premessa. – 4.2. La verifica dell'interesse archeologico. – 4.3. I livelli della progettazione. – 4.4. I vizi del progetto e la sua impugnabilità – 4.5. Affidamento interno ed esterno della progettazione. – 4.6. Verifica e validazione del progetto. – 4.7. L'impiego di tecnologie digitali per la progettazione. – 4.8. Gli incentivi per le funzioni tecniche. – 4.9. La disciplina transitoria. – 5. La nuova disciplina su localizzazione e approvazione dei progetti delle opere pubbliche. – 6. La nuova disciplina dell'appalto integrato. – 7. La progettazione di servizi e forniture. – 8. La disciplina delle infrastrutture di interesse strategico.

1. Premessa.

Le parti III e IV del Libro I del nuovo codice dei contratti pubblici, approvato col d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, dedicate rispettivamente alla programmazione delle opere pubbliche e degli acquisti di beni e servizi ed alla progettazione, costituiscono uno dei terreni su cui il nuovo testo normativo ha maggiormente innovato rispetto alla disciplina previgente. Si trattava, indubbiamente, di settori nei quali era particolarmente avvertita l'esigenza di perseguire quegli obiettivi di semplificazione della disciplina e accelerazione delle procedure che, secondo la legge delega (l. 21 giugno 2022, n. 78), dovevano essere – nella logica di quanto concordato con l'Unione Europea nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)¹ – uno dei valori cardine da perseguire ai fini del rilancio e del recupero dell'efficienza nel contesto dei contratti pubblici in Italia.

Non è un mistero che la maggiore incidenza sui tempi lunghi che ormai proverbialmente connotano la realizzazione delle opere pubbliche in Italia sia determinata, ben più che dalla durata delle procedure di affidamento in senso stretto, da tutto ciò che precede e segue tale fase, e quindi dalla fase di progettazione e da quella di esecuzione, laddove si registrano ritardi e lungaggini talmente radicati nel tempo da poter essere ritenuti caratteri strutturali del sistema². In particolare, poi, secondo il più recente *Rapporto sui tempi di realizzazione delle opere pubbliche* predisposto dall'Agenzia per la Coesione Territoriale nell'ambito del Settore “Sistema dei Conti pubblici territoriali. Analisi e monitoraggio degli investimenti pubblici” (risalente al luglio 2018), è proprio nella fase di progettazione che si riscontra il maggior peso dei cosiddetti “tempi di attraversamento”, ossia quelli che intercorrono nell'*iter* realizzativo dell'intervento tra la fine di una fase e l'inizio della successiva e che sono prevalentemente riconducibili a un insieme di attività amministrative necessarie per la prosecuzione dell'*iter* medesimo, i quali all'epoca dell'ultima rilevazione giungevano a sfiorare il 60% del tempo complessivo³.

¹ Nell'enunciazione dell'obiettivo da perseguire in materia di contratti pubblici, nell'ambito delle riforme “orizzontali” che l'Italia si è impegnata a realizzare per fruire delle risorse del *Recovery Fund*, si legge: “La semplificazione delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni è obiettivo essenziale per l'efficiente realizzazione delle infrastrutture e per il rilancio dell'attività edilizia (...) Tale semplificazione deve avere a oggetto non solo la fase di affidamento, ma anche quelle di pianificazione programmazione e progettazione” (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, pag. 69, in [governo.it/sites/governo.it/files/PNRR/pdf](https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR/pdf)).

² Cfr. S. GIACOMELLI, *Intervento in AA.VV., La pubblica amministrazione e gli appalti: speditezza, efficienza e garanzie. Atti del convegno Roma – 14 aprile 2021*, a cura di A. Civello, Roma. Herald Editore, 2021, pp. 57 ss.

³ Cfr. *Temî CPT – Rapporto sui tempi di realizzazione delle opere pubbliche*, in https://www.agenziacoesione.gov.it/news_istituzionali/temi-di-realizzazione-delle-opere-pubbliche-online-il-rapporto-2018/, § 3.3, laddove si evidenzia anche che la sub-fase di maggiore impatto sotto il profilo qui considerato è quella della progettazione preliminare, dove i tempi di attraversamento arrivano a pesare per il 69%. Cfr. anche C. CONTESSA, *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*,

Non sorprende, pertanto, che il legislatore abbia ritenuto di intervenire sui principali istituti coinvolti in questa fase prodromica all'avvio della gara vera e propria con innovazioni anche radicali, quale ad esempio quella della riduzione dei livelli della progettazione, prefigurata già nella legge di delega⁴ e attuata dalla parte IV del Libro I del nuovo codice con l'eliminazione del progetto definitivo (un tempo quello attorno a cui ruotava tutta la fase autorizzatoria che accompagna l'approvazione del progetto stesso). Di seguito, saranno esaminate analiticamente le sub-fasi della programmazione, della progettazione, della localizzazione dell'opera pubblica e dell'approvazione del progetto, senza trascurare il fondamentale momento del dibattito pubblico, passando in rassegna le principali criticità emerse nel vigore della disciplina previgente e le innovazioni introdotte dal nuovo codice, anche in vista di un preliminare vaglio circa la loro idoneità a perseguire gli obiettivi di maggiore efficienza dianzi indicati.

2. La programmazione.

2.1. Premessa. Il nuovo codice dei contratti pubblici dedica alla programmazione l'articolo 37, significativamente più snello rispetto al previgente articolo 21 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, anche grazie al rinvio a un apposito allegato (allegato I.5) destinato a recepire i contenuti del previgente d.m. 16 gennaio 2018, n. 14, recante la disciplina attuativa fino ad oggi in vigore. L'allegato I.5, secondo il meccanismo di "*delegificazione speciale*" adottato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato incaricata della redazione del codice al fine di renderlo immediatamente "*autoconclusivo*"⁵, è destinato ad essere sostituito da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, emanato con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere del CIPESS e d'intesa con la Conferenza unificata, che dovrebbe abrogarlo e prenderne il posto anche in qualità di allegato al codice.

Nel quadro normativo fin qui operante, confermato anche dal nuovo codice dei contratti pubblici, la programmazione in linea generale costituisce un momento fondamentale dell'*iter* di realizzazione di un'opera pubblica (come dell'acquisizione di un servizio o di un bene), rispetto al quale si atteggia come un *prius* logico-giuridico, individuando il momento in cui gli organi di governo dell'amministrazione definiscono gli obiettivi concreti da raggiungere in coerenza con i bisogni della collettività⁶. Introdotta per la prima volta dall'articolo 14 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. "legge Merloni"), confermata con modifiche dall'articolo 128 del d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163 (nonché dall'articolo 271 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che la estese in via facoltativa anche agli acquisiti di beni e servizi), la programmazione è stata poi resa obbligatoria per tutti i settori degli appalti dall'articolo 1, comma 505, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, con disposizioni poi recepite dal già citato articolo 21 del d.lgs. n. 50/2016, oggi abrogato dal nuovo codice.

Le finalità generali delle norme sulla programmazione sono individuabili, oltre che nella razionalizzazione delle scelte strategiche in funzione degli obiettivi da perseguire, sì da rendere

2021, 6, 751 ss., il quale osserva come sia per la prima volta con le norme speciali relative agli interventi finanziati con le risorse del PNRR che il legislatore ha spostato l'attenzione dalla procedura di aggiudicazione e dalla successiva eventuale fase contenziosa dinanzi al giudice amministrativo, da sempre considerate come quelle su cui intervenire per ridurre i tempi di realizzazione delle opere pubbliche, a quelle di progettazione e approvazione del progetto.

⁴ "...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..." (articolo 1, comma 2, lettera g).

⁵ Sul punto, cfr. L. CARBONE, *La scommessa del "codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, in www.giustizia-amministrativa.it, gennaio 2023, che evidenzia la "*audacia*" della scelta in discorso, determinata dall'assenza nella legge n. 78/2022 di un'espressa delega anche di funzioni regolamentari oltre che legislative (pp. 8 e 23).

⁶ Cfr. R. DIPACE, *Pianificazione, programmazione e progettazione (artt. 21-27)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, p. 307.

concreta l'applicazione dei principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, nel garantire la corretta allocazione delle risorse finanziarie, scongiurando il fenomeno della c.d. "programmazione rovesciata" attraverso il quale nella pratica avveniva che la scelta di procedere a uno specifico intervento pubblico fosse consequenziale alla disponibilità di un determinato finanziamento, il che rendeva spesso le scelte estemporanee e non volte alla soddisfazione di esigenze della collettività⁷. A ciò si aggiunge, nell'attuale sistema multilivello, la funzionalità della programmazione a perseguire obiettivi di rilevanza comunitaria di apertura del mercato alla concorrenza attraverso la previsione della possibilità per i privati di intervenire già nella fase delle scelte sulle infrastrutture da realizzare⁸. Naturalmente, poi, con specifico riferimento ai lavori pubblici, il principio per cui nessuna procedura di realizzazione di un'opera pubblica può essere avviata senza che vi sia certezza circa la disponibilità delle relative risorse finanziarie necessarie vale a scongiurare il preoccupante fenomeno delle opere incompiute, cui negli ultimi anni il legislatore ha dedicato una specifica attenzione⁹.

L'attuale articolo 37 del codice conserva la precisazione fondamentale, introdotta dall'articolo 21 del d.lgs. n. 50/2016, per cui gli atti di programmazione devono essere approvati "*nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio*"; si tratta di quella necessaria connessione fra la disciplina della programmazione dei contratti pubblici e quella in materia di contabilità pubblica e bilanci¹⁰ che, soprattutto in relazione agli enti locali, aveva in passato posto problemi applicativi in relazione alle norme contenute nel testo unico sull'ordinamento degli enti locali (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267). L'innovativo riferimento ai "*principi contabili*" contenuto nel comma 1 dell'articolo 37, come chiarito dalla Relazione di accompagnamento, comporta il necessario richiamo ai principi declinati dall'allegato 4/1 al d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118¹¹, in funzione della piena affermazione del principio della previa identificazione, quale condizione per l'approvazione, dei mezzi finanziari destinati alla copertura degli interventi da inserire nell'elenco annuale di cui alla lettera b) del medesimo comma.

Le modifiche apportate dal nuovo codice, sia sul piano generale che con riferimento agli atti di programmazione relativi ai singoli settori dei contratti pubblici, non sono destinate comunque a produrre alcun impatto sia sulla natura giuridica degli atti di programmazione, della quale la dottrina ha da tempo escluso il carattere *lato sensu* politico riconducendola pacificamente ad attività amministrativa¹², sia sui temi della loro vincolatività per l'amministrazione e della loro potenziale lesività per i terzi e consequenziale impugnabilità da parte loro¹³. Quanto a quest'ultimo aspetto, se

⁷ Cfr. R. DIPACE, *op. cit.*, p. 306.

⁸ Cfr. R. DIPACE, *op. cit.*, pp. 308-309. Cfr. anche C. CRESTA, *Livelli della progettazione*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, I, Milano, 2019, pp. 1215-1216, il quale evidenzia come la stessa direttiva 2014/24/UE, in numerosi suoi *considerando*, esprima il *favor* del legislatore comunitario – p.es. attraverso il richiamo a istituti innovativi quali la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo – verso la partecipazione degli operatori economici al processo di individuazione dei lavori, dei servizi e delle forniture da acquistare, al fine di meglio soddisfare le esigenze della committenza e assicurare il miglior rapporto qualità-prezzo, ferma restando la titolarità delle scelte definitive sui bisogni della collettività in capo alle stazioni appaltanti.

⁹ Cfr. A. GRAZIANO, *Programmazione*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, I, cit., p. 1124, che richiama i dati risultanti dall'Anagrafe istituita col d.m. 13 marzo 2013, n. 42, in attuazione dell'articolo 44-*bis* del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214.

¹⁰ Cfr. A. GRAZIANO, *op. cit.*, p. 1128, il quale evidenzia che, nonostante il legislatore non abbia previsto che i programmi pluriennali di lavori, servizi e forniture siano collegati al bilancio, ma solo che siano "coerenti" con esso, tuttavia deve certamente ritenersi che la differenza sia solo formale, "*la coerenza postulando in ogni caso l'osservanza dei principi e delle linee di fondo del bilancio stesso*".

¹¹ Come è noto, i due fondamentali capisaldi del principio contabile applicato alla programmazione, individuati dall'allegato 4/1 al d.lgs. n. 118/2011 ai fini della predisposizione del bilancio, sono il principio della compatibilità economico-finanziaria e il principio della verifica della possibile evoluzione della gestione dell'ente: sul punto, cfr. M. ANZALONE, *L'avvio della contabilità armonizzata degli enti territoriali*, in *Il quotidiano per la PA*, 23 gennaio 2015.

¹² Sul punto cfr. R. DIPACE, *op. cit.*, pp. 307-308.

¹³ Cfr. A. GRAZIANO, *op. cit.*, pp. 1144 ss.

è ancora molto diffuso in giurisprudenza l'orientamento che esclude la possibilità di autonoma impugnazione degli atti di programmazione in quanto inidonei a costituire vincoli direttamente lesivi per i privati¹⁴, tuttavia merita di essere richiamato un diverso indirizzo, secondo cui l'inserimento di un'opera pubblica nel programma triennale incide sull'interesse dei privati per il fatto che l'opera contestata fino al momento della sua inclusione nell'atto di programmazione in parola non era realizzabile mentre, successivamente a tale determinazione, ne è doverosa la realizzazione nel triennio secondo l'ordine di priorità del programma approvato e con le disponibilità finanziarie specificamente apprestate¹⁵.

2.2. Le novità della programmazione dei lavori pubblici. Il nuovo codice conferma l'ormai consolidata articolazione "trifasica", già adottata dal d.lgs. n. 50/2016, della programmazione dei lavori pubblici, nell'ambito della quale, come evidenziato da attenta dottrina¹⁶, è possibile individuare tre livelli e segnatamente:

- a) la programmazione preliminare, finalizzata a individuare gli interventi strumentali al soddisfacimento dei bisogni individuati a livello politico e nella quale è centrale, per gli interventi superiori alla soglia di rilevanza europea, il documento di fattibilità delle alternative progettuali (DOCFAP, su cui *infra*) quale condizione indefettibile per il successivo inserimento dell'opera nel programma triennale;
- b) il programma triennale dei lavori pubblici di cui alla lettera a) del comma 1 dell'articolo 37, nel quale devono essere inseriti tutti i lavori il cui importo si stima superiore alla soglia di 150.000 euro, individuata dall'articolo 50, comma 1, lettera a), del codice stesso quale soglia minima per l'affidamento diretto dei lavori anche senza consultazione di più operatori economici;
- c) l'elenco annuale di cui alla lettera b) del comma 1, nel quale sono indicati i lavori da avviare nella prima annualità di vigenza del programma con l'indicazione delle relative fonti di finanziamento, previa approvazione del documento di indirizzo alla progettazione (DIP, su cui pure *infra*).

A dichiarati fini di semplificazione sono intese due innovative previsioni contenute nel comma 2: la possibilità di inserire nel programma triennale i lavori di manutenzione ordinaria di importo superiore alla soglia di rilevanza europea anche in assenza del DOCFAP (la cui predisposizione in questi casi, come precisato dalla Relazione illustrativa, è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante) e l'esclusione integrale dall'obbligo di inserimento nella programmazione per i lavori, così come per i servizi e le forniture, da svolgere in amministrazione diretta.

Per il resto, gli interventi di "snellimento" delle disposizioni relative alla programmazione dei lavori pubblici rispetto al previgente testo dell'articolo 21, d.lgs. n. 50/2016 non introducono sostanziali novità, così come anche la disciplina dell'allegato I.5, al di là di qualche modifica di tipo formale, non introduce variazioni rilevanti rispetto alla precedente normativa attuativa contenuta nel d.m. n. 14/2018 in ordine alla previsione delle modalità di aggiornamento del programma triennale e dell'elenco annuale, degli schemi tipo, degli ordini di priorità degli interventi (ivi compresi quelli di completamento delle opere incompiute) e dell'indicazione delle fonti di finanziamento.

2.3. La programmazione degli acquisti di beni e servizi.

Resa obbligatoria per la prima volta dal d.lgs. n. 50/2016¹⁷, la programmazione degli acquisti di beni e servizi viene ridisciplinata dall'articolo 37 del nuovo codice con innovazioni piuttosto incisive, chiaro segno della volontà di semplificazione normativa del legislatore in un settore, quello

¹⁴ Cfr. T.A.R. Napoli, sez. V, 2 novembre 2020, n. 4965; T.A.R. Parma, sez. I, 26 gennaio 2011, n. 10; T.A.R. Basilicata, sez. I, 19 gennaio 2010, n. 17; T.A.R. Napoli, sez. II, 1 dicembre 2006, n. 10343 (con riguardo soprattutto al rapporto tra programmazione e avvio delle procedure espropriative).

