

Giovanna Mastrodonato

**LA PROGETTAZIONE DELLE
OPERE PUBBLICHE A SÉGUITO
DELLE MODIFICHE E
INTEGRAZIONI APPORTATE
DAL CORRETTIVO AL CODICE
DEGLI APPALTI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

LA PROGETTAZIONE DELLE OPERE PUBBLICHE A SÉGUITO DELLE MODIFICHE E INTEGRAZIONI APPORTATE DAL CORRETTIVO AL CODICE DEGLI APPALTI

SOMMARIO: 1. La progettazione di opera pubblica. Cenni preliminari. — 2. La progettazione delineata dal d. lgs. n. 50 del 2016. — 3. Finalità della progettazione. — 4. Le modifiche e le integrazioni all'articolo 23 introdotte dal d. lgs. 19 aprile 2017 n. 56, c.d. correttivo al codice degli appalti. — 5. Rilievi finali.

1. *La progettazione di opera pubblica. Cenni preliminari.*

Secondo una nota definizione tecnica per progetto dell'opera si intende l'insieme dei disegni rappresentativi e dei relativi elaborati complementari atti a definire “*la natura, la forma, le dimensioni, la struttura e le caratteristiche dell'opera da eseguire nonché le modalità tecniche della sua costruzione*” (1). La progettazione si configura pertanto alla stregua di un'attività imprescindibile al fine della realizzazione coordinata di qualsivoglia opera pubblica e, del resto, sin dalla prima legge contemporanea, c.d. Merloni (l. 109/1994 e s.m.), la normativa sui lavori pubblici ha posto la progettazione delle opere come attività centrale rispetto a quella riguardante la loro esecuzione definendo, per tutta l'attività di progettazione, un percorso predeterminato per ogni fase di approfondimento e suddiviso in vari livelli, in base al quale le scelte e decisioni assunte, in assenza di eventuali correttivi, non possono essere smentite nel livello successivo.

In realtà, sino all'entrata in vigore della l. n. 109 del 1994, la progettazione poteva dirsi articolata in due fasi: i progetti di massima e di esecuzione, ove i primi

(1) Il riferimento è al contributo prezioso di CIANFLONE, GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, XII ed., Tomo I, Milano, 2012, spec. p. 665. Per un approfondimento sullo specifico tema della progettazione cfr. almeno ZEVIANI PALLOTTA, *La progettazione dell'opera pubblica*, Milano, 1998. Cfr. inoltre, più in generale sugli appalti pubblici, oltre a quelli citati più avanti, almeno i contributi di GAROFOLI, M.A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005; F. SAITTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008; DE NICTOLIS, GAROFOLI, M.A. SANDULLI, a cura di, *Trattato sui contratti pubblici*, VIII, Milano, 2011; VILLATA, BERTOLISSI, DOMENICHELLI, SALA, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014; CARINGELLA, GIUSTINIANI, MANTINI, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Roma, 2017; GAROFOLI, FERRARI, *Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2017; AA.VV., *Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*, Milano, 2017.

erano volti a tracciare le linee fondamentali dell'intervento, consentendo al tempo stesso di valutarne la spesa necessaria, mentre i secondi si caratterizzavano per un livello di approfondimento assai maggiore, con studio dei particolari e degli elaborati necessari all'esecuzione dell'intervento stesso.

Le norme di cui all'articolo 93 del d. lgs. n. 163 del 2006, riproponendo sostanzialmente le disposizioni di cui all'art. 16 della l. n. 109 del 1994, avevano in seguito delineato tre livelli per la progettazione degli appalti e delle concessioni di lavori, che risultava per tal via articolata secondo tre fasi di successivi approfondimenti tecnici, in preliminare (2), definitiva ed esecutiva, in modo da assicurare la qualità dell'opera e la rispondenza alle finalità relative, la conformità alle norme ambientali e urbanistiche e il soddisfacimento dei requisiti essenziali, definiti dal quadro normativo nazionale e comunitario.

