



26 GENNAIO 2022

La progettazione nei lavori pubblici:
quadro attuale e prospettive di riforma

di Stefano D'Ancona
Ricercatore in Diritto amministrativo
Università degli Studi di Milano

La progettazione nei lavori pubblici: quadro attuale e prospettive di riforma*

di Stefano D'Ancona

Ricercatore in Diritto amministrativo
Università degli Studi di Milano

Abstract [It]: Il contributo esamina le recenti disposizioni introdotte dal D.L. 31 maggio 2021 n. 77 nonché le previsioni contenute nel DDL n. 2330 del 2021 (Disegno di legge delega per la modifica del Codice dei contratti pubblici) in tema di progettazione nei lavori pubblici. In particolare, l'analisi pone in rilievo gli aspetti critici delle previsioni riferite alla riduzione dei livelli di progettazione nonché all'ampliamento della facoltà di utilizzo da parte delle Pubbliche amministrazioni del c.d. appalto integrato, anche tenendo conto dell'impatto delle norme stesse sui "comportamenti" amministrativi dei soggetti che adottano le decisioni nel contesto progettuale.

Abstract [En]: The contribution examines the recent provisions introduced by the D.L. May 31, 2021 n. 77 as well as the provisions contained in the DDL n. 2330/2021 (Bill for the modification of the Code of public contracts) on the subject of design in public works. In particular, the analysis highlights the critical aspects of the forecasts referring to the reduction of planning levels as well as to the expansion of the right of Public Administration to use the integrated contract, also taking into account the impact of the rules themselves on the administrative behavior of the subjects who make decisions in the context of the public projects.

Parole chiave: lavori pubblici, progettazione, semplificazione, appalto integrato, comportamento amministrativo

Keywords: public works, design, simplification, integrated procurement, administrative behaviour

Sommario: 1. Le nuove norme in materia di semplificazione e la progettazione nei lavori pubblici. 2. Le proposte in tema di progettazione contenute nel Disegno di legge delega per l'emanazione di un nuovo codice dei contratti pubblici. 3. Profili di criticità delle nuove norme e del Disegno di legge per l'introduzione di modifiche al Codice dei contratti pubblici. 3.1. Progetto di fattibilità tecnico economica e riduzione dei livelli progettuali. 3.2. Modelli organizzativi. Criticità dell'appalto integrato. 4. Conclusioni.

1. Le nuove norme in materia di semplificazione e la progettazione nei lavori pubblici

Le recenti norme contenute nel D.L. 31 maggio 2021 n. 77, convertito in L. 108/2021 (c.d. Decreto Semplificazioni 2021)¹ e l'avanzamento di proposte di riforma nell'ambito del disegno di legge delega per modifiche al Codice dei contratti pubblici² impongono qualche riflessione critica sui risvolti applicativi in materia di progettazione. Un approccio ad entrambi gli ambiti – *de iure condito* e *de iure condendo* – sarà utile per comprendere la direzione verso la quale si sta muovendo il legislatore per la risoluzione delle problematiche connesse alla semplificazione e accelerazione dei processi decisionali.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ La rubrica completa è *Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*.

² Disegno di Legge n. 2330, 21 luglio 2021, presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dal Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili recante delega al Governo in materia di contratti pubblici, in *Atti Senato della Repubblica*, XVIII Legislatura.

Nel contesto delle disposizioni finalizzate al rilancio e resilienza, la progettazione viene evocata nell'ambito del D.L. 77/21 all'art. 48 rubricato *Semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC*. Tra le altre norme, di particolare rilievo è quella contenuta al comma 5, la quale prevede la possibilità per le stazioni appaltanti di ricorrere all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione (c.d. appalto integrato) in deroga ai limiti contenuti nel Codice dei contratti pubblici (art. 59 commi 1, 1-*bis*, 1-*ter*, D.lgs. 50/16). Come noto, le predette norme dispongono che sia possibile ricorrere all'appalto integrato solamente «nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori» (art. 59 c. 1-*bis* Codice)³.

La disposizione, che tuttavia, va precisato, circoscrive il suo perimetro di efficacia agli appalti finanziati con le risorse previste dal PNRR e il PNC – ciò trae argomento dal rinvio espresso del comma 5 al comma 1 - stabilisce che sia ammesso l'affidamento di progettazione ed esecuzione dei relativi lavori «anche sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica». Secondo questa impostazione è ammesso l'affidamento all'appaltatore, sia della progettazione definitiva che esecutiva (art. 48 comma 5)⁴.

Sicché la disposizione, oltre a determinare il superamento del limite contenuto nell'art. 59 del Codice, ne amplia la portata, considerato che la norma codicistica ammetterebbe l'appalto integrato nella forma dell'affidamento della sola progettazione esecutiva, imponendo all'amministrazione di occuparsi sia del progetto di fattibilità che definitiva⁵.

Sul progetto di fattibilità tecnica ed economica posto a base di gara - continua l'art. 48 del D.L. - è sempre convocata la conferenza di servizi, la quale viene indetta anche per l'approvazione del progetto definitivo cui partecipa l'affidatario dell'appalto, il quale provvede, ove necessario, ad adeguare il progetto alle eventuali prescrizioni susseguenti ai pareri resi in sede di conferenza di servizi⁶.

³ Inoltre, il ricorso all'appalto integrato deve essere motivato nella determina a contrarre. Tale determina chiarisce, altresì, in modo puntuale la rilevanza dei presupposti tecnici ed oggettivi che consentono il ricorso all'affidamento congiunto e l'effettiva incidenza sui tempi della realizzazione delle opere in caso di affidamento separato di lavori e progettazione (art. 59 c. 1-*ter* Codice).

⁴ Secondo la disposizione, l'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva, per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori.

⁵ La nuova disposizione riprende la versione di appalto integrato ammessa dal Codice previgente, ove veniva data la possibilità di affidare all'appaltatore non solo la progettazione esecutiva (come attualmente all'art. 59 comma 1-*bis*, D.lgs. 50/16) ma anche quella definitiva (vedasi, art. 53 c. 2 lettere b) e c) D.lgs. 163/06).

⁶ Accanto a queste previsioni di carattere generale, che hanno dunque impatto su tutte le opere finanziate con il PNRR e PNC, è inserita, nel testo del decreto, una previsione ancora più specifica per le grandi opere, ossia quelle previste all'allegato IV del decreto stesso. Il legislatore ha previsto per questa tipologia di appalti che il progetto di fattibilità debba essere trasmesso al Consiglio superiore dei lavori pubblici che ha il compito di verificare carenze formali e sostanziali (art. 44 D.L. cit.). In caso positivo, la norma prevede un procedimento di integrazione progettuale. Nei commi successivi la disposizione contiene diverse previsioni tra cui il coordinamento della procedura di approvazione del progetto con la procedura di verifica dell'esistenza dell'interesse archeologico (comma 2) e con la procedura di valutazione di impatto ambientale (commi 3 ss.) e previsioni attinenti alla verifica (comma 7).