¹⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2002, n. 5824.

¹⁶ Cfr. R. DIPACE, *op. cit.*, pp. 311 ss.

¹⁷ Cfr. S. USAI, *Nuovo codice appalti: è obbligatoria la programmazione degli acquisti di beni e servizi*, in *www.appaltiecontratti.it*, 24 marzo 2016.

dei contratti pubblici di servizi e forniture, nel quale è evidentemente avvertita l'esigenza di riconoscere alle stazioni appaltanti un necessario margine di flessibilità nelle proprie scelte.

In particolare, alle suindicate finalità risponde:

- a) l'allungamento a tre anni, anziché due come in passato, dell'orizzonte temporale di efficacia della programmazione degli acquisti di beni e servizi (la Relazione di accompagnamento evidenzia come tale termine triennale sia anche in linea con quello previsto in via generale per gli atti di programmazione economico-finanziaria);
- b) la correlativa elevazione a 140.000 euro, anziché 40.000 come in passato, della soglia minima di valore dei contratti che devono essere obbligatoriamente iscritti nella programmazione *de qua* (articolo 37, comma 3, che anche in questo caso rinvia alla soglia minima stabilita dall'articolo 50 per gli affidamenti diretti senza obbligo di consultazione di più operatori economici);
- c) l'eliminazione dell'obbligo, già previsto dal comma 6 dell'articolo 21 del d.lgs. n. 50/2016, di trasmissione dell'elenco delle acquisizioni di beni e servizi di importo superiore a 1 milione di euro al Tavolo tecnico di cui all'articolo 9, comma 2, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito con modificazioni dalla legge 23 giugno 2014, n. 89;
- d) la mancata riproduzione della previsione, sempre contenuta nel comma 6 del previgente articolo 21, secondo cui nel programma degli acquisiti di beni e servizi devono essere individuati anche i bisogni che possono essere soddisfatti con capitali privati.

In realtà, l'obbligo di trasmissione al Tavolo tecnico delle informazioni relative agli acquisti di beni e servizi è riprodotto all'articolo 6, comma 2, dell'allegato I.5, e comunque lo stesso era stato introdotto dal citato articolo 1, comma 505, della legge n. 208/2015, tuttora in vigore¹⁸; pertanto, la previsione in questione è da ritenersi ridondante, siccome ripetitiva di altra già reperibile *aliunde*. Peraltro, la norma della legge di stabilità 2016 conteneva anche una serie di articolati e complessi obblighi di pubblicazione con oggetto i contratti stipulati in attuazione del programma degli acquisti di beni e servizi, da considerare superati già con l'entrata in vigore dell'articolo 29 del d.lgs. n. 50/2016, il quale, in attuazione degli articoli da 48 a 55 della direttiva 2014/24/UE e da 67 a 75 della direttiva 2014/25/UE, ha introdotto analitici obblighi di pubblicazione per tutti i contratti pubblici¹⁹.

Più problematica è la questione della portata della soppressione della disposizione di cui *sub d*), tenuto conto della mancata riproduzione nel nuovo codice anche della norma già contenuta nell'articolo 20 del d.lgs. n. 50/2016 (relativa alla realizzazione di un'opera pubblica a spese del privato), a cui la previsione contenuta nel comma 6 dell'articolo 21 era stata ricollegata, in un'ottica di incentivazione delle stazioni appaltanti a favorire l'impiego di risorse private attraverso indicazioni da fornire già nella fase della programmazione²⁰. Escluso che la mancata riproduzione delle previsioni in questione possa incidere sull'ambito di applicazione del codice (essendo pacifica la non applicabilità della normativa di derivazione eurounitaria in materia di contratti pubblici per gli interventi non implicanti l'impiego di risorse finanziarie pubbliche), c'è da chiedersi se possa risulterne preclusa, o quanto meno frustrata, la funzione pro-concorrenziale che anche l'attività di programmazione poteva svolgere attraverso l'indicazione delle aree e dei settori nei quali la stazione appaltante avrebbe ritenuto di poter avvalersi di capitali privati.

3. Le novità in materia di dibattito pubblico.

¹⁸ Il Tavolo tecnico, composto da un rappresentante della presidenza del Consiglio dei ministri, un rappresentante del ministero dell'Economia e i rappresentanti dei soggetti aggregatori, è stato istituito con d.P.C.M. 14 novembre 2014.

¹⁹ Cfr. S. USAI, *op. cit.*

²⁰ Cfr. A. GRAZIANO, *op. cit.*, pp. 1130-1131.

Il nuovo codice dei contratti pubblici ha ritenuto di confermare la previsione in via generale del dibattito pubblico, introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento dall'articolo 22 del d.lgs. n. 50/2016 ancorché – come la stessa Relazione di accompagnamento si premura di precisare – si tratti di istituto non direttamente “necessitato” dalle direttive europee²¹. In effetti, si tratta di un istituto che il legislatore del 2016 aveva voluto introdurre nella normativa sui contratti pubblici ai fini del superamento delle molteplici criticità che i consolidati moduli legislativi e amministrativi di composizione dei diversi interessi – anche contrapposti – coinvolti nelle scelte relative alla realizzazione di un'opera pubblica avevano incontrato, nella più generale ottica di quello che la dottrina ha definito il passaggio dal modello tradizionale di democrazia “*deliberativa*” a un più moderno sistema di democrazia “*partecipativa*”²². Dunque, quell'evoluzione legislativa che è stata definita di “*normativizzazione dei processi partecipativi*” nasceva non da un afflato di democratizzazione complessiva del sistema, bensì dalla semplice necessità di un recupero di efficienza nelle procedure approvative delle opere pubbliche²³.

Non si può certamente dire che i meccanismi introdotti dal legislatore del 2016 con l'articolo 22 del codice previgente, integrato dal d.P.C.M. 10 maggio 2018, n. 76 (nel quale sono stati individuati i casi di dibattito pubblico obbligatorio o facoltativo, nonché definite le essenziali regole procedurali), abbiano dato buona prova di sé. Innanzitutto, destava perplessità la scelta di circoscrivere l'istituto ad un numero limitato di interventi, e fra questi a quelli relativi alle opere maggiormente complesse, laddove più arduo sarebbe stato assicurarne immediatamente un buon funzionamento²⁴. Al di là poi di specifiche criticità e incongruenze rintracciabili nella disciplina, il principale nodo problematico era costituito dall'assenza – a differenza che nell'esperienza d'Oltralpe – di un organismo statale realmente terzo e indipendente cui affidare il delicato compito di mediare tra gli interessi in conflitto ed esplorare ogni possibilità di raggiungimento di un punto di equilibrio: tale non era la Commissione nazionale per il dibattito pubblico, istituita dal citato d.P.C.M. n. 76/2018, la quale non andava al là di compiti di monitoraggio sul corretto svolgimento della procedura di dibattito pubblico, sul rispetto della partecipazione e sulla corretta gestione delle informazioni, col risultato di creare un sistema “ibrido” nel quale la stazione appaltante conservava la propria posizione centrale nella fase di localizzazione e approvazione del progetto, e che pertanto difficilmente poteva essere in grado di superare, cogliendone le ragioni profonde di tipo sociale e istituzionale, le *impasse* che connotavano le procedure “tradizionali” di approvazione dei progetti di opere pubbliche²⁵.

La prova di questa inefficacia si rinviene nella circostanza che il legislatore ha finito per considerare il dibattito pubblico come una sorta di fastidioso “ostacolo” nel percorso di realizzazione delle opere pubbliche, finendo per adottare speciali disposizioni intese alla sua

²¹ Peraltro, la stessa Relazione ne individua un possibile *pendant* nell'interesse generale per le opere pubbliche riconosciuto dal *considerando* 122 della direttiva n. 2014/24/UE, secondo cui “*i cittadini, i soggetti interessati organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/655/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto*”. Vengono poi ricostruiti gli antecedenti francesi dell'istituto e la sua successiva introduzione nell'ordinamento italiano da parte di alcune leggi regionali.

²² Sul tema, cfr. M. ATELLI, *Dibattito pubblico*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, I, cit., pp. 1157 ss. Non trascurabile è anche l'influenza della legislazione transnazionale in materia ambientale, a partire dalla Convenzione di Aarhus del 1998, su una più generale sensibilità verso l'esigenza di acquisire l'avviso del pubblico su tutti gli interventi potenzialmente idonei a produrre un rilevante impatto sull'ambiente: cfr. R. DIPACE, *op. cit.*, p. 332.

²³ Cfr. F. GIAMPIETRO, *Opposte tensioni tra procedure di coinvolgimento del pubblico ed istituti del silenzio-assenso “orizzontale” e “verticale”*, in *Ambiente e sviluppo*, 2021, 10, pp. 718 ss., che evidenzia come le stesse esigenze siano alla base delle rilevanti modifiche introdotte nel 2017 al testo unico dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), proprio in relazione al coinvolgimento del pubblico ed alla possibilità di contemplare forme di inchiesta pubblica nelle procedure di valutazione di impatto ambientale.

²⁴ Questa opzione fu stigmatizzata già dal Consiglio di Stato nel suo parere sullo schema di decreto poi confluito nel d.P.C.M. n. 76/2018 (Cons. Stato, comm. spec., parere 12 febbraio 2018, n. 359).

²⁵ Cfr. M. ATELLI, *op. cit.*, pp. 1166 ss.

abbreviazione, o perfino eliminazione, ogni qual volta fosse possibile addurre la sussistenza di particolari ragioni di celerità, urgenza, rilevanza degli interventi, etc.; lo stesso articolo 40 del nuovo codice, al comma 7, fa espressamente salve le disposizioni speciali in materia da ultimo inserite nel decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 1 luglio 2021, n. 101, per gli interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR o del PNC. Il riferimento è alle speciali disposizioni introdotte dall'articolo 46 del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108²⁶, peraltro costruite sullo schema di dibattito pubblico di cui al previgente articolo 22, d.lgs. n. 50/2016, ivi compreso l'obbligatorio intervento della Commissione nazionale per il dibattito pubblico.

Ciò premesso, al di là di specifici interventi di semplificazione procedimentale contenuti nell'articolo 40 e nell'allegato I.6 al codice (in larga parte riproduttivo del citato d.P.C.M. n. 76/2018), il dato più rilevante della “nuova” disciplina del dibattito pubblico è costituito proprio dalla soppressione della Commissione nazionale per il dibattito pubblico, non essendosi ritenuto di dover più contemplare uno specifico organismo cui affidare compiti di supervisione e monitoraggio. Probabilmente la Commissione non mancherà quasi a nessuno, la sua eliminazione potendo considerarsi una mera presa d'atto della sua sostanziale incapacità di incidere seriamente su quelle che dovrebbero essere le finalità e gli effetti di un “reale” *debat public*; tuttavia, la nuova disciplina, confermando in capo alla sola stazione appaltante non solo il potere/dovere di indire il dibattito ma anche il compito di trarne le conclusioni (articolo 40, comma 6), non risolve il problema sopra indicato dell'inesistenza di un organismo neutro e indipendente in grado di elaborare una proposta di composizione degli interessi in gioco che possa dirsi effettivamente autorevole e in grado di sopire le inevitabili conflittualità territoriali e istituzionali²⁷.

²⁶ “Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, con decreto del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, adottato su proposta della Commissione nazionale per il dibattito pubblico di cui all'articolo 22, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, possono essere individuate, in relazione agli interventi di cui all'articolo 44, comma 1, nonché a quelli finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR e del PNC, soglie dimensionali delle opere da sottoporre obbligatoriamente a dibattito pubblico inferiori a quelle previste dall'Allegato 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 maggio 2018, n. 76. In relazione agli interventi di cui all'Allegato IV al presente decreto, il dibattito pubblico ha una durata massima di quarantacinque giorni e tutti i termini previsti dal citato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri n. 76 del 2018, sono ridotti della metà. Nei casi di obbligatorietà del dibattito pubblico, la stazione appaltante provvede ad avviare il relativo procedimento contestualmente alla trasmissione del progetto di fattibilità tecnica ed economica al Consiglio superiore dei lavori pubblici per l'acquisizione del parere di cui all'articolo 44, comma 1. In caso di restituzione del progetto ai sensi del secondo periodo dell'articolo 44, comma 1, il dibattito pubblico è sospeso con avviso pubblicato sul sito internet istituzionale della stazione appaltante e il termine di cui al secondo periodo del presente comma riprende a decorrere dalla data di pubblicazione sul medesimo sito internet istituzionale dell'avviso di trasmissione del progetto di fattibilità tecnica ed economica integrato o modificato secondo le indicazioni rese dal Comitato speciale del Consiglio superiore di lavori pubblici. Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate nella conferenza di servizi di cui all'articolo 44, comma 4, tenuto conto delle preminenti esigenze di appaltabilità dell'opera e della sua realizzazione entro i termini previsti dal PNRR ovvero, in relazione agli interventi finanziati con le risorse del PNC, dal decreto di cui al comma 7 dell'articolo 1 del decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° luglio 2021, n. 101. Al fine di assicurare il rispetto dei termini di cui al secondo periodo del presente comma, la Commissione nazionale per il dibattito pubblico provvede ad istituire, entro il termine di sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, un elenco di soggetti, in possesso di comprovata esperienza e competenza nella gestione dei processi partecipativi ovvero nella gestione ed esecuzione delle attività di programmazione e pianificazione in materia urbanistica o di opere pubbliche, cui conferire l'incarico di coordinatore del dibattito pubblico, come disciplinato dal decreto adottato in attuazione dell'articolo 22, comma 2, del citato decreto legislativo n. 50 del 2016. In caso di inosservanza da parte della stazione appaltante dei termini di svolgimento del dibattito pubblico previsti dal presente comma, la Commissione nazionale per il dibattito pubblico esercita, senza indugio, i necessari poteri sostitutivi” (comma 1). Il decreto prefigurato dal primo periodo di questo comma non risulta essere stato emanato.

²⁷ Tale non può dirsi il responsabile del dibattito pubblico, che nell'allegato I.6 è destinato a prendere il posto del coordinatore del dibattito pubblico individuato dal d.P.C.M. n. 76/2018, ancorché designato da un soggetto esterno alla stazione appaltante (il Ministero competente ovvero, per le opere progettate dai Ministeri, la Presidenza del Consiglio

Come pure non risolto è il problema applicativo relativo alla natura giuridica del provvedimento che conclude il dibattito pubblico. Il citato comma 6 dell'articolo 40 si limita a prevedere che gli esiti del dibattito vengano “*valutati dalla stazione appaltante o dall'ente concedente ai fini dell'elaborazione del successivo livello di progettazione*” (sul presupposto, ribadito dall'allegato I.6 in linea con il previgente d.P.C.M. n. 76/2018, che il dibattito sia avviato in relazione al progetto di fattibilità tecnica ed economica dell'intervento). Dunque sembra che eventuali doglianze avverso le forme e modalità di composizione degli interessi definite all'esito del dibattito pubblico debbano essere formulate dagli interessati direttamente con l'impugnazione del provvedimento di approvazione del progetto che sarà posto a base di gara, non essendo prevista – così come nel regime normativo precedente – una autonoma decisione conclusiva del dibattito. Ciò tuttavia non può valere, come è stato autorevolmente osservato²⁸, per i casi in cui all'esito del dibattito si rinunci del tutto alla realizzazione dell'opera (la c.d. “opzione zero”, non esclusa neanche teoricamente dalla disciplina in esame): in questi casi, la scelta dell'amministrazione dovrà necessariamente essere espressa in un atto a valenza provvedimentale, avente natura di revoca impropria e destinato a incidere sulla programmazione delle opere pubbliche, la quale evidentemente dovrà essere modificata con l'espunzione di quella per la quale si sia deciso di soprassedere.

4. Le nuove norme in materia di progettazione delle opere pubbliche.

4.1. Premessa. Come già anticipato, la fase della progettazione in senso stretto ha costituito uno dei principali oggetti dell'attenzione del legislatore, nell'ottica di massima semplificazione della disciplina e di recupero di efficienza e celerità nel complessivo *iter* di realizzazione delle opere pubbliche. Questo impegno si è tradotto nel concentrare in poche norme primarie, gli articoli da 41 a 44 del nuovo codice, la disciplina essenziale della progettazione, per poi rimettere agli allegati la regolamentazione dei profili tecnici e scientifici (già tradizionalmente oggetto di disciplina regolamentare nel quadro normativo anteriore, con la sola parziale eccezione proprio del d.lgs. n. 50/2016, di cui si dirà subito appresso).