2. *La progettazione delineata dal d. lgs. n. 50 del 2016.*

La particolare attenzione del legislatore del 2016 per la centralità e la qualità della progettazione — in realtà frutto dell'attuazione della l. delega n. 11 del 2016, che prescriveva tra i criteri direttivi generali proprio la necessità di valorizzare la fase progettuale — emerge da una serie di istituti e norme, che tuttavia rimandano sovente ad una decretazione da emanarsi, concernenti: “*i livelli della progettazione, la verifica dei progetti, la qualificazione dei soggetti ammessi agli appalti di servizi di progettazione e concorsi di progettazione, il concorso di idee, la regola della ordinaria separazione tra affidamento della progettazione e affidamento dell'esecuzione, il divieto di utilizzo del criterio del prezzo più basso per affidare servizi di progettazione; le specifiche regole per la progettazione negli appalti relativi a beni culturali*” (3). La disciplina della progettazione è contemplata negli articoli 23-27 del nuovo Codice, senonché già nell'art. 22 si introduce nel nostro ordinamento il dibattito pubblico, istituto partecipativo di derivazione francese che si colloca tra il progetto di fattibilità e il progetto definitivo (4).

Una prima precisazione può farsi riguardo all'ampio ambito disciplinato dall'art. 23, posto che nel medesimo articolo confluiscono e vengono approfonditi i tre livelli di progettazione ed inoltre, si può segnalare la riunificazione delle discipline della progettazione per gli appalti e per le concessioni di lavori (già disciplinate dalle norme di cui all'art. 93 del d. lgs. n. 163 del 2006), di quelle degli appalti di servizi e forniture e dei requisiti dei progettisti (ex art. 94 del d. lgs. n. 163 del 2006).

(2) Cfr. PAPARO, *La progettazione* (artt. 90-98; 111-112), in CLARICH, a cura di, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, p. 523; PERFETTI, *La progettazione*, in *Manuale degli appalti di servizi e forniture*, in CARLOTTI, a cura di, Roma, 2011, p. 375; ID., *Livelli della progettazione per gli appalti e per le concessioni di lavori. Commento all'art. 93*, in PERFETTI, a cura di, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, p. 1238; A. COLETTA, *La progettazione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, VIII, a cura di DE NICTOLIS, GAROFOLI, M.A. SANDULLI, cit.

(3) Cfr. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, p. 522.

(4) Cfr. sul tema PORTALURI, *Pianificazione, programmazione e progettazione*, in GAROFOLI, FERRARI, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Roma, 2016, spec. p. 166.

Quanto alla questione della necessità della suddivisione in tre livelli progettuali, si deve aggiungere che in passato, ad onor del vero, anche la giurisprudenza sembra aver contribuito alla cristallizzazione di un siffatto disegno tripartito, ad esempio la Corte costituzionale, con la sentenza n. 401 del 2007, ha dichiarato che l'aspetto qualificante dell'attività di progettazione è dato dal fatto che essa deve svolgersi secondo una precisa articolazione, essendo questa essenziale «*per assicurare, con il progetto esecutivo, l'eseguibilità dell'opera*» e «*indispensabile per rendere certi i tempi e i costi di realizzazione*» dell'opera stessa (5). Secondo un orientamento consolidato (6), i tre stadi progettuali non possono essere confusi tra loro, essendo specificate per ciascuno di essi le caratteristiche ed i gradi di approfondimento dell'indagine progettuale. In questa prospettiva, infatti, il progetto preliminare (7) è un'indagine operativa che necessita ancora di specifiche puntualizzazioni in ordine alle caratteristiche dell'opera, il progetto definitivo determina la precisa configurazione dell'opera che ne consente il finanziamento, mentre quello esecutivo è il progetto con le «*specifiche*», vale a dire con tutti i dettagli operativi, tanto che nella pratica è spesso denominato progetto «*cantiabile*», cioè consegnabile agli addetti al cantiere per la pedissequa esecuzione.