Le eventuali modifiche o integrazioni, suggerite dai soggetti che sono intervenuti nella conferenza di servizi, sono di norma già concertate nella fase di fattibilità, rimanendo possibile in fase di progetto esecutivo solamente alcuni aggiustamenti. In questo senso, sembra deporre il termine stretto (cinque giorni), entro cui il responsabile del procedimento dovrebbe raccogliere gli eventuali consensi (art. 48 c. 5 secondo periodo).

Vi è da tener conto che, nel nuovo contesto, il responsabile del procedimento mantiene un ruolo essenziale poiché, con propria determinazione adeguatamente motivata, valida e approva ciascuna fase progettuale, fermo restando le competenze del verificatore già delineate nel Codice all'art. 23 c. 6 (art. 48 co. 2, D.L., cit.).

Al fine di garantire la qualità progettuale, il D.L. 77/21 prevede che le stazioni appaltanti possano stabilire nei bandi per l'affidamento della progettazione ed esecuzione, l'assegnazione di un punteggio premiale per l'uso nella progettazione dei metodi e strumenti elettronici. Il riferimento è al c.d. BIM (*Building Information Modeling*) già introdotto nel Codice e perfezionato con le disposizioni attuative⁷.

In virtù del *favor* verso la formula organizzativa dell'appalto integrato, all'art. 48 comma 7 terzo periodo, il progetto di fattibilità – e dunque l'attività di progettazione interna – assume una rilevanza inedita. Proprio per questa ragione, il legislatore, sempre al comma 7 dell'art. 48, rimanda ad un provvedimento del Presidente del Consiglio Superiore dei lavori pubblici il compito di stabilire i contenuti del progetto di primo livello.

La disposizione è stata attuata nel luglio 2021 con l'emanazione da parte del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e dal Consiglio Superiore dei lavori pubblici delle Linee guida per la redazione del progetto di fattibilità tecnico economica⁸. Si precisa che, così come le disposizioni di cui all'art. 48 e

⁷ Vedasi a questo proposito il D.M. decreto 1 dicembre 2017 n. 560, approvato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in attuazione dell'art. 23, co. 13, d.lgs. 50/2016. Il provvedimento ministeriale recepisce le indicazioni contenute in Handbook for the Introduction of BIM by Europe's Public Sector Community (UE BIM Task Group, *Handbook for the Introduction of Building Information Modelling by the European Public Sector. Strategic action for construction sector performance: driving value, innovation and growth*, Bruxelles, 7 luglio 2017) documento volontario mediante cui la Commissione europea si è posta l'obiettivo di uniformare le prassi in materia di modellazione digitale nell'eurozona, declinando modalità strutturate per la loro implementazione nel settore degli appalti pubblici. Sul tema del BIM, G.M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3, 2019, p. 740, R. PICARO, *La modellazione informatica per l'edilizia e le infrastrutture*, in *Riv. Giur. Edilizia*, n. 5, 2018, pp. 393 ss., V. SESSA, *Riforma degli appalti e Building Information Modeling*, in *giustamm.it*, n. 2, 2016, pp. 1-9.

⁸ Le linee guida rappresenterebbero, in un certo senso, un'attuazione anche delle disposizioni contenute nell'art. 23 c. 3 D.lgs. 50/2016 che tuttavia prevede la necessità che i contenuti dei livelli progettuali – quindi anche quello di fattibilità – siano determinati da un Regolamento che, come noto, non è stato ancora adottato (e forse non lo sarà mai). Le linee guida prevedono che la realizzazione di lavori pubblici e infrastrutture con l'accesso ai fondi finanziari è subordinata in virtù di nuovi stringenti vincoli anche europei alla verifica degli indici dei potenziali impatti sull'ambiente prioritari in ambito dell'Unione così come definiti dal Regolamento 2021/241 che istituisce il dispositivo di ripresa e resilienza. Sul punto rilevante è anche la Comunicazione CE (2021) 550 denominata "Fit for 55: delivering the EU's 2030 Climate Target on the way to climate neutrality" (p. 4 Linee guida).

44 del D.L., le previsioni contenute nelle linee guida riguardano gli appalti finanziati con i fondi del PNNR e PNC.

Le Linee Guida costituiscono, si può dire, il passaggio obbligato in termini metodologici per la redazione del progetto nella fase di fattibilità tecnico economica nonché fonte di determinazione dei contenuti del progetto stesso⁹.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto il documento prevede che il PFTE recepisca tutte le verifiche di compatibilità dell'opera rispetto alle preesistenze (indagini morfologiche, geologiche, geotecniche idrologiche, paesaggistiche, ambientali)¹⁰ e contenga una serie di elaborati specifici¹¹. Tra questi, vi sono, la relazione tecnica, corredata da rilievi, accertamenti, indagini e studi specialistici, la relazione di verifica preventiva dell'interesse archeologico, lo studio di impatto ambientale, per le opere soggette a VIA, il computo estimativo dell'opera, il capitolato speciale d'appalto, il cronoprogramma¹². Si tratta di elaborati che impongono al PFTE un approfondimento sicuramente maggiore rispetto a quello richiesto nel progetto preliminare previsto nella normativa precedente (ci si riferisce al Codice del 2006 e al Regolamento emesso con D.P.R. 207/2019)¹³.

Riguardo all'aspetto metodologico, il processo di decisione che si conclude con l'approvazione del progetto viene scisso dalle Linee guida in due fasi.

La prima fase è caratterizzata da una valutazione dell'amministrazione riferita al quadro dei fabbisogni e delle alternative progettuali (DOCFAP, ossia documento di fattibilità delle alternative progettuali). In questo contesto l'amministrazione dovrebbe compiere anche un'analisi dei costi e dei benefici dell'opera (ACB)¹⁴.

⁹ Le stesse Linee guida prevedono in effetti che il PFTE rappresenta un primo livello di progettazione rinnovato per contenuti e metodologia (p. 19 Linee Guida).

¹⁰ Ciò avviene anche mediante l'utilizzo di un modello informativo digitale dello stato dei luoghi eventualmente configurato anche in termini geo-spaziali (Linee Guida p. 17).

¹¹ Le linee guida riprendono quanto già previsto dall'art. 23 del D.lgs. 50/16 il quale, demandando al Regolamento il compito di definire in maniera più specifica i contenuti dei progetti di diversi livelli, stabilisce che nel progetto di fattibilità tecnica ed economica, il progettista sviluppa, tra l'altro, nel rispetto del quadro esigenziale, tutte le indagini e gli studi necessari per la definizione degli aspetti di cui al comma 1, nonché gli elaborati grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare e le relative stime economiche (art. 23, c. 5, cit.).

¹² Si rinvia per una elencazione degli elaborati alle Linee Guida, p. 20.