Le innovative scelte del nuovo codice, pur nei loro aspetti più dirompenti (quale è, come si vedrà, la riduzione da tre a due degli “ordinari” livelli della progettazione), non scalfiscono l'ormai acquisita consapevolezza del legislatore della centralità del progetto, quale momento nel quale tutti i molteplici interessi pubblici e privati coinvolti nella realizzazione dell'opera pubblica trovano selezione e sintesi, traducendosi nel documento rappresentativo delle sue caratteristiche essenziali (natura, forma, dimensioni, struttura), del suo rapporto con il territorio e il contesto in cui s'inserisce nonché delle modalità tecniche con cui verrà realizzata. Una consapevolezza rimontante alla legge Merloni e consolidatasi nella legislazione successiva anche alla luce del vasto contenzioso che si registrava in fase esecutiva in relazione a presunti errori o incompletezze del progetto, e che nel corso del tempo si è manifestata nella corposa normativa tecnica contenuta nei regolamenti attuativi della stessa legge Merloni (d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554) e del codice del 2006 (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207)²⁹.

Con riguardo al codice del 2016, invece, la scelta del legislatore – in coerenza con i criteri direttivi individuati nella delega legislativa³⁰ - era stata nel senso, per un verso, di inserire già

dei ministri), atteso che il compito di tale soggetto è destinato a esaurirsi nella redazione della relazione conclusiva di cui all'articolo 7 dell'allegato I.6, mentre le determinazioni finali spettano pur sempre alla stazione appaltante.

²⁸ Cfr. M. ATELLI, *op. cit.*, pp. 1173 ss.

²⁹ Per una ricostruzione storica della normativa in materia di progettazione, cfr. F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. IV, Roma, 2014, pp. 1111 ss.

³⁰ Cfr. C. CRESTA, *op. cit.*, p. 1216, che richiama, in particolare, i criteri di cui all'articolo 1, comma 1, lettere *ff*) ed *oo*) della legge n. 11/2016, relativi rispettivamente all'utilizzazione prioritaria del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa quale strumento per assicurare il miglior rapporto qualità-prezzo ed alle scelte

nell'articolo 23 alcune importanti disposizioni sui contenuti della progettazione (e, in particolare, del progetto di fattibilità tecnica ed economica già in tale contesto concepito come fortemente innovativo rispetto al “vecchio” progetto preliminare), e d'altro canto di demandare la disciplina di dettaglio a un regolamento ministeriale purtroppo rimasto allo stadio dello schema di decreto, col risultato della perdurante vigenza *in parte qua* delle disposizioni del citato d.P.R. n. 207/2010, per molti aspetti – come si dirà – non del tutto coerenti con la nuova impostazione della normativa primaria. Questa situazione non è stata superata neanche con la predisposizione della bozza di “*regolamento unico*” voluta dal comma 27-*octies* dell'articolo 216, d.lgs. n. 50/2016 come introdotto dal decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 (c.d. “sblocca cantieri”), mai entrata in vigore a causa del sopravvenire dell'emergenza pandemica e del successivo mutamento delle priorità normative imposto dal PNRR³¹.

4.2. La verifica dell'interesse archeologico. Significativi profili di semplificazione caratterizzano anche la nuova disciplina della verifica preventiva dell'interesse archeologico, interamente rimessa a un allegato (l'allegato I.8), mentre l'istituto è solo richiamato dal comma 4 dell'articolo 41, il quale altresì si riallaccia alla previsione dell'articolo 28, comma 4, del codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42)³². Grazie al meccanismo di delegificazione che accompagna la previsione, la disciplina della verifica potrà essere modificata con un semplice regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge n. 400/1988, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro della cultura, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituirà anche in qualità di allegato al codice. Inoltre, così come faceva il comma 13 dell'articolo 25, d.lgs. n. 50/2016, l'allegato rinvia ad un apposito d.P.C.M., da emanare entro il 31 dicembre 2023, l'adozione di apposite linee guida volte ad assicurare “*speditezza, efficienza ed efficacia*” alla procedura di verifica nonché a introdurre “*procedimenti semplificati, con termini certi, che garantiscano la tutela del patrimonio archeologico tenendo conto dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera*” (§ 8)³³.

Nonostante i ripetuti tentativi di espungerla dalla normativa sui lavori pubblici (in effetti, essa mancava del tutto anche dall'originaria stesura del nuovo codice), l'archeologia preventiva è da ritenersi contenuto irrinunciabile della legislazione di settore, in virtù da un lato degli impegni internazionali assunti dall'Italia con la Convenzione europea per la tutela del patrimonio archeologico firmata a La Valletta il 16 gennaio 1992 (e ratificata dallo Stato italiano con la legge 29 aprile 2015, n. 57), per altro verso degli stessi principi di integrazione e tutela preventiva

normative (utilizzo dei concorsi di progettazione, implementazione delle tecnologie digitali per la redazione del progetto, forte limitazione dei casi di affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori etc.) finalizzate all'obiettivo di promuovere la massima qualità architettonica e tecnico-funzionale dei progetti.

³¹ Sul punto sia consentito rinviare a R. GRECO, *Intervento in AA.VV., La pubblica amministrazione e gli appalti: speditezza, efficienza e garanzie*, cit., p. 69.

³² “*In caso di realizzazione di lavori pubblici ricadenti in aree di interesse archeologico, anche quando per esse non siano intervenute la verifica di cui all'articolo 12, comma 2 [verifica dell'interesse culturale condotta d'ufficio o su richiesta del proprietario del bene sulla base degli indirizzi generali stabiliti dal Ministero della cultura], o la dichiarazione di cui all'articolo 13 [dichiarazione dell'interesse culturale di un bene], il soprintendente può richiedere l'esecuzione di saggi archeologici preventivi sulle aree medesime a spese del committente*”.

³³ Le “*linee guida*”, già previste dall'articolo 96, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006, sono rimaste per lungo tempo solo sulla carta, al punto da portare alla previsione di un termine “acceleratorio” per la loro emanazione (31 dicembre 2014) nel decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164 (c.d. “sblocca Italia”), peraltro in un'ottica dichiaratamente “semplificatoria” rispetto alla presunte lungaggini determinate dagli accertamenti archeologici rimessi alle Soprintendenze; sul punto, cfr. P. CARPENTIERI, *Verifica preventiva dell'interesse archeologico*, in in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, I, cit., p. 1330, il quale sottolinea come la prolungata mancata adozione dei ridetti atti attuativi è da ascrivere alla “*inconciliabile divaricazione tra la visione (forse troppo) conservativa dei tecnici del Ministero di tutela e quella (forse troppo) semplificatoria dei tecnici del Ministero delle infrastrutture (e del mondo delle imprese)*”. Da ultimo, è stato emanato il d.P.C.M. 14 febbraio 2022, che dovrà però evidentemente essere modificato e adeguato in conseguenza dell'entrata in vigore della nuova disciplina primaria (e subprimaria).

dell'ambiente di matrice eurounitaria, che hanno indotto fin dal 2005 il legislatore a introdurre uno strumento di tutela aggiuntivo destinato ad affiancare quelli della VIA e della VAS, ritenuti insufficienti rispetto ai fini perseguiti³⁴. Tale disciplina, muovendo dall'intento di contemperare gli opposti interessi pubblici della tutela del patrimonio archeologico e della celere realizzazione dei lavori pubblici (il primo dei quali gode però di una posizione di preminenza, sulla base del principio fondamentale contenuto nell'articolo 9, comma 2, Cost.)³⁵, persegue tale risultato in un'ottica "dinamica" superando il modello statico e meramente interdittivo fondato sullo strumento inadeguato della sospensione dei lavori, risalente all'articolo 20 della legge 1 giugno 1939, n. 1098 (e *in parte qua* confermato dall'articolo 28 del d.lgs. n. 42/2004)³⁶.

Rispetto alla procedura disciplinata dal precitato articolo 25 del codice del 2016, quella attuale si caratterizza per i seguenti elementi di novità:

- a) il termine di conclusione della verifica non è più rimesso alla determinazione del Soprintendente, ma è fissato dallo stesso allegato in 90 giorni, con espressa precisazione che si tratta di termine "perentorio"³⁷;
- b) non sono più previste né la possibilità di un allungamento del predetto termine per esigenze di integrazione istruttoria (articolo 25, comma 4) né la possibilità di riapertura della fase di verifica, dopo la conclusione della stessa con esito negativo, in caso di sopravvenienze rilevanti (articolo 25, comma 6)³⁸;
- c) scompare la possibilità di esperire avverso gli esiti della verifica il ricorso amministrativo di cui all'articolo 16 del d.lgs. n. 42/2004³⁹;
- d) scompare, infine, la previsione speciale dettata dall'articolo 25, comma 15, per gli interventi in aree di particolare interesse produttivo.

Al di là di tali pur incisive innovazioni, restano fermi i principi fondamentali che fin dal 2005 connotano l'istituto *de quo*, e in particolare:

- i) l'introduzione della nozione di "aree di interesse archeologico" operata dall'articolo 28, d.lgs. n. 42/2004 al fine di chiarire che l'istituto ha ragion d'essere proprio per quelle aree che non siano già siti archeologici o comunque sottoposte a vincolo;
- ii) il principio della internalizzazione della variabile archeologica nel progetto dell'opera pubblica, e in particolare nella fase del progetto preliminare (oggi progetto di fattibilità tecnica ed economica)⁴⁰;

³⁴ Cfr. P. CARPENTIERI, *Paesaggio contro ambiente*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, pp. 931 ss., il quale rimarca l'inadeguatezza delle discipline della VIA e della VAS ad assicurare una piena tutela del patrimonio archeologico, nonostante esse prevedano anche il coinvolgimento del Ministero della cultura nell'espressione dei pareri di compatibilità.

³⁵ Cfr. Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, deliberazione 19 marzo 2004, n. 9.

³⁶ Cfr. P. CARPENTIERI, *Verifica preventiva dell'interesse archeologico*, cit., p. 1316.

³⁷ Non essendo ipotizzabile per questo tipo di verifica un silenzio "significativo" (né quale assenso né quale rigetto), la qualificazione del termine come perentorio dovrà intendersi nel senso che, in caso di mancato rispetto dello stesso, gli interessati potranno proporre lo speciale ricorso giurisdizionale avverso il silenzio-inadempimento della p.a. ex articolo 117 c.p.a.: cfr. P. CARPENTIERI, *op. ult. cit.*, p. 1343, il quale evidenzia, in particolare, l'inconfigurabilità di un silenzio-assenso (neanche della speciale ipotesi di silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni introdotto dall'articolo 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dalla legge 7 agosto 2015, n. 124) con riferimento al primo subprocedimento, quello mirante ad accertare l'esistenza di un interesse archeologico dell'area interessata dall'intervento, stante la natura non decisoria di tale determinazione, il cui effetto è unicamente quello di far luogo alla successiva fase delle verifiche *in situ*.

³⁸ Dal momento che le evenienze disciplinate da questi commi potranno continuare a verificarsi nella pratica, è da ritenere che la relativa regolamentazione, nel rispetto di quanto stabilito dall'allegato I.8, dovrà essere contenuta nelle linee guida da emanare ai sensi del § 8 del medesimo allegato.

³⁹ Pertanto, le eventuali doglianze avverso gli esiti della procedura di verifica potranno oggi esser fatte valere dagli interessati esclusivamente attraverso l'impugnazione giurisdizionale dei provvedimenti di approvazione del progetto dell'opera (su cui v. *infra*, § 4.3). Cfr. peraltro P. CARPENTIERI, *op. ult. cit.*, p. 1344, secondo cui il provvedimento soprintendentizio che conclude la verifica, di qualunque contenuto sia, è naturalmente impugnabile dinanzi al giudice amministrativo da chi vi abbia interesse e sia a ciò legittimato.

- iii) il principio della consequenziale internalizzazione dei costi della verifica archeologica, che devono gravare sulla stazione appaltante e ben possono essere inseriti nei capitoli d'oneri come autonoma voce tra le poste di finanziamento dell'intervento;
- iv) l'articolazione della verifica in due subprocedimenti tra loro collegati in modo da costituire un tipico esempio di fattispecie a formazione progressiva resa unitaria dal nesso di presupposizione e dal profilo teleologico e funzionale⁴¹: il primo a carattere storico-documentale propedeutico, che si conclude con il provvedimento del Soprintendente che afferma o nega l'interesse archeologico dell'area interessata dagli interventi (allegato I.8, § 4), il secondo destinato ad avviarsi in caso di esito affermativo del primo e connotato da una fase istruttoria comprendente l'esecuzione di carotaggi, di prospezioni geofisiche e geochimiche e di saggi archeologici e, ove necessario, di sondaggi e di scavi, anche in estensione, tali da assicurare una sufficiente campionatura dell'area interessata dai lavori (allegato I.8, § 5) e che si conclude col provvedimento soprintendentizio che esclude l'interesse archeologico dell'area ovvero adotta le misure necessarie ad assicurare la conoscenza, la conservazione e la protezione dei rinvenimenti archeologicamente rilevanti (allegato I.8, § 7).

Resta del pari invariata anche quella che la dottrina ha individuato come la maggiore criticità dell'istituto, pur nel suo apprezzabile sforzo di segnare un punto di equilibrio tra esigenze di tutela "conservativa" e di efficienza ed efficacia dei lavori pubblici: e, cioè, la mancata o inadeguata considerazione del successivo momento dei controlli in corso di svolgimento e di esecuzione dei lavori, tenuto conto che la verifica preventiva non esaurisce i compiti delle autorità preposte alla tutela, i quali dovrebbero esplicarsi in funzione collaborativa e non meramente interdittiva anche in questa fase⁴² (criticità testimoniata anche dall'esperienza di problematiche e contenziosi in sede esecutiva determinati dalla c.d. "sorpresa archeologica").

4.3. I livelli della progettazione. Come si è già accennato, le principali innovazioni in cui si esplica l'intento semplificatorio del d.lgs. n. 36/2023 attengono alla definizione dei livelli della progettazione: che questa sia la "sfida" fondamentale su cui potrà essere apprezzato il perseguimento (o meno) degli obiettivi di recupero di efficienza e speditezza del sistema nel suo complesso, che costituiscono il *core business* degli impegni assunti con il PNRR in relazione al settore dei contratti pubblici, appare chiaro se solo si tiene conto del terreno su cui questa nuova disciplina è destinata a innestarsi e delle criticità pluridecennali che vi si sono manifestate.

Come è noto, l'introduzione della struttura "tripartita" del progetto di un'opera pubblica, formata da tre livelli di progettazione (preliminare, definitivo ed esecutivo) connotati da un crescente grado di dettaglio e approfondimento, ha costituito il punto centrale della scelta di valorizzazione del momento progettuale operata dal legislatore italiano, a partire dalla legge n. 109/1994, al fine di garantire la maggiore e migliore attendibilità possibile delle previsioni tecnico-economiche di un lavoro o di un'opera pubblica, nonché di limitare al massimo il ricorso a varianti in corso d'opera, il prolungamento dei tempi di esecuzione e i connessi incontrollati incrementi di spesa⁴³. In questo modo, veniva superata la logica della precedente normativa che distingueva solo fra un "*progetto di massima*" e un "*progetto definitivo*", ritenendo necessario il primo solo quando

⁴⁰ Cfr. P. CARPENTIERI, *op. ult. cit.*, p. 1318, il quale cita l'intervento di A. Savini Nicci alla giornata di studi *Archeologia. Rischio o valore aggiunto?*, svoltasi a Roma il 17 ottobre 2001, secondo cui tale scelta si pone come necessaria "*considerando che esso [il progetto] include tanto l'infrastruttura in sé che gli interventi per la sua integrazione sul territorio*".

⁴¹ Cfr. P. CARPENTIERI, *op. ult. cit.*, pp. 1335 ss.

⁴² Cfr. P. CARPENTIERI, *op. ult. cit.*, p. 1337.

⁴³ Cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, determinazione 23 novembre 2005, n. 9.

occorresse conoscere preventivamente la spesa approssimativa ovvero stabilire un confronto fra varie ipotesi progettuali possibili⁴⁴.