(5) Sulla riduzione dei tempi di progettazione e di esecuzione dei lavori cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. V, 4 aprile 2017 n. 1556.

(6) Cons. Stato, sez. IV, 11 maggio 2004 n. 2930. Più di recente cfr., *ex multis*, sulle caratteristiche dei vari livelli della progettazione, Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2014 n. 3116, dove si afferma che «*La progettazione in materia di lavori pubblici si articola attraverso il succedersi di tre fasi della progettazione, scandite da differenti peculiarità (progettazione preliminare, definitiva, ed esecutiva) corrispondenti a differenti livelli di approfondimento. Il progetto preliminare definisce le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori, il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire e consiste in una relazione illustrativa delle ragioni della scelta della soluzione prospettata in base alle valutazioni delle soluzioni possibili. Il progetto definitivo individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti nel progetto preliminare e contiene tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni. Il progetto esecutivo, redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare e il relativo costo previsto e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale da consentire che ogni elemento sia identificabile in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo*».

(7) Infatti, a conferma di una sua stretta interdipendenza rispetto alle altre fasi progettuali, il progetto preliminare non è autonomamente impugnabile per carenza degli effetti lesivi che derivano dalla successiva approvazione del progetto definitivo ed esecutivo (Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2014). Solo tali provvedimenti, infatti, comportando la dichiarazione di pubblica utilità sono capaci di imprimere al bene quella particolare qualità che lo rende assoggettabile alle procedure espropriative e dunque di ledere la posizione soggettiva dell'espropriando (Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2006 n. 3949; Id., sez. IV, 6 giugno 2001 n. 3033; Id., sez. IV, 22 giugno 2000 n. 3557), con la conseguenza che il ricorso diventa improcedibile qualora, una volta aggredito il progetto preliminare, non segua l'impugnazione del progetto definitivo (T.A.R. Veneto, 23 febbraio 2006 n. 416). Gli altri atti (quali, per esempio, l'approvazione del progetto preliminare, l'approvazione del progetto esecutivo, la comunicazione della data di immissione in possesso, etc.) non possono considerarsi invece *ex se* immediatamente lesivi, salvo che per un'eventuale alterazione dell'*iter* procedimentale siano essi stessi ad incidere immediatamente e direttamente sul bene oggetto della procedura espropriativa, recando quindi un *vulnus* alla posizione del cittadino proprietario (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 6 giugno 2001 n. 3033; T.A.R. Liguria, sez. I, 2 novembre 2004 n. 1508; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 13 febbraio 2004 n. 208; T.A.R. Lombardia, Brescia, 17 febbraio 2004 n. 105).

Sicché, in un siffatto sistema, l'articolazione in sequenza procedimentale dei tre tipi successivi di progetto non può essere derogata o alterata perché essa risponde espressamente alla necessità di assicurare: la qualità dell'opera e la rispondenza alle finalità relative; la conformità alle norme urbanistiche ed ambientali; il soddisfacimento dei requisiti essenziali, definitivi nel quadro normativo, nazionale e comunitario (8).

Tuttavia ad una giurisprudenza che può definirsi formalistica e più incline alla difesa di una rigida suddivisione nei tre livelli progettuali si è ben presto affiancato un orientamento più pratico e tendente alla flessibilità (9), in base al quale è stata sottolineata la particolare circostanza per la quale l'elaborazione ed approvazione congiunta del progetto definitivo ed esecutivo di una opera pubblica costituisce prassi assai diffusa a livello amministrativo; anzi, i tre livelli di progettazione devono tra loro necessariamente interagire, secondo uno sviluppo di definizione e di approfondimento progressivo e senza soluzione di continuità, «*sicché, in presenza di lavori di non rilevante complessità, deve ritenersi possibile il coagularsi in un unico atto dell'approvazione della progettazione di dettaglio (definitiva ed esecutiva), quando questa risulti integrare quella completa, complessa operazione tecnico-amministrativa finalizzata al massimo livello di approfondimento possibile, che consenta, in definitiva, la definizione e l'identificazione di ogni elemento progettuale in forma, tipologia, dimensione, prezzo, qualità, comprendendo tutti gli aspetti che sono necessari per la realizzazione dell'opera, in conformità con il progetto preliminare*».