¹³ Sorprende in effetti scorgere tra gli elaborati del PFTE il computo metrico estimativo che caratterizzerebbe la progettazione definitiva, non già quella preliminare. Sul punto, secondo la dottrina, il computo metrico costituisce il documento essenziale ai fini della stima economica dei lavori e doveva essere redatto applicando alle quantità di ciascuna categoria di lavoro i prezzi unitari del prezzario dell'ente appaltante o desunti dai listi ufficiali vigenti nell'area interessata (M. MAZZONE – C. LORIA, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, Jandi Sapi Editore, Roma, 2011, pp. 26-27).

¹⁴ Linee Guida p. 8-9. Si fa richiamo anche ad altre fonti che possano guidare il percorso decisionale in fase preliminare e cioè le Linee Guida per la valutazione degli investimenti in opere pubbliche di competenza del Ministero (novembre 2016) adottate in attuazione dell'art. 9 D.lgs. 228/2011 nonché la Guide to Cost-Benefit appraisal tool for Cohesion Policy 2014-2020, Commissione Europea DG Regio (2014).

La seconda fase delineata è quella relativa alla redazione del documento di indirizzo della progettazione (DIP). Il DIP contiene i requisiti prestazionali che dovranno essere perseguiti dalle strategie progettuali. A seguito della definizione specifica delle tipologie costruttive e funzionali nonché di una stima più accurata dei costi è raccomandabile, secondo le linee guida, l'aggiornamento dell'analisi costi e benefici condotta in sede di DOCFAP¹⁵. Il DIP potrà includere il Capitolato Informativo secondo quanto previsto dalle norme in materia di metodi e strumenti elettronici al fine di veicolare meglio i contenuti progettuali¹⁶. Il PFTE, secondo le Linee Guida, è soggetto a verifica preventiva di primo livello ex art. 26 del Codice e a conseguente validazione¹⁷.

Attraverso le Linee guida, secondo quanto stabilito, il Ministero si propone di permettere un mutamento di ruolo del progetto di fattibilità e un'evoluzione verso una progettazione orientata ai valori della sostenibilità ambientale e all'utilizzo delle nuove tecnologie, prefigurata dal legislatore sia nel Codice sia nel D.L. 77/21¹⁸. Per fare ciò ogni amministrazione, si osserva, deve individuare, a monte di ogni intervento, quelle progettualità (ossia quegli operatori economici) «che dal punto di vista tecnico e qualitativo possano soddisfare questi criteri... con criteri [di selezione] che favoriscano sostenibilità e innovazione»¹⁹.

Dall'altra parte, le linee guida insistono sul principio di semplificazione che deve orientare l'approvazione del progetto. L'intento è, naturalmente, quello di porre una soluzione alla questione dei tempi di attraversamento che pongono in stallo molti interventi infrastrutturali nel nostro Paese²⁰. In questo senso, le linee guida confermano – così come le previsioni contenute nel D.L. 77/21 - la necessità di anticipare al PFTE di ogni atto di assenso presupposto per la realizzazione dell'intervento²¹. Un secondo passaggio, analogo a quanto previsto dal D.L. ma anche nel Codice, è quello relativo alla necessità di digitalizzare i procedimenti strumentali all'approvazione del progetto. La digitalizzazione deve essere in grado, in tal senso, di «supportare la maggiore efficacia nella gestione degli iter autorizzativi dei progetti,

¹⁵ Linee Guida, cit., p. 10.

¹⁶ Linee Guida p. 13-14.

¹⁷ Linee Guida p. 23.

¹⁸ Linee Guida, cit., p. 4. Si parla di «adeguata progettazione e realizzazione di infrastrutture efficienti e sostenibili. Infrastrutture efficienti sotto il profilo tecnico-economico e sostenibili sotto i profili ambientale e sociale».

¹⁹ Linee Guida, cit., p. 5.

²⁰ Viene definito tempo di attraversamento il lasso di tempo necessario per transitare da una fase procedurale alla successiva (ad esempio, dalla fine della progettazione preliminare all'avvio della progettazione definitiva). Tra il 2011 e il 2014 si passa da 4,4 a 4,5 anni. Per i lavori di importo superiore ai 100 milioni di euro si è passati da 11,1 a 14,6 anni, per le opere tra i 50 e i 100 milioni sono necessari in media 11,6 anni, quelle sotto i 100 mila euro vengono completate mediamente in 2,9 anni (vedasi sul punto Rapporto dell'Unità di Verifica- Nucleo tecnico di valutazione e verifica degli investimenti pubblici dello Sviluppo e la Coesione Economica della presidenza del Consiglio dei Ministeri Dipartimento, *I tempi di attuazione e di spesa delle opere pubbliche*, ottobre, 2014, p. 8).

²¹ Linee Guida, cit., p. 5.

nella attuazione e nella rendicontazione dei lavori eseguiti, nell'ottica ulteriore della gestione del ciclo di vita dei cespiti infrastrutturali»²².

2. Le proposte in tema di progettazione contenute nel Disegno di legge delega per l'emanazione di un nuovo codice dei contratti pubblici

Occorre a questo punto fornire una prima lettura delle proposte che si stanno avanzando nel contesto del disegno di legge delega per l'emanazione di norme tese alla modifica del codice dei contratti pubblici con specifico riferimento alla progettazione²³. L'analisi consentirà di comprendere se le tendenze contenute nelle nuove norme, riferite come detto ai solo appalti riguardanti il PNNR e PNC, risultino confermate *de iure condendo* per la progettazione nel contesto generale degli appalti.

Già nella relazione al Disegno di legge delega presentata dal Governo in Senato i proponenti evidenziano che la *ratio* dell'intervento normativo di riforma del Codice sarebbe quella di semplificare «le procedure relative alla fase di approvazione dei progetti in materia di opere pubbliche, anche attraverso la ridefinizione e l'eventuale riduzione dei livelli di progettazione e lo snellimento delle procedure di verifica e validazione dei progetti»²⁴.

Questa considerazione è trasfusa in maniera fedele, nel testo della proposta di legge all'art. 1 comma 2 lett. h). Alla lettera n) del medesimo comma, il disegno continua prevedendo la semplificazione delle procedure di partenariato – in particolare finanza di progetto - al fine di rendere ai privati più attrattiva la partecipazione anche alla progettazione di interventi pubblici.

In altra disposizione, il proponente riprende il solco già tracciato dal D.L. 77/2021. Si prevede, in questo senso, che sia attribuita al Governo una delega affinché lo stesso individui delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possano ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori (art. 1 c. 2 lett. q), Disegno di Legge).

Sembra, dunque, riproporsi il superamento del limite previsto attualmente dal Codice dei contratti all'art. 59 comma 1-*bis*, già prospettato nell'art. 48 D.L. 77/2021 con riferimento agli appalti finanziati nel contesto del PNRR.