In questa stessa prospettiva si era mosso anche il d.lgs. n. 50/2016, il quale, a valle di plurime successive modifiche della normativa previgente indotte anche dalle rilevanti criticità registrate in molti casi durante l'esecuzione dei lavori e ascrivibili, se non sempre a veri e propri errori progettuali, quanto meno – e anzi in misura prevalente – a insufficienze e approssimazioni nella valutazione a monte compiuta dall'amministrazione nella definizione delle proprie esigenze e delle opere che meglio le avrebbero soddisfatte, ovvero all'inadeguata valutazione degli impatti dell'opera sul territorio (anche a causa dell'omessa e incompleta acquisizione di pareri e nulla osta)⁴⁵, aveva inteso rafforzare il primo livello, considerato strategico per il prosieguo dell'attività progettuale, trasformando il progetto preliminare nel progetto di fattibilità tecnica ed economica: non si trattava di una modifica puramente nominalistica, perché ad essa corrispondeva l'assorbimento nella relativa fase progettuale sia del progetto preliminare che dello studio di fattibilità precedentemente regolamentato dall'articolo 14 del d.P.R. n. 207/2010⁴⁶, ma anche l'eliminazione del documento preliminare previsto dalla precedente normativa, da redigere a cura del RUP e qualificabile come l'atto di individuazione delle scelte di base condizionanti la successiva progettazione. Ne scaturiva un sistema in cui – mentre nessuna innovazione sostanziale era apportata al progetto definitivo ed al progetto esecutivo - il progetto di fattibilità, nel quale confluivano tutti i contenuti dei documenti suindicati, era destinato a svolgere la funzione strategica di selezionare tra più soluzioni possibili quella che rappresentasse il miglior rapporto costi-benefici per la collettività in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare⁴⁷.

Purtroppo non è possibile esprimere un giudizio consapevole sulla riuscita dell'operazione intrapresa dal legislatore del 2016, in quanto la mancata adozione della normativa attuativa con la conseguente perdurante applicazione delle disposizioni di dettaglio contenute nel d.P.R. n. 207/2010 (che erano “tarate” sul previgente progetto preliminare)⁴⁸, ne ha quanto meno parzialmente frustrato la piena applicazione e implementazione. Prova di ciò si rinviene nella scelta, allorché si è reso necessario introdurre procedure semplificate e acceleratorie per gli interventi finanziati con le risorse del PNRR e del PNC, di attribuire al Presidente del Consiglio superiore dei lavori pubblici il compito di stabilire con proprio provvedimento – tra l'altro – “*il contenuto essenziale dei documenti e degli elaborati di cui all'articolo 23, commi 5 e 6, del decreto legislativo n. 50 del 2016, occorrenti per l'espressione del parere*” (articolo 48, comma 7, d.l. n. 77/2021) nei casi in cui questo è richiesto e deve essere espresso sul progetto di fattibilità, proprio al fine di ovviare alle criticità derivanti dall'assenza di una compiuta disciplina tecnica dei contenuti di tale livello progettuale⁴⁹.

Alla luce di quanto fin qui esposto, la scelta del codice del 2023 di ridurre da tre a due i livelli della progettazione, eliminando il progetto definitivo, lungi dal costituire un ritorno al passato, costituisce un passo ulteriore nel processo di rafforzamento del primo e fondamentale livello della

⁴⁴ Cfr. C. CRESTA, *op. cit.*, pp. 1183-1184, con riferimento alle previsioni del d.m. 29 maggio 1895 (“*Regolamento per la compilazione dei progetti di opere dello Stato che sono nelle attribuzioni del Ministero dei Lavori pubblici*”).

⁴⁵ Cfr. C. CRESTA, *op. cit.*, pp. 1207 ss., il quale cita i dati ricavabili dalla Relazione dell'ANAC per l'anno 2015, trasmessa al Parlamento in adempimento dell'articolo 37 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114.

⁴⁶ Sull'evoluzione dello studio di fattibilità, nato come atto interno propedeutico all'inserimento dell'intervento negli strumenti di programmazione e che ha successivamente assunto una rilevanza anche “esterna” (p.es. con riferimento alle procedure di *project financing*), cfr. C. CRESTA, *op. cit.*, pp. 1202 ss.

⁴⁷ Cfr. R. DIPACE, *op. cit.*, pp. 324 ss.

⁴⁸ Come già accennato, il regolamento attuativo originariamente previsto dall'articolo 23, d.lgs. n. 50/2016 è rimasto allo schema di decreto, e nemmeno il regolamento unico previsto dall'articolo 216, comma 21-*octies*, come introdotto dal d.l. n. 32/2019, ha poi visto la luce.

⁴⁹ Le “*Linee guida per la redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica da porre a base dell'affidamento di contratti pubblici di lavori del PNRR e del PNC*” sono state pubblicate sul sito istituzionale del Consiglio superiore dei lavori pubblici nel luglio 2021.

progettazione, giunto ormai a un tale grado di approfondimento da rendere addirittura superfluo il livello “intermedio” rispetto a quello esecutivo (nel quale si opera la definitiva “ingegnerizzazione” di tutte le lavorazioni e che di regola dovrebbe essere posto a base di gara)⁵⁰. Ciò si evince, innanzitutto, dalla evidente continuità tra il comma 1 dell’articolo 41 del nuovo codice e il comma 1 dell’articolo 23, d.lgs. n. 50/2016, laddove, con precetto esteso a tutti i livelli della progettazione, vengono enunciate le finalità fondamentali della progettazione in termini sostanzialmente sovrapponibili, rispetto ai quali la nuova norma – con formulazione che recepisce concetti già da tempo pacifici anche nell’assetto previgente - esplicita come tra tali finalità vi siano anche quella di assicurare “*il rispetto dei tempi e dei costi previsti*” (lettera c) e “*il rispetto dei principi della sostenibilità economica, territoriale, ambientale e sociale dell’intervento, anche per contrastare il consumo del suolo, incentivando il recupero, il riuso e la valorizzazione del patrimonio edilizio esistente e dei tessuti urbani*” (lettera f).

Alla stessa stregua, il comma 6 dell’articolo 41, enunciante i contenuti essenziali del progetto di fattibilità, per un verso conferma e ribadisce gli aspetti innovativi del previgente articolo 23, comma 6, d.lgs. n. 50/2016, laddove gli approfondimenti indirizzati alla miglior conoscenza del “contesto” in cui è inserita l’opera sono necessariamente demandati ad apposite indagini preliminari (di tipo storico, archeologico, ambientale, topografico, idrologico, idraulico, geologico, geotecnico etc.) anziché – come era nell’assetto anteriore – poter essere eseguiti solo sulla base di dati bibliografici o relativi a interventi eseguiti in aree limitrofe⁵¹; per altro verso, chiarisce che il progetto di fattibilità deve sempre contenere “*tutti gli elementi necessari per il rilascio delle autorizzazioni e approvazioni prescritte*” (lettera f) nonché, in coerenza con l’attenzione riservata già dal legislatore del 2016 al “ciclo di vita” delle opere pubbliche, “*il piano preliminare di manutenzione dell’opera e delle sue parti*” (lettera g). Nessuna innovazione significativa si rinviene invece nel comma 8, che ricalca essenzialmente il previgente comma 8 dell’articolo 23, d.lgs. n. 50/2016 relativamente ai contenuti del progetto esecutivo.

La necessaria flessibilità delle scelte progettuali è assicurata dalla facoltà di intervenire sui livelli della progettazione, eliminandone o accorpendone alcuni in ragione delle caratteristiche dell’opera e delle correlative necessità. Tale facoltà, riconosciuta già nel vigore della legge n. 109/1994 dalla giurisprudenza e dall’Autorità di vigilanza, le quali avevano chiarito che la legge non prescrive la redazione di tre distinti progetti bensì di un unico progetto attraverso tre progressivi gradi di approfondimento, e che il responsabile del procedimento poteva motivatamente ridurre i livelli della progettazione a condizione che i contenuti del livello soppresso fossero presenti in quello successivo (di tal che in tali ipotesi non di vera soppressione si trattava, bensì di unificazione di più livelli)⁵², è stata in seguito riconosciuta espressamente dal decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27 (c.d. “cresci Italia”), che ha in tal senso integrato gli articoli 93 e 97 del d.lgs. n. 163/2006, con previsione poi ripresa dal comma 4 dell’articolo 23, d.lgs. n. 50/2016. L’unico limite, come specificato dall’Autorità di settore, risiedeva nella necessità di evitare ogni incertezza sulla qualificazione del progetto posto a base di gara, con particolare riferimento a vincoli amministrativi, ambientali, paesaggistici etc⁵³.

Nella disciplina attuale, l’intervenuta eliminazione del progetto definitivo riduce ovviamente le possibilità di omettere uno o più livelli della progettazione, stante l’ormai piena centralità del progetto di fattibilità tecnica ed economica, tale da renderlo di fatto irrinunciabile. Solo per gli interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria sopravvive la possibilità di omettere il primo livello della progettazione, a condizione che il progetto esecutivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omissivo (articolo 41, comma 5, secondo periodo). È scomparsa, invece, la previsione del comma 3-bis del previgente articolo 23, introdotto dal d.l. n. 32/2019, che demandava ad

⁵⁰ Cfr. R. DIPACE, *op. cit.*, pp. 327-328.

⁵¹ Cfr. C. CRESTA, *op. cit.*, p. 1223.

⁵² Sul punto, cfr. C. CRESTA, *op. cit.*, pp. 1190 ss.

⁵³ Cfr. ANAC, delibera 17 marzo 2015, n. 25.

apposito regolamento ministeriale la disciplina di una “*progettazione semplificata*” per i soli interventi di manutenzione ordinaria di importo fino a 2.500.000,00 euro.

Pertanto, oggi di fatto le scelte di flessibilità da compiere in relazione all’articolazione dei progetti dovranno esprimersi soprattutto attraverso la facoltà riconosciuta alla stazione appaltante – e per essa al RUP – di modulare diversamente gli elaborati progettuali da richiedere in relazione alle diverse fasi, tenuto conto della specifica tipologia e dimensione degli interventi (articolo 41, comma 5, primo periodo). In questo senso, i contenuti essenziali del progetto di fattibilità e del progetto esecutivo, indicati rispettivamente nell’articolo 6, comma 8, e nell’articolo 22 dell’allegato I.7 al codice, non vanno intesi come rigidamente prescritti ma come base di partenza per le valutazioni che il RUP dovrà compiere in relazione alle caratteristiche dell’intervento ed alle connesse esigenze, in linea con l’assunto per cui “*la progettazione non [è] mai un processo automatico, in quanto le opere da progettare, con il loro grado di complessità, il contesto nel quale si collocano, i bisogni da soddisfare, rappresentano un unicum non del tutto standardizzabile*”⁵⁴. In tal modo, si viene incontro anche alle preoccupazioni autorevolmente espresse da chi, in riferimento a precedenti schemi di disciplina attuativa del codice, aveva criticato l’incremento di studi, relazioni, analisi ed elaborati specialistici che venivano richiesti nei vari livelli di progettazione, esprimendo la preoccupazione che ciò determinasse un eccesso di pressione sulle strutture tecniche delle stazioni appaltanti tale da incidere negativamente sulla capacità del sistema⁵⁵.

Con riguardo ai documenti specifici nei quali la progettazione si articola, l’allegato I.8 al nuovo codice interviene su una materia a sua volta magmatica, segnata:

- dapprima dal comma 5 dell’articolo 23, d.lgs. n. 50/2016, come modificato dal “correttivo” di cui al d.lgs. n. 56/2017, in base al quale il progetto di fattibilità tecnica ed economica poteva essere articolato in due fasi, potendo essere dapprima predisposto il documento di fattibilità delle alternative progettuali (DOCFAP), definito come quello in cui sono “*individuare ed analizzare le possibili soluzioni progettuali alternative ed in cui si dà conto della valutazione di ciascuna alternativa, sotto il profilo qualitativo, anche in termini ambientali, nonché sotto il profilo tecnico ed economico*” (articolo 3, comma 1, lettera gggg-*quater*), e quindi redatto il documento di indirizzo alla progettazione (DIP), non definito nei dettagli ma chiaramente inteso come una riproposizione del “*documento preliminare*” previsto dalle precedenti normative;

- successivamente, dal sopravvenire del d.l. n. 32/2019, che ha espunto dalla disposizione il riferimento al DIP, nell’evidente intento di assicurare in ogni caso che siano sviluppati progetti in grado di costituire la migliore soluzione per la collettività e assicurare l’assenza di qualsivoglia impedimento alla realizzazione dell’opera.

L’attuale allegato I.7, riprendendo nella sostanza i contenuti degli schemi di regolamento precedentemente predisposti e mai entrati in vigore, detta i contenuti del DOCFAP (articolo 2), ancorché tale documento non sia espressamente menzionato nell’articolo 41, nonché del DIP (articolo 3). Tra gli ulteriori documenti introdotti dal d.lgs. n. 56/2017, viene altresì confermata la rilevanza del quadro esigenziale (articolo 1), che l’articolo 41 chiama “*quadro delle necessità*” e che è in realtà un documento pre-progettuale, attualmente definito come “*il documento che viene redatto ed approvato dall’amministrazione in fase antecedente alla programmazione dell’intervento e che individua, sulla base dei dati disponibili, in relazione alla tipologia dell’opera o dell’intervento da realizzare gli obiettivi generali da perseguire attraverso la realizzazione dell’intervento, i fabbisogni della collettività posti a base dell’intervento, le specifiche esigenze qualitative e quantitative che devono essere soddisfatte attraverso la realizzazione dell’intervento, anche in relazione alla specifica tipologia di utenza alla quale gli interventi stessi sono destinati*” (articolo 3, comma 1, lettera gggg-*nonies*), d.lgs. n. 50/2016). Non è stata invece confermata la previsione del “*capitolato prestazionale*”, già definito dall’articolo 3, comma 1, lettera gggg-

⁵⁴ C. CRESTA, *op. cit.*, p. 1189.

⁵⁵ Il riferimento è al parere del Cons. St., comm. spec., 10 gennaio 2017, n. 22, sullo schema di decreto a suo tempo predisposto in attuazione dell’articolo 23, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016.

decies), del d.lgs. n. 50/2016⁵⁶, anche se alcuni degli elementi in esso contenuti sembrano rinvenibili nel “*disciplinare descrittivo e prestazionale*” previsto dall’articolo 14 dell’allegato I.7.

4.4. I vizi del progetto e la sua impugnabilità. Occorre adesso chiedersi in che cosa la nuova disciplina della progettazione sia destinata a modificare gli approdi giurisprudenziali consolidati in tema di impugnabilità dei progetti delle opere pubbliche.

Come è noto, la giurisprudenza pressoché unanime esclude l’autonoma impugnabilità del provvedimento di approvazione del progetto preliminare (ovvero, nel vigore del d.lgs. n. 50/2016, del progetto di fattibilità tecnica ed economica) considerandolo – con la sola eccezione del progetto preliminare delle opere strategiche di interesse nazionale, attesa la speciale disciplina esistente per queste ultime⁵⁷ - un mero atto endoprocedimentale inidoneo a incidere sulle posizioni giuridiche di terzi, salvo che, per un’alterazione dell’ordinario *iter* procedimentale, si appalesi come immediatamente lesivo⁵⁸. Carattere lesivo è invece riconosciuto all’atto di approvazione del progetto definitivo, in quanto è con esso che si operano le scelte definitive in ordine alla localizzazione ed alle caratteristiche dell’opera, oltre a produrre gli eventuali effetti di variante urbanistica e di dichiarazione della pubblica utilità dell’intervento⁵⁹.

Al contrario, si esclude che il progetto esecutivo possa produrre autonomi effetti lesivi delle situazioni giuridiche dei terzi, in quanto questo – anche stavolta fuori dei casi di anomalo stravolgimento dell’ordinario rapporto tra i livelli della progettazione⁶⁰ – di regola si limita a dettagliare sul piano tecnico le scelte operate nelle fasi precedenti, senza apportarvi novità, producendo effetti meramente operativi ai fini dell’eseguibilità dell’intervento⁶¹.

Queste conclusioni sono destinate verosimilmente ad essere riviste sulla base della nuova normativa introdotta dal d.lgs. n. 36/2023, attesa la centralità in essa riconosciuta al progetto di fattibilità tecnica ed economica quale momento in cui si compendiano tutte le fondamentali scelte localizzative ed esecutive dell’intervento (basti pensare al comma 7 del nuovo articolo 41, il quale prevede che, qualora l’approvazione del progetto avvenga in variante urbanistica, ai fini espropriativi il progetto di fattibilità equivale al progetto preliminare ed a quello definitivo). L’opposta soluzione, nella misura in cui “scaricherebbe” a valle in sede di impugnazione del progetto esecutivo tutte le doglianze dei soggetti che si assumano lesi dalle scelte progettuali dell’amministrazione, da un lato contraddirebbe la natura meramente accessoria ed esecutiva tradizionalmente attribuita a questo livello della progettazione, per altro verso rischierebbe di determinare seri inconvenienti nella fase esecutiva delle opere, in contrasto con il principio del risultato solennemente affermato dall’articolo 1 del codice.

Quanto ai vizi che possono essere fatti valere avverso il progetto, dovrebbe invece restare ferma la convincente opinione dottrinale secondo cui il solo vizio che possa essere di ostacolo all’effettiva realizzazione dell’opera può essere lamentato in sede di impugnazione dell’aggiudicazione (salvo il caso-limite in cui sia predicabile un onere di immediata impugnazione della *lex specialis* di gara, sulla base della nota giurisprudenza sulle clausole “escludenti”, in presenza di vizi talmente gravi da rendere oggettivamente impossibile la presentazione di un

⁵⁶ Che lo definiva come “*il documento che indica, in dettaglio, le caratteristiche tecniche e funzionali, anche per gli aspetti edilizi, infrastrutturali e ambientali, che deve assicurare l’opera costruita e che traduce il quadro esigenziale in termini di requisiti e prestazioni che l’opera deve soddisfare, stabilendone la soglia minima di qualità da assicurare nella progettazione e realizzazione*”.

⁵⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 1 luglio 2014, n. 3296; T.A.R. Lecce, sez. I, 10 novembre 2010, n. 2634.

⁵⁸ Cfr. T.A.R. Lazio, sez. II-*quater*, 22 agosto 2019, n. 10574; T.A.R. Lecce, sez. III, 4 dicembre 2017, n. 1915; T.A.R. Veneto, sez. I, 1 agosto 2014, n. 1114; T.A.R. Liguria, sez. I, 8 aprile 2013, n. 585; T.A.R. Catanzaro, sez. I, 4 giugno 2010, n. 1050.

⁵⁹ Cfr. T.A.R. Napoli, sez. V, 2 novembre 2020, n. 4965; T.A.R. Bari, sez. III, 14 maggio 2020, n. 661; T.A.R. Basilicata, sez. I, 19 gennaio 2010, n. 13.

⁶⁰ È a siffatte ipotesi che devono ricondursi, verosimilmente, i casi in cui il progetto esecutivo introduca “*specificazioni*” idonee a ledere autonomamente i terzi, che hanno indotto una parte della dottrina a criticare la tesi della non impugnabilità di tale livello della progettazione (cfr. F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI, *op. cit.*, p. 1124).

⁶¹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5496; T.A.R. Lazio, n. 10574/2019, cit.

offerta), mentre in caso di vizi non gravi il concorrente non aggiudicatario non dovrebbe avere interesse a farli valere impugnando l'aggiudicazione, trattandosi di un mero problema tecnico da risolvere nella fase esecutiva dell'intervento⁶².

Del pari immutato, quanto al profilo della competenza all'approvazione del progetto, dovrebbe restare sia l'orientamento che attribuisce alla competenza dirigenziale l'approvazione del solo progetto esecutivo e agli organi politici quella dei progetti preliminare e definitivo, in quanto involgenti valutazioni di tipo discrezionale rimessi al livello decisionale politico⁶³, sia quello che, all'interno degli organi politici, distingue a seconda che l'approvazione del progetto comporti o meno variante urbanistica, attribuendo la competenza nel primo caso al Consiglio comunale e nel secondo alla Giunta⁶⁴.

4.5. Affidamento interno ed esterno della progettazione. Con riguardo alla competenza alla predisposizione dei documenti progettuali, la normativa introdotta dal nuovo codice presenta delle incertezze e qualche apparente contraddizione. A fronte dell'opzione del d.lgs. n. 50/2016, che aveva attenuato la netta preferenza della legislazione previgente per la progettazione da parte delle strutture tecniche della stessa stazione appaltante rispetto all'affidamento dell'incarico a professionisti esterni attraverso l'eliminazione dell'indicazione tassativa delle ipotesi (carenza di organico, difficoltà di rispettare i tempi della programmazione o svolgere le funzioni di istituto, lavori di speciale complessità o rilevanza: articolo 90, comma 6, d.lgs. n. 163/2006) in cui tale "esternalizzazione" era possibile, il legislatore del 2023 sembra recuperare un maggiore *favor* per la progettazione interna, ma con alcune previsioni che potrebbero *prima facie* risultare distoniche.

Per quanto concerne i documenti pre-progettuali, resta fermo che la redazione del quadro esigenziale è prerogativa esclusiva del committente (articolo 1 dell'allegato I.7) e che il documento di indirizzo alla progettazione (DIP) è redatto dal RUP (articolo 41, comma 3, d.lgs. n. 36/2023). Quanto al documento di fattibilità delle alternative progettuali (DOCFAP), l'articolo 2 dell'allegato I.7 si limita a stabilire che esso sia approvato dal committente con propria determinazione, il che non consente di escludere che la sua predisposizione possa essere affidata a soggetti esterni.

Quanto al progetto vero e proprio, viene in rilievo innanzitutto l'articolo 41, comma 9, che è chiaro nel consentire l'affidamento esterno sia del progetto di fattibilità tecnica ed economica che del progetto esecutivo. Tuttavia, è stato rilevato che la stessa disposizione richiama l'articolo 42, comma 1, che nell'ipotesi di affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione subordina l'avvio della procedura di gara alla previa verifica del progetto di fattibilità, con ciò sembrando riservare in ogni caso alla stazione appaltante la redazione di quest'ultimo (cosa che sarebbe confermata anche dalla successiva disciplina dell'appalto integrato di cui all'articolo 44)⁶⁵.

Le disposizioni richiamate vanno però coordinate con la lettera *d*) del comma 8 del medesimo articolo 41, secondo cui il progetto esecutivo "*di regola, è redatto dallo stesso soggetto che ha predisposto il progetto di fattibilità tecnico-economica*", il che finirebbe per rendere di fatto impossibile in ogni caso l'affidamento esterno di entrambi i livelli della progettazione (pure espressamente ammesso dal comma 9). In realtà, l'affidamento disgiunto è consentito dalla stessa disposizione, in presenza di "*motivate ragioni*", con la precisazione che in tale caso "*il nuovo progettista accetta senza riserve l'attività progettuale svolta in precedenza*", con il che è in ogni caso salvaguardata la coerenza e l'omogeneità della progettazione complessivamente considerata.

4.6. Verifica e validazione del progetto. Le nozioni di "*verifica*" e "*validazione*" dei progetti delle opere pubbliche sono state introdotte per la prima volta dalla legge n. 109/1994 e dal relativo regolamento attuativo, al fine di regolamentare l'attività di controllo e riscontro a cura della stazione appaltante successiva alla predisposizione del progetto e prodromica alla sua approvazione,

⁶² Cfr. F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI, *op. cit.*, p. 1126.

⁶³ Cfr. T.A.R. Napoli, sez. III; 1 giugno 2012, n. 2610; id., 16 giugno 2011, n. 3208.

⁶⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 settembre 2014, n. 4762; T.A.R. Napoli, sez. V, 8 maggio 2020, n. 1694; T.A.R. Lazio, sez. II-ter, 9 aprile 2013, n. 3597.

⁶⁵ Cfr. F. PUBUSA, *La progettazione dell'opera pubblica tra disciplina vigente, disciplina futura e disciplina speciale*, in *www.giustamm.it*, 2023.

finalizzata a che lo stesso potesse essere posto a base di gara⁶⁶. Tale attività ha però trovato una sua piena e compiuta disciplina soltanto sotto il vigore del codice del 2006, e in particolare con il d.P.R. n. 207/2010, in cui si è affermata la netta distinzione tra la verifica, intesa come il controllo della documentazione progettuale eseguito dal soggetto all'uopo incaricato, con riferimento, in relazione al livello progettuale oggetto della stessa (preliminare, definitivo o esecutivo), alla sua affidabilità, completezza e adeguatezza, leggibilità, coerenza e ripercorribilità, compatibilità, e la validazione, costituente invece l'atto formale del responsabile del procedimento in cui sono riportati gli esiti delle verifiche eseguite, con riferimento al rapporto conclusivo del soggetto preposto alla verifica, in modo da sancire l'accettabilità del progetto stesso e la sua idoneità a essere posto a base della successiva gara⁶⁷.

Questa distinzione è mantenuta anche nella nuova disciplina introdotta dall'articolo 42 del d.lgs. n. 36/2023 in combinato disposto con l'allegato I.7, con significativi elementi di semplificazione.

In particolare, è stabilito:

- a) che la verifica ha a oggetto *“la rispondenza del progetto alle esigenze espresse nel documento d'indirizzo e la sua conformità alla normativa vigente”* (comma 1, primo periodo);
- b) che essa debba essere svolta *“in relazione allo specifico livello previsto per l'appalto”* (comma 1, secondo periodo);
- c) che, in caso di appalto integrato, la verifica debba sempre essere condotta su entrambi i livelli della progettazione (al riguardo, la Relazione illustrativa precisa che in tale ipotesi è opportuno che la verifica di entrambi i livelli sia condotta, anche a distanza di tempo, dal medesimo soggetto al fine di sfruttarne la pregressa conoscenza acquisita durante lo sviluppo del primo livello della progettazione);
- d) che in ogni caso la verifica si estenda anche alla conformità del progetto alle prescrizioni eventualmente impartite dalle amministrazioni competenti, assolvendo in caso di esito positivo a tutti gli obblighi di deposito e di autorizzazione per le costruzioni in zone sismiche, nonché di denuncia dei lavori all'ufficio del genio civile (comma 3);
- e) che la validazione, al contrario della verifica, debba essere svolta solo sul progetto posto a base di gara e che rientri sempre nella competenza specifica del RUP (articolo 44, comma 1, dell'allegato I.7).

Di poi, la disciplina di dettaglio della verifica e della validazione, contrariamente all'assetto previgente in cui essa era parzialmente recata dalla normativa primaria (in particolare, l'articolo 26 del d.lgs. n. 50/2016 precisava chi fossero i soggetti titolati a effettuare la verifica), è integralmente contenuta nel già citato allegato I.7. In particolare, è affrontato innanzitutto il tema della competenza a svolgere l'attività di verifica, prevedendosi che a questa procedano: per i lavori di importo pari o superiore a venti milioni di euro, organismi di controllo accreditati ai sensi della norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020; per i lavori di importo inferiore a venti milioni di euro e fino alla soglia di rilevanza europea, i medesimi organismi di controllo e i soggetti di cui all'articolo 66 del codice⁶⁸, che dispongano di un sistema interno di controllo della qualità, o dalla stazione appaltante nel caso in cui disponga di un sistema interno di controllo di qualità; per i lavori

⁶⁶ Cfr. C. CRESTA, *Verifica dei progetti*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, I, cit., pp. 1259 ss., il quale sottolinea come in tale cornice normativa l'attività di *“verifica”* aveva a oggetto il progetto preliminare, del quale il responsabile del procedimento alla presenza del progettista doveva accertare la conformità alle specifiche disposizioni funzionali, prestazionali e tecniche contenute nel documento preliminare alla progettazione (articolo 46, comma 2, d.P.R. n. 554/1999), mentre la *“validazione”* afferiva al progetto esecutivo, in relazione al quale il responsabile del procedimento, in contraddittorio col progettista, verificava la sua conformità alla normativa vigente oltre che al documento preliminare, e in definitiva la sua idoneità a essere posto a base di gara (articolo 47, d.P.R. n. 554/1999).

⁶⁷ Cfr. F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI, *op. cit.*, p. 1166, secondo cui la verifica ha natura di controllo tecnico concomitante, mentre la validazione ha natura di controllo successivo giuridico-formale.

⁶⁸ Si tratta degli operatori economici e professionisti cui possono essere affidati i servizi di architettura e ingegneria.

di importo inferiore alla soglia europea e di importo pari o superiore ad un milione di euro, gli uffici tecnici delle stazioni appaltanti ove il progetto sia stato redatto da progettisti esterni o le stesse stazioni appaltanti dispongano di un sistema interno di controllo di qualità ove il progetto sia stato redatto da progettisti interni; per i lavori di importo inferiore a un milione di euro, il RUP, anche avvalendosi della struttura di cui all'articolo 30⁶⁹ (articolo 34, comma 2). Con riguardo alle ipotesi in cui debba procedere la stazione appaltante attraverso le proprie strutture tecniche, è altresì previsto, in caso di carenze di organico e di impossibilità di avvalersi delle strutture di altre amministrazioni ai sensi dell'articolo 7, comma 4, del codice, che per tramite del RUP l'attività di verifica possa essere affidata attraverso appalto di servizi a soggetti esterni (articolo 36, comma 2) dei quali sono anche definiti i requisiti (articolo 38), prevedendosi le modalità con le quali il RUP dovrà calcolare i corrispettivi dell'attività di verifica da affidare ai soggetti esterni (articolo 37, comma 1).

Ancora, sono disciplinati i criteri generali della verifica (articolo 39), i documenti sui quali essa deve essere condotta in relazione ai diversi livelli della progettazione (articolo 40) e la responsabilità in cui incorre il soggetto incaricato della verifica in caso di mancato rilievo di errori ed omissioni del progetto verificato che ne pregiudichino in tutto o in parte la realizzabilità o la sua utilizzazione: in particolare, si prevede che egli risponda a titolo di inadempimento (articolo 42, comma 1), che sia tenuto a risarcire i danni derivanti alla stazione appaltante in conseguenza dell'inadempimento e che sia escluso per i successivi tre anni dalle attività di verifica (articolo 42, comma 2). Al riguardo, il soggetto incaricato della verifica deve essere munito di adeguata polizza assicurativa per la copertura dei rischi professionali (articolo 37): tuttavia, per i danni non ristorabili per tipologia ed importo da tale polizza, così come in caso di inesigibilità totale della prestazione dovuta dall'assicuratore, resta ferma la responsabilità del professionista esterno, mentre ove l'incaricato della verifica sia un dipendente della stazione appaltante egli risponderà solo nei limiti della copertura assicurativa, fatta salva la responsabilità disciplinare e quella per danno erariale (articolo 42, comma 2).

4.7. L'impiego di tecnologie digitali per la progettazione. Con l'articolo 43, il nuovo codice prosegue il percorso intrapreso già dall'articolo 23, comma 13, del d.lgs. n. 50/2016 nel senso dell'estensione dell'utilizzo di metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni (c.d. BIM) per l'attività di progettazione; tanto in coerenza con l'obiettivo della piena digitalizzazione delle procedure stabilito dal criterio di delega di cui all'articolo 1, comma 2, lettera m), della legge n. 78/2022.

Il processo di affermazione delle tecnologie digitali nella progettazione ha conosciuto tormentate vicende sotto il vigore del codice del 2016, essendo stata data attuazione alla disposizione di cui al citato comma 13 dell'articolo 23 inizialmente con il d.m. 1 dicembre 2017, n. 560, e successivamente, preso atto delle perduranti resistenze e difficoltà nell'introduzione delle dette tecnologie presso tutte le stazioni appaltanti, con il d.m. 2 agosto 2021, n. 312, emanato a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 48, comma 6, del d.l. n. 77/2021. Il problema principale che ha formato ostacolo alla piena attuazione del disposto normativo è costituito dalle difficoltà nel realizzare la interoperabilità delle piattaforme elettroniche da utilizzare da parte di amministrazioni pubbliche e operatori economici.

Anche in questo caso, l'articolo 43 si limita a dettare poche disposizioni di principio, rinviando ad un apposito allegato (l'allegato I.9) la disciplina tecnica e di dettaglio. In particolare, con riguardo allo specifico problema della interoperabilità, il comma 3 pone un vincolo all'utilizzo di "*formati aperti non proprietari*", al fine di scongiurare effetti pregiudizievoli per la concorrenza e favorire la condivisione dei dati tra le pubbliche amministrazioni e gli operatori economici partecipanti alla gara o comunque coinvolti nell'esecuzione del contratto.

⁶⁹ Questo richiamo, verosimilmente erroneo, deve intendersi riferito alla struttura stabile di supporto al RUP prevista dall'articolo 15, comma 6, del codice e dall'articolo 3 dell'allegato I.2.

Peraltro, è noto che il perseguimento della piena digitalizzazione deve essere perseguito nel corso del tempo, costituendo una delle pre-condizioni essenziali per la miglior realizzazione degli obiettivi di recupero di efficienza e speditezza che costituiscono il *core business* dell'intera riforma del settore (oltre che dell'intero PNRR con riferimento alla pubblica amministrazione)⁷⁰. Sotto tale profilo, la decorrenza dell'obbligo per tutte le stazioni appaltanti e gli enti concedenti di dotarsi dei metodi e strumenti di gestione informativa digitale, che l'articolo 6 del d.m. n. 312/2021 aveva fissato al 1 gennaio 2023 per le opere di nuova costruzione e gli interventi su costruzioni esistenti, ad eccezione delle opere di ordinaria e straordinaria manutenzione, con importo a base di gara pari o superiore alla soglia di rilevanza comunitaria, è spostata dal comma 1 dell'articolo 43 al 1 gennaio 2025 senza alcuna determinazione della soglia, rimessa all'autorità politica come chiarito dalla Relazione illustrativa. Tuttavia, non essendovi una disciplina transitoria, deve ritenersi che nelle more di tali determinazioni politiche sia operativo dal 1 gennaio 2023 l'obbligo di adozione delle tecnologie digitali per gli interventi di importo superiore alla soglia di cui all'articolo 35, d.lgs. n. 50/2016.