La proposta di legge promuove infine l'adozione di norme tese ad incentivare il ricorso a procedure flessibili, quali «il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione e le procedure competitive con negoziazione, per la stipula di contratti pubblici complessi e di lunga durata, nel rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenzialità» (art. 1 c. 2 lett. m), DDL).

²² Linee Guida, cit., p. 6.

²³ Disegno di Legge n. 2330, 21 luglio 2021, presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dal Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili recante delega al Governo in materia di contratti pubblici, in *Atti Senato della Repubblica*, XVIII Legislatura.

²⁴ Relazione al Disegno di Legge, Atti parlamentari, p. 4

3. Profili di criticità delle nuove norme e del Disegno di legge per l'introduzione di modifiche al Codice dei contratti pubblici

3.1. Progetto di fattibilità tecnico economica e riduzione dei livelli progettuali

Dal breve esame delle nuove norme approvate con il DL. 77/2021 e dei primi orientamenti riferiti ad un'ipotesi di riforma del Codice emergono alcuni elementi su cui vale la pena soffermarsi.

Da un punto di vista più generale, occorre innanzitutto osservare come la adozione di norme in tema di progettazione per i soli interventi interessati dal PNRR e PNC rappresenti la volontà del legislatore di intervenire in maniera settoriale sull'istituto, creando una sorta di regime *ad hoc*. Evidentemente, il rischio immediato da fronteggiare era, al momento della stesura del testo normativo, quello che i fondi pubblici stanziati per le opere andassero persi per la farraginosità delle procedure (anche quelle relative alla progettazione).

Non si può tuttavia non rilevare come la creazione di questo regime speciale possa, in futuro, indurre il legislatore nella tentazione di prorogarlo «dando luogo a una “emergenza stabilizzata”, dalla quale l'amministrazione pubblica italiana è stata lungamente affetta proprio in materia di grandi opere»²⁵. Questo timore è certamente correlato con l'altro, corrispondente, che la legge delega di riforma del Codice dei contratti pubblici non veda mai la luce.

Con riferimento al merito, il nuovo dato normativo, seppure riferito all'ambito circoscritto degli appalti finanziati con i fondi PNRR e PNC, appare delinea un “nuovo” progetto di fattibilità tecnico economica che, per certi versi, si distacca da quello attualmente definito dal Codice.

Non risulta condivisibile, certo, la scelta di affidare a un “provvedimento” (le Linee Guida, nel caso concreto) il ruolo di stabilire i contenuti di tale livello di progettazione (in questo senso, si è visto, l'art. 48 c. 7 ultimo periodo)²⁶. La previsione sembrerebbe, d'altro canto, poco coerente con l'art. 23 c. 3 del Codice, come recentemente modificato dal Decreto Sblocca Cantieri (D.L. 32/2019), il quale dispone che i contenuti dei progetti dei diversi livelli siano stabiliti da un regolamento²⁷. Orbene, le Linee guida,

²⁵ S. STAIANO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2021, p. 11.

²⁶ Si rammenta che la disposizione prevede: «con provvedimento del Presidente del Consiglio Superiore dei lavori pubblici, adottato entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, ... è indicato 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...».

²⁷ Più in specifico l'art. 23 c. 3 del Codice prevede che con «il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-*octies*, sono definiti i contenuti della progettazione nei tre livelli progettuali. Con il regolamento di cui al primo periodo è, altresì, determinato il contenuto minimo del quadro esigenziale che devono predisporre le stazioni appaltanti. Fino alla data di entrata in vigore di detto regolamento, si applica l'articolo 216, comma 4». Si nota che la fonte regolamentare è stata rafforzata proprio dal D.L. 32/2019, cd. Sblocca Cantieri, che ha introdotto l'art. 216 comma 27-*octies*.

pur assumendo ormai un certo rilievo nel nostro ordinamento, non possono rappresentare una fonte di legge come invece il regolamento²⁸.

Andando al merito, invece, ci si sofferma su due principali aspetti.

Il primo aspetto, di tipo procedurale, consiste nel processo di semplificazione e accelerazione cui le norme sembrano voler sottoporre le procedure di approvazione del progetto di fattibilità. A questo proposito, si rammenta, l'art. 48 prevede che sul progetto di fattibilità tecnica ed economica posto a base di gara sia "sempre" convocata la conferenza di servizi di cui all'articolo 14, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241²⁹. La conferenza convocata in sede di progettazione definitiva è strumentale esclusivamente all'approvazione delle modifiche necessitate dai pareri acquisiti in sede di fattibilità.

La previsione non pare una novità assoluta dal momento che, già ai commi 3 e 4 dell'art. 27, il Codice dei contratti prevede, a livello generale, che la conferenza di servizi possa essere già indetta in fase di fattibilità. Tuttavia la novella sembrerebbe porre in capo all'amministrazione un vero e proprio obbligo di indire la conferenza di servizi in sede di progettazione di fattibilità che risulta assente nel contesto codicistico³⁰.

²⁸ È discussa in alcuni casi la natura regolamentare o meno delle linee guida con riferimento ad esempio a quelle adottate da ANAC. In senso affermativo, M. DI GIANDOMENICO, *La nuova ANAC: il guardiano del Codice*, in *Riv. Trim. app.*, n. 4, 2017, pp. 961-982, F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida ANAC*, in *italiaappalti.it*, 2016, G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, n. 3, 2016, pp. 273-320. Si rinvia, in termini critici, alla lucida analisi di M. CLARICH-G. FIDONE, *La contrattualistica pubblica nel "ginepraio" delle fonti*, in A. MALTONI (a cura di), *I contratti pubblici. La difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 37 i quali notano come la normativa in materia di appalti abbia coniato una nuova *species* di linee guida, ossia quelle vincolanti (M. CLARICH-G. FIDONE, *La contrattualistica*, *cit.*, pp. 49 ss.).

L'evoluzione del diritto dei contratti in un sistema misto sembra il riflesso di un'evoluzione più generale del sistema. Nel proprio contributo *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di) *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 31-40, R. Bin descrive un mondo che sta sostituendo al popolo i consumatori, alla sovranità politica la governance, all'hard law il *soft law*. Il *soft law*, pur trovando la propria legittimazione nella legge (hard law), se ne discosta «perché contesta la stessa utilità di un diritto "duro", "arcigno", l'opprimente regolazione di provenienza statale»: quindi, in sostanza, «il soft law, per definizione, non c'entra con le "fonti di diritto", ossia con l'hard law». Sul fatto che le Linee guida se vincolati non possono essere comprese nel genus soft law, vedasi C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in *Giust.Amm.*, n. 4, 2016, pp. 6-7.

²⁹ Come noto la conferenza viene utilizzata per permettere la partecipazione al processo decisionale anche delle amministrazioni che tutelano interessi pubblici diversi da quello che ispira la realizzazione del progetto (art. 27 c. 3 Codice) nonché interessi di diverso tipo (privati, diffusi, collettivi, etc...). Sul tema della conferenza di servizi in generale, essenziale la monografia di D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Giappichelli, Torino, 2002.

³⁰ Il legislatore codicistico sembra molto più elastico. L'art. 27 co. 2 del Codice, tra l'altro, prevede che «le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono sottoporre al procedimento di approvazione dei progetti un livello progettuale di maggior dettaglio, al fine di ottenere anche le approvazioni proprie delle precedenti fasi progettuali eventualmente non effettuate». Nel previgente Codice, l'art. 93 come modificato dal D.L. 1/12, aveva previsto che il responsabile del procedimento potesse provvedere a integrare ovvero a modificare fasi di progettazione. Inoltre, in termini generali, il legislatore aveva introdotto la possibilità di omettere uno dei primi due livelli di progettazione purché il livello successivo contenesse tutti gli elementi previsti per il livello omissivo e fossero garantiti i requisiti di contenuto dei progetti (C. LINDA- A. LINGUITI, *Nozioni, livelli, incarichi di progettazione, corrispettivi e incentivi*, in M.A. SANDULLI- R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI (a cura di), *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2008, p. 2341).

L'impostazione viene accentuata, peraltro, ove gli interventi oggetto di progettazione siano le opere strategiche di cui all'allegato IV³¹.

Con riferimento ad un secondo aspetto, più sostanziale, va notato che le norme contenute nel D.L. 77/2021, combinate con le Linee Guida, spingono, già nella fase di fattibilità tecnico economica, verso il compimento di tutti gli approfondimenti istruttori strumentali all'esecuzione dell'opera. Anche in questo caso, l'impostazione non sembra inedita.

Già con l'approvazione dell'attuale Codice, una parte della dottrina aveva infatti notato come il progetto di fattibilità tecnico economica assumesse una fisionomia diversa rispetto al progetto preliminare del previgente Codice, proprio in ragione del maggior approfondimento richiesto riguardo agli aspetti di inserimento territoriale³².

Era stato poi osservato come nel nuovo disegno codicistico il progetto di fattibilità ricoprisse senz'altro un ruolo di maggiore rilievo rispetto al progetto definitivo ed esecutivo. La *ratio* delle nuove disposizioni si fondava, secondo questa parte della dottrina, su una nuova visione per cui l'adeguatezza del PFTE serviva a «superare una delle più rilevanti patologie dell'attività di realizzazione delle opere pubbliche ossia quella della proliferazione delle varianti progettuali che incidono notevolmente sui tempi di realizzazione e i costi delle opere pubbliche»³³.

³¹ L'art. 44 prevede un subprocedimento accelerato sia per l'acquisizione del parere preventivo sull'interesse archeologico, sia per l'acquisizione della VIA, in sede di progetto di fattibilità. Inoltre, decorsi quindici giorni dalla trasmissione al Consiglio superiore dei lavori pubblici del primo livello di progettazione la stazione appaltante convoca la conferenza di servizi in forma semplificata (art. 14-bis L. 241/90) per l'approvazione del progetto ex art. 27, D.lgs. n. 50/2016. Sul punto R. DE NICTOLIS, *Gli appalti pubblici del PNRR tra semplificazioni e complicazioni*, in *Urb. e App.*, n. 6, 2021, pp. 729 ss.

³² R. DIPACE, *Pianificazione, programmazione e progettazione*, in M. CLARICH (a cura di) *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 326. Si sottolinea tuttavia che nella precedente normativa il legislatore ponesse una netta distinzione tra documento preliminare e progetto preliminare, attribuendo una diversa competenza nell'adozione dei due atti. Nel primo caso al responsabile del procedimento nel secondo al progettista.

³³ R. DIPACE, *Pianificazione*, *cit.*, p. 325. Criticamente altra parte della dottrina aveva riscontrato una carenza della disciplina del progetto di fattibilità. Si riscontrava l'esigenza di individuare, ancor prima della fase di fattibilità, un'ulteriore fase, per così dire di pre-fattibilità. In altri ordinamenti e nelle prassi internazionali questa fase viene denominata *identificazione del progetto* e consta di due *step*: studio di pre-fattibilità e procurement plan (Paper, *L'attuazione del nuovo codice dei contratti pubblici: problemi, prospettive, verifiche*, in <https://www.apertacontrada.it/wp-content/uploads/2017/04/L%E2%80%99attuazione-Del-Nuovo-Codice-Dei-Contratti.pdf>, p. 6). La necessità di un'articolazione in questa ulteriore fase viene accentuata dalla notazione che il legislatore dovrebbe incentivare le stazioni appaltanti di dotarsi delle competenze necessarie a realizzare studi di prefattibilità di alta qualità anche attraverso accordi quadro gestiti da CONSIP per l'affidamento di servizi sotto-soglia di ingegneria e di architettura di importo superiore a € 30.0000 (*Ibidem*). A ciò, si aggiunga l'abrogazione implicita della norma regolamentare (art. 15 DPR 207/2010) che prevedeva condivisibilmente, un passaggio preliminare rispetto all'elaborazione del progetto, ossia la redazione del c.d. documento preliminare, in cui il responsabile del procedimento stabilisse gli obiettivi generali nonché i vincoli dell'opera. Sulla diversità in termini di discrezionalità dei diversi livelli di progettazione cfr. T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sent. n. 409/2004, cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, n. 828/2014 e n. 2206/2007; T.A.R. Campania, n. 3208/2011, Cons. St. n. 2405/2014).

Si era tuttavia registrata la posizione critica del Consiglio di Stato che, in sede di parere al testo definitivo del Codice, aveva osservato come le nuove disposizioni imponessero un onere di indagine eccessivo rispetto alla fase preliminare del progetto³⁴.

D'altra parte, è evidente che un maggiore rilievo del progetto di fattibilità abbia spinto verso una certa "ingegnerizzazione" dei livelli di progettazione definitiva ed esecutiva delegando ad essi la definizione dei soli aspetti di dettaglio³⁵.

La lettura delle nuove norme e l'assetto codicistico attuale inducono ad una qualche riflessione anche sulle proposte di modifica al Codice nel DDL n. 2330/2021, in discussione in Senato.

Sembrerebbe infatti potersi tracciare una linea di congiunzione tra l'implementazione contenutistica del progetto di fattibilità tecnico economica delineata dalle nuove norme e la proposta di «riduzione dei livelli di progettazione» di cui al Disegno di legge (art. 1 c. 2 lett. h) DDL).

In questo senso, si prospetta "all'orizzonte" un livello unico di progettazione, considerato l'attuale svilimento delle fasi di progettazione definitiva ed esecutiva.

La proposta avanzata nel disegno di legge, che ricade sotto il "cappello" della semplificazione delle procedure, non sembra tuttavia essere stata accompagnata da una adeguata riflessione sulle conseguenze di una tale scelta.