Ulteriore novità del nuovo codice è rappresentata dall'esonero dall'obbligo di adozione delle tecnologie *de quibus* per gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, salvo che non riguardino opere a loro volta realizzate con l'uso dei metodi e strumenti di gestione informativa digitale (nel quale caso l'impiego di detti metodi e strumenti s'impone per ragioni di "simmetria").

Infine, il comma 2 prevede – in linea con quanto già previsto dal d.l. n. 77/2021 – la facoltà delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti, anche laddove non obbligati all'adozione dei metodi e strumenti di gestione informativa digitale, di avvalersene egualmente, eventualmente prevedendo nella documentazione di gara un punteggio premiale relativo alle loro modalità d'uso, in linea con quanto al riguardo stabilito dall'articolo 19. L'esercizio di tale facoltà è subordinato all'adozione da parte dell'amministrazione delle misure al riguardo previste dal citato allegato I.9.

4.8. Gli incentivi per le funzioni tecniche. L'idea di investire risorse per premiare le amministrazioni che abbiano "virtuosamente" impiegato le proprie professionalità interne per lo svolgimento di funzioni tecniche connesse ai contratti pubblici, prima fra tutte la progettazione, in modo da generare risparmi di spesa in conseguenza del mancato ricorso a soggetti esterni, e al tempo stesso incentivare lo sviluppo di competenze e responsabilità all'interno delle stazioni appaltanti, si deve inizialmente al d.l. n. 90/2014, che per la prima volta introdusse nell'articolo 93 del d.lgs. n. 163/2006 i commi da 7-bis a 7-quinquies, nei quali era prevista l'istituzione da parte di ciascuna amministrazione di un "*fondo per la progettazione e l'innovazione*", al quale destinare risorse fino al valore del 2% degli importi a base di gara di un'opera e di un lavoro. Le risorse in questione erano per l'80% da ripartire fra il responsabile del procedimento, gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori e del collaudo, e i loro collaboratori (sulla base dei criteri stabiliti dalla contrattazione decentrata e adottati con apposito regolamento) e per il restante 20% da destinare all'acquisto di beni, strumenti e tecnologie funzionali a progetti di innovazione.

L'articolo 113 del d.lgs. n. 50/2016, pur confermando la previsione del fondo e degli incentivi, ha escluso la possibilità che questi possano essere destinati alle attività di progettazione, riferendoli alle "*funzioni tecniche*" elencate dalla stessa norma, fra le quali vi erano quelle di valutazione preventiva dei progetti ma non di redazione degli stessi⁷¹. Inoltre, ampliando la portata della previsione rispetto al passato, la norma ha esteso i benefici anche agli appalti di servizi e forniture (comma 2), anche se l'ANAC e la giurisprudenza contabile hanno poi chiarito che la previsione è applicabile ai soli casi in cui, in virtù del rilevante importo contrattuale (superiore a 500.000,00 euro) o della complessità dell'appalto, si possa procedere alla nomina di un direttore

⁷⁰ Sul punto, cfr. L. CARBONE, *op. cit.*

⁷¹ Tanto, in applicazione di uno specifico criterio della delega legislativa che escludeva espressamente l'applicazione degli incentivi alla progettazione (articolo 1, comma 1, lettera *rr*), l. n. 11/2016).

dell'esecuzione del contratto come figura distinta dal RUP a norma delle Linee guida dell'ANAC n. 3 del 2017⁷².

Dal punto di vista contabile e finanziario, il comma 5-bis del citato articolo 113, introdotto dalla legge 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio 2018), aveva chiarito definitivamente che gli incentivi per funzioni tecniche dovessero far capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture, determinando il superamento del precedente orientamento della giurisprudenza contabile, che tendeva a ricondurle alle spese per il personale anziché a spese per investimento⁷³.

L'attuale articolo 45 del d.lgs. n. 36/2023, integrato dall'allegato I.10 cui fa rinvio, disciplina in modo innovativo e semplificato gli incentivi per le funzioni tecniche, risolvendo alcune criticità ingenerate dalla normativa pregressa. In particolare:

- a) la previsione relativa alle risorse da destinare agli incentivi è oggi riferita alle “*singole procedure di affidamento*”, superando la formulazione dell'articolo 113, in cui il riferimento ai “*singoli appalti*” aveva portato a escludere che essa potesse essere estesa alle concessioni e alle diverse forme di partenariato pubblico-privato⁷⁴ (una situazione che aveva indotto l'ANAC a invitare Governo e Parlamento a modificare l'articolo 113 per rimuovere tale discriminazione)⁷⁵;
- b) l'attività di progettazione (purché, come è ovvio, interna alla stazione appaltante) viene nuovamente ricompresa tra quelle che possono beneficiare degli incentivi⁷⁶;
- c) pur mantenendosi le percentuali stabilite dalla legislazione precedente, scompare il riferimento al fondo per l'incentivazione, prevedendosi direttamente la ripartizione delle risorse tra il RUP e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche elencate nell'allegato;
- d) i criteri di riparto delle risorse vengono rimessi non più ad un atto di natura regolamentare, ma alle determinazioni che ciascuna stazione appaltante o ente concedente è tenuto ad adottare secondo il proprio ordinamento, nel termine di 30 giorni dall'entrata in vigore del codice (articolo 45, comma 3);
- e) rispetto alle previsioni contenute nell'articolo 113, d.lgs. n. 50/2016, è scomparsa la necessità che i criteri di ripartizione degli incentivi siano previamente stabiliti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale⁷⁷;
- f) l'erogazione delle risorse è subordinata all'accertamento ed all'attestazione dell'effettivo svolgimento delle funzioni *de quibus* da parte del dipendente, cui deve provvedere il responsabile del servizio della struttura competente o altro dirigente incaricato, sentito il RUP in ossequio alle funzioni a questo attribuite dall'articolo 15 del codice (articolo 45, comma 4, primo periodo);
- g) è fissato un tetto massimo individuale alla percezione di incentivi, prevedendosi che gli incentivi complessivamente maturati dal dipendente nel corso di un anno (da verificare

⁷² Cfr. ANAC, delibera 11 ottobre 2017, n. 1007, nonché Corte conti Lombardia, sez. contr., delib. 20 marzo 2020, n. 37.

⁷³ Cfr. A. BARONE, *Direzione dei lavori, direzione dell'esecuzione e RUP nella fase di esecuzione dei contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., IV, p. 210.

⁷⁴ Secondo la giurisprudenza, in questi casi l'attribuzione degli incentivi era esclusa finanche laddove le relative risorse fossero state individuate e stanziare nel quadro economico dell'intervento: cfr. Corte conti Lombardia, sez. contr., delib. 23 settembre 2022, n. 125; Corte conti Piemonte, sez. contr., delib. 20 marzo 2020, n. 37.

⁷⁵ Cfr. ANAC, atto di segnalazione 9 marzo 2021, n. 1.

⁷⁶ L'allegato I.10 ricomprende espressamente, tra le attività tecniche a carico degli stanziamenti, la redazione del DOCFAP, la redazione del PFTE e la redazione del progetto esecutivo, oltre alle attività di verifica e validazione del progetto.

⁷⁷ Cfr. A. SCARSELLA, *I nuovi regolamenti per gli incentivi ai tecnici: quali relazioni sindacali?*, in www.lagazzettadeglientilocali.it, 18 aprile 2023, secondo cui questa omissione potrebbe creare problemi sul piano delle relazioni sindacali, tenuto conto che la contrattazione nazionale non sembra contenere alcuna previsione che possa consentire di contrattare i criteri di riparto, né esiste una norma che consenta di effettuare il confronto sul tema o l'informazione preventiva.

dunque in termini di competenza e non di cassa), anche per le attività svolte per conto di altre amministrazioni, non può superare il trattamento economico complessivo annuo lordo da lui percepito (articolo 45, comma 4, secondo periodo)⁷⁸;

- h) è esclusa l'erogabilità degli incentivi a favore dei dirigenti (articolo 45, comma 4, quinto periodo);
- i) quanto al residuo 20% delle risorse, è previsto che questo, oltre che all'acquisto di beni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione (articolo 45, comma 6), debba essere destinato anche a spese funzionali ad esigenze del personale, tra cui le spese di formazione per l'incremento delle competenze digitali e di specializzazione dei dipendenti addetti a funzioni tecniche (articolo 45, comma 7).

L'esclusione di cui alla lettera f) suscita da sempre perplessità tra i commentatori: di regola, essa viene giustificata con il principio di onnicomprensività della retribuzione dirigenziale, ma – in disparte che tale principio è applicabile a tutti i dipendenti pubblici in virtù del principio di esclusività *ex* articolo 98 Cost. e sulla base delle disposizioni del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, senza che ciò osti alla possibilità ai dipendenti con qualifica non dirigenziale di beneficiare dei compensi incentivanti⁷⁹ – appare criticabile quanto meno sul piano dell'opportunità che per effetto della preclusione i dipendenti privi di qualifica dirigenziale finiscano per fruire di un trattamento economico pari o addirittura superiore a quello del dirigente.

Infine, così come nel vigore dell'articolo 113, d.lgs. n. 50/2016, potrà porsi il problema della possibilità o meno di erogare gli incentivi in caso di inerzia della p.a. nella determinazione dei criteri per il loro riparto. Finora la giurisprudenza ha ritenuto che la mancata determinazione dei criteri precluda la corresponsione dei benefici⁸⁰, e che l'inerzia dell'amministrazione possa al più determinare una sua responsabilità risarcitoria⁸¹; è presto per dire se questo orientamento sia destinato a mutare sulla base della nuova normativa, ma è certo che l'innovativa previsione che rimette a un mero atto amministrativo, e non più a un regolamento, la determinazione dei criteri di riparto dovrebbe quanto meno rendere più agevole agli interessati esperire i rimedi giudiziali previsti avverso il silenzio-inadempimento della p.a. nei casi di inerzia (tenuto conto della prevalente giurisprudenza che esclude – invece – l'azionabilità di tali rimedi processuali a fronte del mancato esercizio del potere regolamentare)⁸².

4.9. La disciplina transitoria. L'entrata a regime delle nuove norme in materia di progettazione, con i loro rilevanti elementi di innovatività, è ancorata dal comma 9 dell'articolo 225 del codice alla data in cui il codice acquisterà “*efficacia*” a norma dell'articolo 229, comma 2, ossia al 1 luglio 2023.

La distinzione, non agevolmente percepibile, tra entrata in vigore (al 1 aprile 2023) e acquisizione di efficacia del nuovo codice (che avverrà – come detto – il 1 luglio 2023), introdotta dal testé citato articolo 229, trova la sua probabile spiegazione nell'esigenza di assicurare almeno formalmente il rispetto della scadenza fissata nel PNRR per l'entrata in vigore delle nuove norme in materia di contratti pubblici. Pertanto, come evidenziato dalla Relazione illustrativa, ad avere maggiore rilievo è la seconda scadenza, alla quale si ricollega, oltre alla possibilità di sostituire gli allegati al codice con corrispondenti regolamenti seguendo la procedura semplificata e “*derogatoria*” di cui all'articolo 226, comma 1, anche – e soprattutto – l'individuazione del *discrimen* rispetto al quale la normativa previgente continuerà ad applicarsi ai “*procedimenti in corso*”. Con riguardo alla progettazione, il citato comma 9 dell'articolo 225 si premura di chiarire

⁷⁸ Il previgente articolo 113, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 fissava invece il tetto nella misura del 50% del trattamento economico complessivo annuo lordo.

⁷⁹ Giurisprudenza pacifica: cfr. Corte conti Friuli Venezia Giulia, sez. contr., delib. 3 agosto 2017, n. 55.

⁸⁰ Cfr. T.A.R. Sardegna, sez. II, 1 settembre 2020, n. 479.

⁸¹ In questo senso, Cass. civ., sez. lav., 5 giugno 2017, n. 13937; id., 19 luglio 2004, n. 13384; id., sez. VI, 9 marzo 2012, n. 3779.

⁸² *Contra*, A. SCARSELLA, *op. cit.*, secondo cui non sarebbe dubitabile che l'atto di determinazione dei “*criteri*”, in quanto connotato da generalità e astrattezza, debba essere comunque di natura regolamentare.

che per “*procedimenti in corso*”, ai quali dovrà continuare ad applicarsi l’articolo 23 del d.lgs. n. 50/2016, devono intendersi quelli nei quali “*è stato formalizzato l’incarico di progettazione alla data in cui il codice acquista efficacia*”.

Il generico riferimento alla “formalizzazione” dell’incarico deve intendersi riferito, nei casi di progettazione affidata alle strutture tecniche della stazione appaltante, alla data del provvedimento che ha dato avvio all’*iter* progettuale individuandone l’organo o ufficio responsabile, e invece, in ipotesi di affidamento dell’incarico a professionisti esterni, alla data di sottoscrizione del contratto tra questi e il committente.

5. La nuova disciplina su localizzazione e approvazione dei progetti delle opere pubbliche.

Strettamente legato al tema del dibattito pubblico è quello delle procedure di localizzazione delle opere pubbliche, su cui la legge n. 78/2022 ha introdotto un innovativo criterio di delega, laddove ha previsto che il nuovo codice – ciò che non era in quelli previgenti – contenesse anche una disciplina di “*revisione e semplificazione della normativa primaria in materia di programmazione, localizzazione delle opere pubbliche e dibattito pubblico, al fine di rendere le relative scelte maggiormente rispondenti ai fabbisogni della comunità, nonché di rendere più celeri e meno conflittuali le procedure finalizzate al raggiungimento dell’intesa fra i diversi livelli territoriali coinvolti nelle scelte stesse*” (art. 1, comma 2, lett. o), della legge n. 78/2022).

Il tema s’intreccia anche con quello dell’approvazione dei progetti delle opere pubbliche, oggetto di previsioni abbastanza scarse nel previgente articolo 27 del d.lgs. n. 50/2016. Queste ultime, innanzi tutto, pur avendo il pregio di rendere per la prima volta obbligatorio il ricorso alla conferenza di servizi anche sul progetto di fattibilità tecnica ed economica (pur nell’ambito di un sistema che confermava la centralità del progetto definitivo ai fini dell’acquisizione di autorizzazioni, nulla osta etc.)⁸³, risultavano alquanto generiche e insoddisfacenti laddove facevano rinvio alla disciplina della legge 7 agosto 1990, n. 241, e in particolare proprio alle norme sulla conferenza di servizi, senza ben coordinarsi con le numerose modifiche che la disciplina *de qua* ha subito nel corso degli anni (e, anzi, in alcuni punti mostrando palesemente di richiamare versioni delle stesse superate dalle – pur sostanzialmente coeve – riforme del 2016)⁸⁴.

Inoltre, le disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 sull’approvazione dei progetti risultavano scarsamente coordinate con la disciplina in materia di localizzazione delle opere pubbliche, a sua volta frammentata in una pluralità di discipline sovrappostesi nel corso del tempo e non armonizzate. In particolare, l’originaria disciplina regolamentare (a sua volta basata sul richiamo all’istituto della conferenza di servizi) contenuta nel d.P.R. 18 aprile 1994, n. 383, relativa ai soli interventi statali ed emanata nel vigore della legge n. 109/1994, è stata progressivamente svuotata di rilevanza:

- dapprima per effetto dello spostamento di competenze verso le Regioni operato a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione avvenuta nel 2001 (e in conseguenza del quale, secondo l’opinione prevalente, la verifica di conformità urbanistica delle opere pubbliche di competenza regionale deve avvenire secondo le ordinarie norme nazionali e regionali);
- successivamente per effetto dell’introduzione della disciplina speciale delle grandi infrastrutture e degli interventi di interesse strategico, operata col d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, poi recepita dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e da ultimo ampiamente superata dal codice del 2016 (su questo tema specifico si tornerà in conclusione);

⁸³ In precedenza, per il progetto preliminare lo svolgimento della conferenza di servizi era meramente facoltativo: cfr. C. CRESTA, *Livelli della progettazione*, cit., pp. 1226-1227.

⁸⁴ Sul punto, cfr. R. DIPACE, *Procedure di approvazione dei progetti e conferenza di servizi*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, I, cit., pp. 1356 ss.

- infine per effetto del già citato d.l. n. 32/2019, che ha abrogato quasi per intero l'articolo 3 del richiamato d.P.R..