Pur ritenendosi infatti che la tripartizione del progetto non sia di per sé connessa ad alcun principio³⁶, va posta qualche riflessione sul motivo che ha indotto il legislatore a delinearla nel corso degli anni. Si tratta infatti di un dato di fatto che, fin dall'approvazione della legge Merloni nel 1994, il legislatore abbia ritenuto di suddividere la progettazione dei lavori in tre livelli.

Non si nega che l'assolutezza di questa regola è stata posta in discussione sia in giurisprudenza che in dottrina. Il problema di accorpare eventualmente più fasi della progettazione si poneva soprattutto in

³⁴A proposito vedasi Cons. St. Parere 10 gennaio 2017 n. 22: «desta perplessità la circostanza che il decreto preveda un notevole aggravio di costi soprattutto nella fase iniziale. A tal riguardo, si evidenzia che non si è tenuto debitamente conto del fatto che la fase della programmazione costituisca proprio il momento in cui spesso le stazioni appaltanti possono essere in maggiore difficoltà, perché non dispongono nell'immediato delle risorse per programmare l'intervento. Se le spese per le attività preliminari (comprese le indagini geologiche e geognostiche, ecc.) e per le progettazioni di fattibilità e definitive possono «gravare sui bilanci delle stazioni appaltanti», ma al contempo, preliminarmente al progetto di fattibilità, non si può programmare l'investimento (e quindi non si può acquisire il relativo finanziamento), tali oneri finiscono con l'essere finanziati solo dalle stazioni appaltanti con proprie risorse ordinarie.... Se non si vuole vanificare il principio per cui le progettazioni vanno ricomprese nell'ambito del quadro economico dell'intervento, ci si deve chiedere se non debba essere, ab origine, alleggerita tutta la parte relativa agli adempimenti richiesti per il progetto di fattibilità tecnico-economica, individuando solo quelli assolutamente necessari in rapporto alle tipologie di interventi, in modo tale da alleggerire, il più possibile, i costi che finiscono per pesare immediatamente ed integralmente nei bilanci» Cons. St. Parere 10 gennaio 2017 n. 22.

³⁵ Utilizzava questa espressione con riferimento al progetto esecutivo, R. DIPACE, *Pianificazione*, cit., p. 327.

³⁶ La tripartizione progettuale rimane un'opzione tutta italiana secondo A. BARONE, *Programmazione e progettazione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 1, 2018, p. 7. Di recente sul nuovo assetto, oltre alla dottrina già richiamata, S. VILLAMENA, *Commento all'art. 23*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, p. 157, R. Dipace, *Pianificazione*, cit., p. 325.

caso di opere di estrema urgenza, per cui secondo la stessa Autorità di Vigilanza (ora ANAC)³⁷, sarebbe stato possibile, da parte del responsabile del procedimento, accorpate i livelli di progettazione³⁸.

Significativa tuttavia è l'affermazione di autorevole giurisprudenza, secondo cui dalla progressione del progetto per livelli proviene la possibilità di perfezionare le decisioni progettuali³⁹.

In conclusione, è evidente che, se da una parte l'eliminazione di più livelli di progettazione può per un verso semplificare il procedimento di approvazione del progetto, dall'altra può far pervenire all'approvazione di progetti inadeguati in termini qualitativi.

3.2. Modelli organizzativi. Criticità dell'appalto integrato

Sia le nuove norme che la proposta contenuta nel disegno di legge delega, nell'ottica di semplificazione delle procedure⁴⁰, vanno nel senso di una eliminazione di quel limite all'appalto integrato che caratterizza – ormai dal Codice previgente e anche prima – il quadro normativo in tema di appalti.

Una tale impostazione sembra non condivisibile per i motivi che si diranno a breve.

Sotto un primo punto di vista, va notato come l'attuale tendenza normativa di favore per l'appalto integrato appaia in contraddizione con il principio di separazione tra progettista e esecutore delineato dall'attuale legge quadro.

In questo senso, già nella legge delega per l'adozione del Codice dei contratti pubblici il Parlamento prevedeva che il Governo attuasce una «valorizzazione della fase progettuale negli appalti pubblici e nei contratti di concessione di lavori, promuovendo la qualità architettonica e tecnico-funzionale, ..., *limitando radicalmente il ricorso all'appalto integrato*, tenendo conto in particolare del contenuto innovativo o tecnologico delle opere oggetto dell'appalto o della concessione in rapporto al valore complessivo dei lavori e prevedendo di norma la messa a gara del progetto esecutivo; esclusione dell'affidamento dei lavori sulla base della sola progettazione di livello preliminare» (art. 1 c. 1 lett. oo) L. 11/2016).

Tale principio, come noto, era stato recepito dall'art. 59 del Codice, cui il legislatore sta appunto derogando con le ultime leggi di semplificazione. La disposizione, nella sua formulazione originaria, prevedeva che gli appalti relativi ai lavori potevano essere affidati «ponendo a base di gara il progetto esecutivo» e che fosse «vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione

³⁷ Deliberazioni AVCP 5 aprile 2007 n. 109 e 22 giugno 2011 n. 62.

³⁸ Sul punto, L. CABRAS, *Nozioni e livelli di progettazione. Un'indagine ricostruttiva*, in F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI (a cura di) *Manuale dei contratti pubblici*, Dike, Roma, 2015, p. 1125

³⁹ La coerenza dello sviluppo dell'idea progettuale non escludeva che vi fossero mutamenti. Infatti «il procedimento di progressivo affinamento dell'idea progettuale delineato dall'art. 16 L. 11 febbraio 1994, n. 109 [oggi sostanzialmente trasfuso nell'art. 90 del D.lgs. 163/2006], attraverso le forme del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo, esclude che tra i tre elaborati vi debba essere necessariamente coincidenza, essendo anzi fisiologica la diversità determinata dalle eventuali successive puntualizzazioni dell'opera da eseguire...» Cons. St., sez. IV, 4 giugno 2002 n. 6436.

⁴⁰ In questo senso, R. DE NICTOLIS, *Gli appalti*, cit., pp. 729 ss. in particolare paragrafo 3.

di lavori ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità» (art. 59 c. 1 D.lgs. 50/2016 versione originaria)⁴¹.

Tuttavia, con l'entrata in vigore del D.lgs. 56/2017, il principio della separazione del progettista dall'esecutore è stato reso più labile e l'appalto integrato è stato parzialmente reintrodotta, nell'ipotesi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori (articolo 59, comma 1-*bis*, D.lgs. 50/2016 come modificato dal D.lgs. 56/2017)⁴².

Inserendo nell'art. 59 un ulteriore comma 1-*ter*, il legislatore del 2017 ha comunque voluto confermare lo sfavore verso questo modello organizzativo che delega in parte la funzione progettuale all'esecutore⁴³.

In altri termini, l'appalto integrato rimaneva – non a caso si usa il tempo imperfetto.... - una deroga rispetto ai modelli organizzativi di portata generale (progettazione interna ed esterna).

Nonostante ciò, anche successivamente alla modifica del 2017, il legislatore ha mostrato molta difficoltà a emanciparsi dall'appalto integrato⁴⁴.