Ulteriore problema deriva dalla necessità di raccordare la disciplina *de qua* con quella, contenuta nel d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (T.U. espropri) relativa alle varianti urbanistiche comportanti imposizione del vincolo espropriativo, la quale a sua volta è costellata di richiami normativi non più attuali, e quindi suscettibili di ingenerare confusione.

Su questo panorama, il legislatore del 2023 ha inteso intervenire con l'articolo 38 del nuovo codice, la cui *ratio* – come affermato dalla Relazione di accompagnamento – è proprio quella di introdurre “*per la prima volta nel codice dei contratti pubblici un procedimento dedicato alla localizzazione delle opere di interesse statale*”⁸⁵. Il modello di riferimento è espressamente indicato dalla Relazione illustrativa nella disciplina dettata dall'articolo 44, comma 4, del decreto-legge n. 77 del 2021, come risultante dalla legge di conversione n. 108 del 2021, in materia di opere di particolare rilevanza e complessità finanziate con le risorse del PNRR e del PNC, della quale il legislatore del codice ha cercato di mutuare i principali profili di accelerazione e razionalizzazione procedimentale, con riguardo non solo ai tempi delle procedure ma anche alla loro effettiva funzionalizzazione al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico.

Dello schema della norma suindicata, al netto dell'essere quest'ultima riferibile a un numero limitato di specifici interventi di particolare rilevanza e complessità, l'articolo 38 riprende i principali aspetti di innovazione rispetto alla previgente disciplina dell'approvazione del progetto, e segnatamente:

- il fatto che la conferenza di servizi venga convocata dalla stazione appaltante prima ancora dell'espressione del parere da parte del Consiglio superiore dei lavori pubblici o del competente Provveditorato interregionale per le opere pubbliche, ove richiesto, ai fini dell'approvazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica;
- la precisazione che la conferenza di servizi si svolge in forma semplificata ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge n. 241 del 1990;
- la previsione che la conferenza acquisisca in via istruttoria gli esiti del dibattito pubblico (laddove quest'ultimo abbia avuto luogo) nonché - se del caso - della valutazione di impatto ambientale (VIA) e della verifica preventiva dell'interesse archeologico⁸⁶;
- la previsione che in sede di conferenza di servizi (e ciò rappresenta di certo il dato più significativo) vengono acquisiti tutti i pareri, i nulla-osta e le autorizzazioni necessari alla realizzazione del progetto preliminare, anche ai fini della localizzazione e della verifica di conformità urbanistica e paesaggistica;
- il fatto che la determinazione conclusiva della conferenza ha effetto di variante agli strumenti urbanistici e comporta l'assoggettamento dell'area al vincolo preordinato all'esproprio ai sensi del d.P.R. n. 327 del 2001 (tenendo luogo, in quest'ultimo caso, le comunicazioni agli interessati ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge n. 241 del 1990 della fase partecipativa di cui all'articolo 11 del medesimo d.P.R. n. 327/2001);
- la previsione che, qualora si sia svolto il dibattito pubblico, è escluso il ricorso all'inchiesta pubblica o ad altra forma di partecipazione del pubblico⁸⁷.

Orbene, è vero che tra gli impegni assunti dallo Stato italiano in sede europea in relazione alla riforma delle norme sui contratti pubblici vi era anche quello di mettere “a regime” le innovazioni che si fossero mostrate efficaci, sul versante dell'accelerazione e dell'efficienza procedimentale, tra

⁸⁵ La mancata indicazione del d.P.R. n. 383/1994 nell'articolo 226 del codice tra le norme abrogate è verosimilmente frutto di mera dimenticanza, essendo evidente l'intento del legislatore di superare definitivamente quella disciplina (o ciò che ne era rimasto).

⁸⁶ Ciò significa che tali fasi e atti di assenso non intervengono all'interno della conferenza di servizi, ma vengono acquisiti *ab externo*, per poi essere valutati in sede di conferenza: cfr. C. CONTESSA, *op. cit.*

⁸⁷ Sembra di capire, così come avvenuto per l'articolo 44 del d.l. n. 77/2021, che tale previsione debba essere riferita anche alla fase di consultazione del pubblico prevista dalla normativa in materia di VIA, la quale in questi casi sarebbe “assorbita” dallo svolgimento del dibattito pubblico.

quelle adottate in via temporanea e derogatoria per le opere finanziate dal PNRR: e tuttavia la norma in commento, così come congegnata, se introduce alcuni elementi indubbiamente positivi proprio sotto i profili considerati, per altri versi si connota per qualche “fuga in avanti” suscettibile di ingenerare difficoltà in sede applicativa.

In particolare, vanno salutati come indubbi progressi la stabilizzazione:

- a) della scelta di individuare nella conferenza di servizi, da svolgere sempre in via semplificata, il luogo unico in cui acquisire tutti i pareri, assensi etc. necessari per il completamento della fase autorizzatoria sul progetto (con la sola possibile eccezione, come si è sopra visto, della VIA e della verifica preventiva di interesse archeologico);
- b) della previsione che la conferenza si concluda a valle dell’acquisizione di tutta una serie di atti di assenso (VIA, verifica di interesse archeologico, eventuale parere del CSLP o del Provveditorato OO.PP.) il cui *iter* viene attivato “in parallelo” all’avvio della conferenza medesima, in modo da ridurre i cc.dd. “tempi di attraversamento” nell’ambito del procedimento di approvazione del progetto (ciò è evidente, ad esempio, nelle disposizioni di cui ai commi 4 e 6 dell’articolo 38)⁸⁸;
- c) della scelta di evitare inutili duplicazioni delle consultazioni del pubblico, quali rivenienti dalla contestuale applicazione di diversi moduli procedimentali, laddove si sia svolto il dibattito pubblico inteso come luogo di elezione del confronto e della ponderazione dei diversi interessi rilevanti.

Apprezzabile è anche la scelta, esplicitata dal comma 13, di scongiurare inutili ripetizioni dell’istruttoria in tutti i casi di annullamento, ritiro o revoca di un precedente appalto, per i quali restano validi i pareri, gli assensi e le autorizzazioni già espressi (salvo che la vicenda caducatoria sia stata dovuta proprio a loro vizio) non più solo per cinque anni come era nell’articolo 27, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 50/2016, ma finché non intervengano variazioni sostanziali nel progetto o nella cornice normativa sulla cui base gli atti annullati erano stati adottati, ciò che spetta al RUP attestare⁸⁹.

Al contrario, qualche critica può forse essere mossa alla previsione del “*dissenso qualificato e costruttivo*” (per usare la terminologia della Relazione di accompagnamento al codice) introdotta dal comma 11 dell’articolo 38, secondo cui le amministrazioni coinvolte nel procedimento, ove intendano esprimere un dissenso anche solo parziale, non possono limitarsi a opporsi alla realizzazione dell’opera ma “*devono, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, indicare le prescrizioni e le misure mitigatrici che rendano compatibile l’opera e possibile l’assenso*”. Per come formulata, la disposizione sembra escludere ogni possibilità di un dissenso che investa l’*an* stesso della realizzazione dell’opera, e non solo il *quomodo* di essa; per di più, l’ampiezza della formulazione normativa (testualmente riferita a tutte le “*amministrazioni diverse dalla stazione appaltante o dall’ente concedente e comunque coinvolte ai sensi dell’articolo 14-bis, comma 3, della legge n. 241 del 1990*”) sembra palesare l’intento di estenderne la portata anche alle posizioni delle amministrazioni il cui apporto resta esterno rispetto alla conferenza di servizi, compresa l’autorità competente in materia di VIA: ma, così intesa, la previsione si porrebbe a rischio di incompatibilità eurounitaria, atteso che la possibilità che l’esito di tale procedura si concretizzi anche nella c.d. “opzione zero” costituisce parte ineliminabile dello stesso *acquis* delle norme europee in materia di tutela ambientale⁹⁰.

La verità è che, se l’esclusione di ogni possibilità di esprimere un dissenso esteso alla stessa realizzazione dell’opera era spiegabile (e perfino ragionevole) nel contesto dell’articolo 44 del d.l. n. 77/2021, trattandosi di norma concepita e studiata per essere applicata a un numero limitato di interventi, previamente individuati, per i quali ogni dubbio o contestazione in ordine all’*an* della

⁸⁸ Al riguardo, la Relazione di accompagnamento parla di una “sincronizzazione” delle fasi di acquisizione dei vari pareri, in funzione di accelerazione procedimentale.

⁸⁹ Peraltro, la stessa Relazione illustrativa realisticamente rileva che siffatte variazioni sono “*fisiologiche con il trascorrere del tempo*”.

⁹⁰ Cfr. *ex plurimis* Corte giust. UE, sez. V, 21 settembre 1999, c-392/96; id., sez. VI, 16 settembre 1999, c-435/97.

loro realizzazione ben poteva presumersi superato, non altrettanto è a dirsi per una previsione destinata ad applicarsi “a regime” a un numero futuro e indefinito di opere pubbliche. Pertanto, sarà interessante verificare come la questione verrà affrontata nella prassi applicativa, amministrativa e – soprattutto – giurisprudenziale.

Considerazioni in parte analoghe possono farsi per la previsione contenuta nel comma 8 dell’articolo 38, laddove, proprio con riguardo alla valutazione da compiere in conferenza circa gli esiti della VIA e della verifica preventiva dell’interesse archeologico, viene replicata la previsione dell’articolo 44 precitato secondo cui detta valutazione deve tenere conto “*delle preminenti esigenze di appaltabilità dell’opera e di certezza dei tempi di realizzazione*”. Nella Relazione di accompagnamento questa disposizione viene qualificata come espressione del principio del risultato di cui all’articolo 1 dello stesso codice⁹¹; ma va da sé che, ove anche questa previsione dovesse essere intesa nel senso di affermare una prevalenza sempre e comunque dell’interesse alla realizzazione dell’opera sulle esigenze di tutela archeologica e ambientale, anche in questa sede si riprodurrebbero le evidenziate criticità sotto il profilo della compatibilità eurounitaria, oltre ai possibili dubbi di costituzionalità in relazione all’articolo 9 della Costituzione.

Per il resto, la norma in commento si connota per l’introduzione anche nel tessuto della normativa in materia di contratti pubblici di concetti non ignoti ad altri settori della legislazione (in particolare, quello della disciplina urbanistica ed edilizia), con i connessi problemi interpretativi che ciò può determinare. Ci si riferisce, in particolare, alle nozioni di “*consumo zero del suolo*” (comma 4) e, soprattutto, di “*rigenerazione urbana*” (commi 4 e 5), la prima di derivazione transnazionale e la seconda da tempo introdotta nella legislazione regionale e nazionale, delle quali però manca una precisa definizione positiva, col conseguente rischio di “*trapiantare*” anche nel delicato settore della progettazione delle opere pubbliche i dubbi e le incertezze già noti agli interpreti in altri campi⁹².

6. La nuova disciplina dell’appalto integrato.

La possibilità di affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dell’opera (c.d. appalto integrato) è un altro tema sul quale la legislazione italiana in materia di lavori pubblici ha conosciuto un percorso tormentato e ondivago. A fronte di un orientamento restrittivo della legge n. 109/1994⁹³, il codice del 2006 aveva manifestato grande apertura verso l’istituto, consentendo alle stazioni appaltanti di ricorrervi senza particolari vincoli e con il solo obbligo di motivare tale scelta nel decreto o determina a contrarre, non esclusa perfino la possibilità di ricorrere all’affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione sulla base del solo progetto preliminare (articolo 53, d.lgs. n. 163/2006).

In effetti, le direttive europee non hanno mai manifestato un atteggiamento di chiusura verso l’appalto integrato: la stessa direttiva 2014/24/UE precisa che, “*vista la diversità degli appalti pubblici di lavori, è opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici possano prevedere sia l’aggiudicazione separata che l’aggiudicazione congiunta di appalti per la progettazione e*

⁹¹ Sul significato e la portata del principio del risultato, cfr. L. CARBONE, *op. cit.*

⁹² Sulla nozione di “*rigenerazione urbana*” sia consentito rinviare a R. GRECO, *Pianificazione urbana e procedimento espropriativo*, in www.giustizia-amministrativa.it (Ufficio Studi), 16 marzo 2023.

⁹³ Nella quale il ricorso all’appalto integrato sulla base del progetto definitivo era circoscritto ai soli casi di lavori la cui componente impiantistica o tecnologica incidesse per più del 50% del valore dell’opera (percentuale poi portata al 60% con la legge 1 agosto 2002, n. 166) e di lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici (articolo 19, comma 1, lettera b), mentre ad affidamento congiunto sulla base del progetto preliminare poteva procedersi mediante appalto concorso per speciali lavori o per la realizzazione di opere complesse o ad elevata componente tecnologica, la cui progettazione richiedesse il possesso di competenze particolari o la scelta tra soluzioni tecniche differenziate, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici (articolo 20, comma 4). La già citata legge n. 166/2002 (c.d. “*Merloni quater*”) ampliò la possibilità di appalto integrato consentendola per tutti lavori di importo inferiore a 200.000 euro o pari o superiore a 10 milioni di euro, senza condizioni particolari, limitando l’obbligo di richiedere il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici ai soli casi di lavori di importo superiore a 25 milioni di euro.

l'esecuzione di lavori" (considerando 8), ferma restando la necessità "che l'amministrazione in questione abbia adottato misure volte a definire il tipo di opera o quantomeno che abbia esercitato un'influenza determinante sulla sua progettazione" (considerando 9). Pertanto, lo sfavore mostrato dal legislatore del 2016 verso l'istituto dell'appalto integrato è da ricondurre a motivazioni del tutto "interne", notoriamente legate alla proliferazione di criticità e contenziosi in fase esecutiva relativi a vizi riscontrabili nel momento iniziale della progettazione e della stessa definizione delle esigenze dell'amministrazione, ritenuta "spia" dell'inidoneità dell'affidamento congiunto a responsabilizzare maggiormente l'esecutore e ad evitare varianti, allungamenti dei tempi di esecuzione e incrementi di spesa⁹⁴.

Di qui la scelta della legge delega del 2016 di far sì che a base di gara fosse posto tendenzialmente posto sempre un progetto completamente definito, in modo da restringere le possibilità di confronto competitivo su soluzioni migliorative, attraverso la radicale limitazione del ricorso all'appalto integrato e la completa esclusione di affidamento sulla base della sola progettazione preliminare, bilanciata dal *favor* per i concorsi di progettazione quale strumento idoneo a consentire all'amministrazione di vagliare anche comparativamente più soluzioni progettuali e garantirle la massima qualità dei progetti (articolo 1, comma 1, lettera *oo*), l. n. 11/2016). Conseguentemente, l'articolo 59, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 introduceva un vero e proprio divieto di affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori, "ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità"; tale divieto è stato negli anni seguenti progressivamente eroso e attenuato:

- dapprima dal correttivo di cui al d.lgs. n. 56/2017, che ha esteso l'esclusione anche ai contratti di locazione finanziaria e alle opere di urbanizzazione a scomputo del contributo per il permesso di costruire, e inoltre ha dato alle stazioni appaltanti la possibilità di ricorrere all'appalto integrato, sulla base del progetto definitivo, "nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori" (comma 1-bis), con il solo vincolo costituito dal dovere di motivare la scelta sul piano tecnico nella determina a contrarre (comma 1-ter), e infine ha prorogato la possibilità di affidare sulla base del progetto definitivo anche i lavori di manutenzione ordinaria fino all'entrata in vigore del decreto del MIT previsto dal comma 3-bis dell'articolo 23 (articolo 216, comma 4);
- successivamente, dalla legge n. 55/2019, di conversione del d.l. n. 32/2019, che ha disposto la sospensione fino al 31 dicembre 2020 del divieto di affidamento congiunto di cui all'articolo 59, comma 1, prevedendo che il Governo dovesse presentare alle Camere una relazione sugli effetti della sospensione per gli anni 2019 e 2020;
- infine, per effetto dei dd.ll. n. 76/2020 e n. 77/2021, che hanno prorogato progressivamente la sospensione del divieto, da ultimo fino al 31 dicembre 2023.

Il nuovo codice, sulla base di un criterio di delega alquanto vago e che ha a suo tempo suscitato anche polemiche tra gli operatori del settore ("*individuazione delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori, fermi restando il possesso della necessaria qualificazione per la redazione dei progetti nonché l'obbligo di indicare nei documenti di gara o negli inviti le modalità per la corresponsione diretta al progettista, da parte delle medesime stazioni appaltanti, della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione indicati espressamente in sede di offerta dall'operatore economico, al netto del ribasso d'asta*", articolo 1, comma 2, lettera *oo*), l. n. 78/2022), segna un'inversione di tendenza attraverso una sostanziale liberalizzazione dell'appalto integrato. L'articolo 44 del d.lgs. n. 36/2023, ricalcando la disciplina del previgente articolo 53, d.lgs. n. 163/2006, consente il ricorso all'affidamento congiunto sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti, purché qualificati, senza particolari

⁹⁴ Cfr. C. CRESTA, *op. ult. cit.*, p. 1210.

vincoli, mantenendo fermi il dovere di motivare la scelta nella decisione di contrarre con riferimento alle esigenze tecniche, tenendo sempre conto del rischio di eventuali scostamenti di costo nella fase esecutiva rispetto a quanto contrattualmente previsto (comma 2), e l'impossibilità di ricorso all'appalto integrato per le sole opere di manutenzione ordinaria (comma 1, secondo periodo).