A questo proposito, lo stesso Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza prevede che, tra gli obiettivi che dovranno essere contenuti nella futura legge delega, il Parlamento dovrà approvare entro la fine del 2021 la «revisione della disciplina dell'appalto integrato, con riduzione dei divieti»⁴⁵.

Dunque la disposizione contenuta all'art. 48 D.L. 77/21 ricalca questa indicazione del Piano, per di più ampliando il modulo dell'appalto integrato con la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di affidare all'appaltatore, non solo la progettazione esecutiva, ma anche quella definitiva⁴⁶.

Oltre alla poca coerenza con i principi su cui si regge l'attuale Codice, la nuova tendenza inaugurata sembra poter mettere concretamente in pericolo l'adeguatezza e la qualità delle scelte progettuali compiute in sede definitiva ed esecutiva.

⁴¹ Contemporaneamente a questa spinta, il legislatore aveva auspicato l'unificazione della progettazione definitiva con quella esecutiva in capo ad un unico soggetto. L'affidamento disgiunto rimane possibile, infatti, solamente in casi eccezionali da motivarsi e ferma l'accettazione del nuovo progettista dell'attività precedente (A. BARONE, *Programmazione*, cit., p. 8).

⁴² Sul punto Delibera ANAC 9 maggio 2018, n. 437.

⁴³ In tal senso, la disposizione prevede che il ricorso all'appalto integrato debba «essere motivato nella determina a contrarre» e, altresì, devono essere chiariti in essa, in modo puntuale, «la rilevanza dei presupposti tecnici ed oggettivi che consentono il ricorso all'affidamento congiunto e l'effettiva incidenza sui tempi della realizzazione delle opere in caso di affidamento separato di lavori e progettazione» (art. 59 comma 1-*ter* D.lgs. 50/2016). Si precisa che il divieto di cui all'art. 59 del codice non trova applicazione nei settori speciali, non essendo la norma richiamata dall'art. 114 del codice né dalle successive disposizioni di dettaglio (Linee Guida ANAC n. 1 Delibera n. 973 del 14 settembre 2016) aggiornate con Delibera n. 138 del 21 febbraio 2018, punto 5.3. p. 6.

⁴⁴ Nelle più recenti disposizioni (art. 8 c. 7 D.L. 32/2019), si è infatti ritenuto di prorogare la deroga al divieto di ricorso all'appalto integrato già contenuta nel decreto c.d. Sblocca Cantieri al dicembre 2021.

⁴⁵ Piano di Ripresa e Resilienza, 5 maggio 2021, p. 66, reperibile nel sito del Governo.

⁴⁶ Nel Codice attualmente vigente invece l'appalto integrato è permesso nei limiti in cui all'appaltatore, oltre all'esecuzione, sia affidata la sola progettazione esecutiva (art. 59 c. 1, cit.).

Non si può a questo proposito non notare come, la confusione di ruoli tra progettista ed esecutore – ciò avviene nell'appalto integrato – auspicata dal legislatore, possa favorire quelle condotte opportunistiche che portano l'offerente-progettista a ribassare la stima progettuale per accaparrarsi l'appalto⁴⁷ con l'aspettativa di recuperare il differenziale al ribasso durante l'esecuzione⁴⁸.

Un'eventualità che potrebbe enfatizzare queste problematiche è il caso in cui il progettista sia una figura incardinata nell'organizzazione dell'appaltatore e dunque sia assai “vulnerabile” in termini decisori rispetto a pressioni indebite⁴⁹. In altri termini, la prestazione del progettista sarà, nella maggior parte dei casi, finalizzata in maniera prioritaria alla soddisfazione dell'interesse dell'appaltatore⁵⁰.

⁴⁷Si parla di *underbidding*. Sul fenomeno delle condotte opportunistiche di offerta sotto-stimata negli appalti di lavori in Italia, C. GUCCIO, G. PIGNATARO, I. RIZZO, che dimostrano un impatto notevole sulle problematiche esecutive: «The opportunistic behaviour of the firm is confirmed as a very relevant determinant of adaptation costs, both in terms of the type of procurement procedure adopted and of underbidding. The results are robust and also hold when the analysis is carried out taking into account the sector effects» (C. GUCCIO, G. PIGNATARO, I. RIZZO, *Determinants of adaptation costs in procurement: an empirical estimation on Italian public works contracts*, in *Applied Economics*, 44(15), 2012, p. 1904). In occasione della presentazione il 6 giugno 2019 della Relazione annuale dell'ANAC al Parlamento, il Presidente dell'Autorità ha segnalato tra le criticità del settore il fenomeno dei ribassi anomali in fase di gara, poi recuperati con il meccanismo delle varianti in fase di esecuzione. La questione è nota: l'Autorità l'aveva segnalata anche in altre occasioni (Relazione annuale del 2010), evidenziando non solo la scarsa capacità e incisività nella gestione e verifica dell'esecuzione del contratto da parte del contraente pubblico ma anche la “scarsa qualificazione degli operatori economici” con conseguenti inefficienze nell'esecuzione dei contratti. Dal documento emergeva che «il più delle volte le inefficienze e le diseconomicità sono provocate dall'incapacità degli operatori economici di far fronte agli eccessivi ribassi che hanno presentato in sede di gara, al solo fine di aggiudicarsi il contratto; in tal senso, le offerte, non garantendo un'effettiva remuneratività all'offerente, determinano l'esigenza dell'operatore medesimo di integrare comportamenti opportunistici per rientrare nei propri profitti di impresa». In dottrina si osserva che: «When a contract for a public work has been awarded, the firm can exploit the unavoidable contract incompleteness, to gain additional money over and above what has been agreed upon in the contract» C. GUCCIO, G. PIGNATARO, I. RIZZO, *Determinants, cit.*, p. 1895. Cfr. J.L. GUASCH, *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right*, The World Bank, Washington, DC, 2004, ha esaminato il fenomeno dal punto di vista dell'incentivo dei Governi a rinegoziare i contratti concessori.

⁴⁸È facilmente prevedibile da parte dell'appaltatore che, difficilmente, la stazione appaltante addivenga alla risoluzione del contratto anche nei casi in cui aumentino gli importi. Sul punto B. FLYVBJERG, *From Nobel Prize to project Management: Getting risks right*, in *Project management Journal*, n. 37, 2006, pp. 5-15. Vedasi anche D. GALLI, *Le varianti*, in D. GALLI, D. GENTILE, V. PAOLETTI GUALANDI (a cura di), *Appalti pubblici*, Wolters Kluwer, Milano, 2015, p. 936 che in maniera acuta analizza la tematica del recesso in caso di errore progettuale.

Sul tema sia permesso rinviare a S. D'ANCONA, *Contributo allo studio della progettazione in materia di appalti e concessioni. Una prospettiva dalle scienze comportamentali e cognitive*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 122 ss.