I punti qualificanti della nuova disciplina sono:

- a) la già evidenziata limitazione della disciplina *de qua* alle sole stazioni appaltanti qualificate;
- b) la specializzazione professionale parimenti richiesta agli operatori da ammettere alla procedura, e in particolare il possesso della qualificazione per la redazione del progetto, che deve comprendere anche l'uso di metodi e strumenti digitali per la gestione informativa mediante modellazione (comma 3, secondo periodo);
- c) la possibilità per i concorrenti, in alternativa al possesso diretto dei requisiti di qualificazione richiesti per i progettisti, di avvalersi di progettisti qualificati da indicare nell'offerta (comma 3, primo periodo);
- d) l'indicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del rapporto qualità-prezzo quale unico criterio utilizzabile per l'aggiudicazione (comma 4, primo periodo);
- e) la necessità che nelle offerte siano indicati distintamente i corrispettivi richiesti per la progettazione e l'esecuzione dell'opera (comma 4, secondo periodo);
- f) la necessità che nei documenti di gara siano indicate le modalità per la corresponsione separata del corrispettivo all'eventuale progettista di cui il concorrente abbia dichiarato di avvalersi (comma 6);
- g) la previsione per cui, dopo l'aggiudicazione, i lavori non possono avere inizio se non dopo che l'amministrazione abbia proceduto a verifica del progetto esecutivo ai sensi dell'articolo 42 (comma 5).

Con riguardo al punto c), la nuova normativa potrebbe riproporre i dubbi sollevati in relazione all'articolo 53, comma 3, d.lgs. n. 163/2006 in relazione alla possibilità per il concorrente di "avvalersi di progettisti qualificati": sebbene dottrina e giurisprudenza avessero concordemente escluso che nella specie si versasse in ipotesi di "avvalimento" in senso tecnico, trattandosi piuttosto di un semplice contratto di lavoro autonomo sottoscritto tra impresa e progettista (e che dunque il verbo "avvalersi" fosse impiegato dal legislatore in senso atecnico)⁹⁵, il quadro è stato complicato da una decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella quale, pronunciandosi in ordine alla possibilità per il professionista sfornito dei requisiti speciali di ricorrere all'avvalimento sfruttando quelli di un professionista terzo, il Supremo Collegio ne ha escluso la praticabilità richiamando il divieto di avvalimento "a cascata", in modo da ingenerare il dubbio che anche per il professionista "indicato" si fosse in presenza di un avvalimento in senso proprio⁹⁶. La questione potrebbe riproporsi in futuro, dal momento che anche l'attuale articolo 104 del d.lgs. n. 36/2023 sembra aver confermato il divieto di avvalimento "a cascata".

Un ultimo problema che merita di essere segnalato è quello afferente alla perdurante vigenza della procedura di appalto integrato introdotta, in deroga alla disciplina contenuta nell'articolo 59 del d.lgs. n. 50/2016, dall'articolo 48, comma 5, del d.l. n. 77/2021 per gli interventi finanziati, in tutto o in parte, con le risorse del PNRR e del PNC, laddove è prevista la possibilità di procedere ad affidamento congiunto anche sulla base del primo livello della progettazione. Se è vero che tale disciplina, in quanto speciale rispetto a quella ordinaria, potrebbe ritenersi in vigore anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice⁹⁷, ciò comporterebbe una "ultrattività" della previgente normativa sui progetti delle opere pubbliche, basata sui tradizionali tre livelli di progettazione, la

⁹⁵ Cfr. F. CARINGELLA – M. GIOVANNINI, *op. cit.*, p. 1152. In giurisprudenza: T.A.R. Veneto, sez. I, 9 luglio 2010, n. 2900; id., 6 novembre 2009, n. 2741.

⁹⁶ Cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 9 luglio 2020, n. 13.

⁹⁷ In questo senso, F. PUBUSA, *op. cit.*

quale appare francamente incongrua oltre che in contraddizione con le esigenze di accelerazione e semplificazione che si pongono al massimo grado soprattutto per le opere finanziate con le risorse suindicate (e che inducono a privilegiare l'applicazione della più snella disciplina odierna). Pertanto, la soluzione interpretativa preferibile potrebbe essere nel senso di ritenere che la salvezza delle “*disposizioni speciali*” relative alle opere pubbliche relative al PNRR, contenuta nel comma 14 dell'articolo 39, debba intendersi limitata alle speciali procedure di approvazione dei progetti introdotte per tali opere dal d.l. n. 77/2021, in linea con l'oggetto specifico dell'articolo citato (e tenuto conto che analoghe salvezze non si rinvencono nelle successive norme dedicate alla progettazione in senso stretto); la conseguenza sarebbe che anche per questi interventi dovrebbe trovare applicazione la sopra richiamata disposizione transitoria di cui all'articolo 225, comma 9, del nuovo codice, e pertanto le norme previgenti continuerebbero a trovare applicazione solo per quelli per i quali alla data di efficacia del codice sia stato formalizzato l'incarico di progettazione, diversamente essendo applicabili *in toto* le nuove norme.

7. La progettazione di servizi e forniture.

Il nuovo codice conferma la scelta legislativa, introdotta dal d.lgs. n. 163/2006 e ribadita dal legislatore del 2016, di prevedere che la progettazione dei servizi e delle forniture sia articolata su un solo livello e sia predisposta sempre dalla stazione appaltante (articolo 41, comma 12). Peraltro, nonostante l'esplicito rinvio contenuto nella disposizione primaria, non si rinvencono nell'allegato I.7 previsioni che detaglino i contenuti dei progetti di servizi e forniture.

Nel previgente d.P.R. n. 207/2010 (ultimo provvedimento in vigore che contenesse un'articolata disciplina dei progetti di servizi e forniture) era previsto che il progetto contenesse la relazione tecnico-illustrativa sul contesto nel quale si inserisce la fornitura o il servizio, le indicazioni per la stesura dei documenti inerenti la sicurezza, il calcolo della spesa e l'indicazione degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, il prospetto economico degli oneri complessivi per l'acquisizione del bene o servizio, il capitolato speciale descrittivo e prestazionale e lo schema di contratto.

8. La disciplina delle infrastrutture di interesse strategico.

A finalità di semplificazione e accelerazione, come espressamente evidenziato nella Relazione illustrativa, è ispirata anche la disciplina contenuta nel nuovo articolo 39 del d.lgs. n. 36/2023 in tema di programmazione e progettazione delle infrastrutture di interesse strategico. In particolare, se per la procedura di approvazione del progetto il comma 5 dell'articolo citato richiama le disposizioni generali di cui al precedente articolo 38, salva l'abbreviazione dei termini stabilita dal medesimo comma e ulteriori elementi di specificità su cui si tornerà in appresso, il vero carattere innovativo delle nuove previsioni può apprezzarsi con riferimento alla disciplina della programmazione.

Ciò dipende palesemente dalla particolare situazione normativa finora in essere, tuttora connotata dalla mancata attuazione degli strumenti di programmazione e pianificazione (Piano generale dei trasporti e della logistica – PGTL e Documento pluriennale di pianificazione – DPP) introdotti dagli articoli 200 e seguenti del d.lgs. n. 50/2016, che il legislatore dell'epoca aveva concepito come a loro volta fortemente innovativi rispetto al quadro normativo previgente, ancora incentrato sul sistema della legge 21 dicembre 2001, n. 443 (c.d. “Legge Obiettivo”), come recepite

e trasposte nel d.lgs. n. 163/2006⁹⁸. Per effetto di tale situazione, rimasta invariata nonostante gli sforzi del Governo Draghi (unico ad avere seriamente tentato di attuare quanto previsto nel 2016 attraverso il varo di una serie di documenti “strategici” sulla base di procedure fortemente partecipate)⁹⁹, ciò che è avvenuto nella pratica è che fino ad oggi il Governo ha continuato ad approvare il documento “*allegato infrastrutture*” al documento di economia e finanza (DEF), in applicazione dell’articolo 10, comma 8, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, il quale a sua volta rimanda quanto ai contenuti di tale documento proprio all’articolo 1, comma 1, della legge n. 443/2001, ancorché quest’ultima norma sia stata espressamente abrogata dall’articolo 217, comma 1, lettera d), del d.lgs. n. 50/2016, per di più senza l’introduzione di una chiara disciplina transitoria, sul presupposto che il documento in questione sarebbe stato immediatamente sostituito dal già citato Piano generale dei trasporti e della logistica (PGTL) introdotto dal precedente articolo 201 dello stesso codice, il quale però – come detto - non ha mai avuto pratica attuazione¹⁰⁰.

Il perdurante impiego di strumenti di programmazione legati a una normativa superata (se non abrogata) ha comportato nel tempo inevitabili e significative ricadute concrete, testimoniate dalle ricorrenti critiche di inadeguatezza e inidoneità di detti strumenti a esprimere una visione moderna e strategica del processo di infrastrutturazione del Paese. Ciò, in aggiunta alle più generali criticità di cui già si è detto, ha inciso grandemente sullo stesso momento della localizzazione delle cc.dd. “grandi opere”, contribuendo alle notorie “resistenze” e tensioni a livello locale, tali da disvelare una insufficiente sinergia fra i diversi livelli di governo in una fase cruciale delle stesse scelte politiche e strategiche.

A fronte delle evidenziate criticità, la scelta del codice del 2023 è stata nel senso di un parziale “ritorno al passato”, nel senso che, se per un verso si è rinunciato all’ambiziosa idea di una programmazione pluriennale nell’ambito della quale operare le grandi scelte relative alle infrastrutture ritenute strategiche o prioritarie per il Paese, al tempo stesso si è riconosciuta al Governo una più ampia discrezionalità nella qualificazione di un’opera pubblica come “*strategica e di preminente interesse nazionale*”, prevedendo il solo coinvolgimento delle Regioni interessate, o come proponenti o mediante acquisizione del loro parere (articolo 39, comma 2) ed escludendo l’obbligatorio intervento del CIPE (oggi CIPESS) e della Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281, che era invece previsto dall’articolo 1, comma 1, della legge n. 443/2001 (l’intervento dei detti organi è oggi circoscritto, come di seguito si vedrà, alla sola fase eventuale di composizione dei dissensi). Il che non esclude, come si evince dal successivo comma 3 dell’articolo 39, che anche nel nuovo regime – così come in quello della legge n. 443/1991 – il Governo debba comunque provvedere alla predisposizione di un “*elenco*” delle infrastrutture strategiche e prioritarie, da allegare al documento di economia e finanza.

⁹⁸ Cfr. C. FIGLIOLIA, *Infrastrutture e insediamenti prioritari (artt. 200-203)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, p. 1019, la quale sottolinea come fin dalla legge delega (l. n. 11/2016) la scelta del legislatore fosse stata nel senso di un “*espresso superamento*” delle disposizioni di cui alla legge n. 443/2001.

⁹⁹ Tali documenti, intesi espressamente quali parti integranti del PGTL, sono il “Piano Generale della Mobilità Ciclistica urbana ed extraurbana 2022-2024”, il “Piano Nazionale Sicurezza Stradale 2030”, il “Documento Strategico della mobilità stradale (2022-2026)”, il “Documento Strategico della mobilità ferroviaria di passeggeri e merci” e il documento “Mobilità e logistica sostenibili. Analisi e indirizzi per il futuro”, reperibili all’indirizzo mit.gov.it/comunicazione/news/rapporti-mims.

¹⁰⁰ Cfr. E. CARDI – S. ABRATE – A. CARDI, *Programmazione e progettazione*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, V, Milano, 2019, p. 237, che richiamano l’articolo 201, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui fino all’approvazione del primo DPP sarebbero valse come programmazione degli investimenti in materia di infrastrutture e trasporti gli strumenti di pianificazione e programmazione e i piani, comunque denominati, già approvato secondo le procedure vigenti alla data di entrata in vigore del codice o in relazione ai quali sussistesse un impegno assunto con i competenti organi dell’Unione europea, per concludere come – per quanto attiene al settore qui in esame – il riferimento dovesse intendersi al Programma delle infrastrutture strategiche (PIS), il cui ultimo aggiornamento risaliva al 31 marzo 2016 (poco prima dell’entrata in vigore del codice) e che aveva costituito la base degli allegati al DEF 2015 e 2016. Può aggiungersi che, per effetto della mancata attuazione *in parte qua* del d.lgs. n. 50/2016, la situazione si è così “cristallizzata” fino a tutt’oggi.

In questa “marcia indietro” taluno ha ritenuto di cogliere un punto di debolezza del nuovo codice, con il quale “*si istituzionalizza la instabilità decisionale che ha afflitto la politica infrastrutturale del settore per lungo tempo, depotenziando il Parlamento, il quale invece dovrebbe avere un ruolo importante proprio per concordare su una visione di lungo termine che vada al di là di una lista di opere predisposta dal Governo pro tempore*”¹⁰¹.

Quanto alla procedura di approvazione dei progetti, la scelta del legislatore del 2016 era stata nel senso di eliminare ogni elemento di specialità della disciplina relativa alle infrastrutture strategiche rispetto a quella applicabile ad ogni opera pubblica, sul presupposto che la specialità delle “grandi opere” dovesse riflettersi solo sul piano politico, e quindi operare esclusivamente nelle fasi della programmazione, pianificazione e monitoraggio: il che lasciava presagire che il passaggio al nuovo regime giuridico sarebbe stato lungo¹⁰². Questo tipo di scelta risulta sostanzialmente confermato anche dal codice del 2023, atteso che – come si è già rilevato – l’articolo 39 non prevede una procedura del tutto eccentrica per l’approvazione dei progetti delle “grandi opere”, limitandosi a rinviare alle disposizioni generali dell’articolo 38, sia pure con qualche significativa deviazione: ciò probabilmente dipende dal fatto che il legislatore ritiene di essere già intervenuto in maniera molto incisiva, sotto il profilo della semplificazione e accelerazione procedimentale, già con riguardo alla disciplina generale delle procedure di approvazione dei progetti di opere pubbliche, in modo da lasciare poco spazio ad ulteriori previsioni speciali o acceleratorie.

Ciò premesso, i principali elementi differenziali rinvenibili nell’articolo 39 rispetto alle disposizioni generali dell’articolo 38 sono essenzialmente tre:

- a) la già richiamata abbreviazione di alcuni termini procedurali contenuta nel comma 5 del medesimo articolo 39;
- b) la previsione dell’istituzione presso il Consiglio superiore dei lavori pubblici, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, di un apposito comitato speciale per l’esame dei progetti relativi alle infrastrutture strategiche o di preminente interesse nazionale (comma 6)¹⁰³;
- c) l’introduzione (comma 8) di un originale meccanismo di superamento dei dissensi qualificati eventualmente registrati dalla conferenza dei servizi, attraverso la possibilità che la procedura prevista dai commi 4, 5 e 6 dell’articolo 38 sia sostituita da un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa deliberazione del CIPESS, integrato dai Presidenti delle Regioni o delle Province autonome interessate, sentita la Conferenza unificata, con il quale il progetto di fattibilità tecnica ed economica dell’opera è approvato producendosi gli stessi effetti di cui al comma 10 dell’articolo 38.

Raffaele Greco
Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

Pubblicato il 20 luglio 2023

¹⁰¹ Così P. COSTA – E. GIOVANNINI, *Infrastrutture, perché è necessario programmare senza continui salti*, in *www.avvenire.it*, 22 giugno 2023.

¹⁰² Cfr. C. FIGLIOLIA, *op. cit.*, pp. 1022-1023, che richiama il disposto dell’articolo 216, comma 1-bis, del d.lgs. 50/2016 e la delibera ANAC del 7 settembre 2016, n. 924, per l’individuazione dei progetti di infrastrutture strategiche ai quali avrebbe continuato ad applicarsi la disciplina previgente.

¹⁰³ Non è chiaro se questo comitato sia destinato ad aggiungersi al comitato speciale già introdotto dall’articolo 45 del d.lgs. n. 77/2021 per esaminare i progetti relativi agli interventi finanziati con le risorse del PNRR ovvero – come sembra più ragionevole, in un’ottica di semplificazione anche organizzativa – a immedesimarsi con esso.