⁴⁹Sulla possibilità che il progettista sia interno all'organizzazione dell'appaltatore, l'orientamento è consolidato, v. Consiglio di Stato, 12 marzo 2018 n. 1539, in cui si è affermato che «trattandosi di appalto integrato, per l'affidamento, tra l'altro, della progettazione esecutiva, l'autonoma rilevanza del possesso dell'attestato SOA per la progettazione in capo alla concorrente... sarebbe coerente con la finalità perseguita dalla stazione appaltante soltanto se l'impresa concorrente avesse scelto di avvalersi... un progettista interno, componente del proprio staff di progettazione». Cfr. Cons. St. nn. 775/2015, 4715/2015, 1757/2013, l'orientamento risale alla legge Merloni, v. Cons. St. 6260/2005.

⁵⁰La collaborazione tra progettista ed esecutore veniva giudicata favorevolmente da F. TITOMANLIO, *La collaborazione fra progettisti ed appaltatori dell'edilizia residenziale pubblica sovvenzionata ed i sistemi di contrattazione vigenti*, in *Arch. Giur. Oo. Pp.*, n. 1, 1979, p. 21. Sul punto si rinvia a C. LINDA- A. LINGUITI, *Nozioni, cit.*, p. 2337.

È dunque evidente come l'appalto integrato possa spingere il progettista-appaltatore a condotte poco desiderabili che incidono in maniera negativa sulla qualità del progetto⁵¹. Ed è proprio per questo che l'attuale "spinta" verso l'appalto integrato non sembra poter essere condivisa.

4. Conclusioni

Le riflessioni sopra svolte permettono di trarre qualche considerazione conclusiva.

Sembra innanzitutto di poter condividere la scelta, resa evidente nei recenti interventi normativi, di rafforzare il processo di progettazione già nella sua fase di primo livello (e cioè quella di verifica della fattibilità). Del resto, appare chiaro come proprio in tale fase possono essere commessi gli "errori" più gravi in termini previsionali, anche in virtù di una influenza sulle scelte progettuali di fattori politici e in considerazione della contiguità con la fase di programmazione⁵².

Il problema, d'altra parte, resterebbe quello di fornire al progettista che opera nella fase di fattibilità strumenti in grado di permettergli stime realistiche.

In questo senso, è da valutare con favore l'introduzione di una metodologia specifica, anche tramite *soft law* (quella delineata nelle Linee guida) e di strumenti di modellazione digitale utili a meglio definire le componenti progettuali⁵³.

Non si ha, per altro verso, la sensazione che il legislatore, anche *de iure condendo*, si sia reso conto dell'importanza di delineare un'architettura decisionale appropriata che possa condurre a progetti adeguati⁵⁴. Si ravvisa piuttosto una tendenza alla semplificazione "a tutti i costi".

⁵¹Auspicano la separazione di ruoli tra progettista ed esecutore, C. Guccio, e altri, osservando che «the separation of the activities of project and implementation introduces a conflict of interests between the project designer and the firm implementing the work and, therefore, may limit the firm's opportunistic behaviour» (C. GUCCIO, G. PIGNATARO, I. RIZZO, *Determinants*, cit., p. 1897).

⁵²S. D'ANCONA, *Contributo*, cit., pp. 105 ss., pp. 122 ss., pp. 182 ss. Nonostante la netta separazione tra funzioni tra vertici politici e vertici di gestione nell'ambito dell'Amministrazione italiana, non pare potersi escludere che gli agenti progettisti possano essere considerati immuni da influenze improprie che lo conducano ad abbassare i costi previsti di un progetto massimamente desiderato per la necessità di coordinarlo con il vincolo del bilancio. Sembra utile sul punto richiamare l'osservazione secondo cui «l'intera attività amministrativa volta all'attuazione delle politiche pubbliche... può essere ricostruita in termini logici come una sequenza di deleghe rilasciate da un organo superiore ad un organo inferiore. Si è visto come l'analisi economica rappresenti il fenomeno della delega nei termini di un rapporto tra un principale e un agente, in cui il principale è il superiore che definisce le scelte politiche e l'agente è il subordinato chiamato ad applicarle. Quando un principale delega potere, un agente fedele utilizza il suo potere per attuare la politica del principale. In realtà il comportamento di molti agenti è diverso da quello ideale, soprattutto quando ... i loro interessi divergono da quelli del principale» (G. NAPOLITANO, *La delega alla pubblica amministrazione*, in G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA (a cura di) *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, p. 220).

⁵³ L'utilizzo della tecnologia e dell'intelligenza artificiale potrebbe essere utile alla creazione di classi di riferimento per la progettazione di interventi omogenei. Su questa specifica metodologia, B. FLYVBJERG, *Curbing Optimism Bias and Strategic: Misrepresentation in Planning Reference Class Forecasting in Practice*, in *European Planning Studies*, 16(1), 2005; cfr. D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci* (trad. it.), Mondadori, Milano, 2011, p. 332. Per una disamina si rinvia a S. D'ANCONA, *Contributo*, cit., p. 134 ss.

⁵⁴ Sulla rilevanza dell'architettura decisionale, si rinvia ai fondamentali, R. H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *La spinta gentile*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2009, C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, *Debiasing through law*, in *Journal of Legal Studies*, n.



Sul punto, si ribadisce quanto già osservato con riferimento all'appalto integrato: ove la coincidenza tra appaltatore e progettista unico non fa che favorire condotte opportunistiche pericolose ai fini del corretto svolgimento dell'appalto.

Per altro verso, il processo di riduzione dei livelli di progettazione, che si auspica anche nel disegno di legge, sembrerebbe portare ad una situazione in cui il processo di decisione andrà sempre più a concentrarsi su di un solo soggetto (il progettista in sede di fattibilità) con il rischio più alto di errore nelle previsioni progettuali.

Emerge infatti chiaramente dagli studi di scienze comportamentali e cognitive, come architetture decisionali che addossino su un solo soggetto le scelte da porre in essere rischio di compromettere la qualità delle stesse. Ciò in quanto gli individui sono sovente non consapevoli dei propri pregiudizi o dei propri ancoraggi⁵⁵. Sicché – e per concludere - «la modifica dei processi decisionali di gruppo può essere la chiave per affrontare i pregiudizi a livello individuale»⁵⁶.

35, 2006, pp. 200 ss. Per uno studio delle norme in materia di progettazione in questa prospettiva sia permesso di rinviare al contributo già citato S. D'ANCONA, *Contributo*, cit.

⁵⁵M. SIMON, S. M. HOUGHTON, K. AQUINO, *Cognitive biases, risk perception, and venture formation: How individuals decide to start companies*, in *Journal of Business Venturing*, 15 (2), 2000, p. 117.

⁵⁶*Ibid.* In questo senso, sarebbe allora auspicabile l'attivazione di dinamiche di *devil's advocacy* o *dialectical inquiry* tra progettisti di diversi livelli.