Nelle disposizione del nuovo codice i tre livelli sono confermati, anche se il progetto preliminare è stato sostituito dal più dettagliato progetto di fattibilità tecnica ed economica, ove, *ex art. 23, comma 5*, si individuano, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, comprende tutte le indagini e gli studi necessari alla definizione dei lavori da realizzare, nonché schemi grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori e le relative stime economiche, compresa la scelta sulla possibile suddivisione in lotti funzionali (10). Inoltre, il progetto di fattibilità deve consentire, ove necessario, l'avvio della procedura espropriativa.

Il progetto di fattibilità sembra attribuire un ruolo del tutto centrale alla tutela dell'ambiente e dei beni culturali: infatti esso è redatto sulla base di indagini geologiche e geognostiche, di verifiche preventive dell'interesse archeologico, di

(8) T.A.R. Calabria, Catanzaro, 23 febbraio 2004 n. 448; Cons. Stato, sez. IV, 10 gennaio 2002 n. 112. Si può tuttavia derogare all'articolazione in tre livelli progettuali, prevedendo che le fasi progettuali siano elaborate in un unico contesto “*quando i lavori abbiano carattere di urgenza e indifferibilità, e a condizione che la concentrazione delle fasi non abbia causato lacune o imprecisioni*”, come affermato dal Cons.Stato, sez. IV, 26 agosto 2014 n. 4307.

(9) Emblematiche di questo orientamento, ad es., le pronunce del T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 17 febbraio 2005 n. 594; Id., 16 giugno 2005 n. 2919; T.A.R. Lombardia, Brescia, 22 marzo 2004 n. 229. Si può inoltre derogare all'articolazione in tre livelli progettuali, prevedendo che le fasi progettuali siano elaborate in un unico contesto “*quando i lavori abbiano carattere di urgenza e indifferibilità, e a condizione che la concentrazione delle fasi non abbia causato lacune o imprecisioni*”, come affermato dal Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2014 n. 4307.

(10) Sulla suddivisione in lotti funzionali cfr. la recente pronuncia del Cons. Stato, IV, 25 gennaio 2017 n. 297.

studi preliminari sull'impatto ambientale e evidenza, con un adeguato elaborato cartografico, le aree impegnate, le eventuali fasce di rispetto ad esse relative e le occorrenti misure di salvaguardia; indica, inoltre, le caratteristiche prestazionali, le specifiche funzionali, le esigenze di compensazioni e di mitigazione dell'impatto ambientale, nonché i limiti di spesa dell'infrastruttura da realizzare al fine di consentire sin dal primo momento l'individuazione della localizzazione o del tracciato dell'infrastruttura nonché delle opere "ambientale" compensative o di mitigazione dell'impatto ambientale ed eventualmente del disagio sociale.

Il progetto definitivo va ancora più in dettaglio e prevede l'individuazione dei lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e dei tempi della stazione appaltante e, ove presente, in attuazione del progetto di fattibilità; esso contiene, altresì, tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni, nonché la quantificazione definitiva del limite di spesa per la realizzazione e del relativo cronoprogramma.

Come ribadito di recente dal Consiglio di Stato (11) l'autorizzazione paesaggistica, prevista dalle norme dell'art. 146 del d. lgs. n. 42 del 2004, Codice dei beni culturali e del paesaggio, è richiesta in relazione al progetto definitivo, che è la fase nella quale si individuano compiutamente tutti i lavori principali da realizzare.

Infine, ad un livello di ancor maggior approfondimento si colloca il progetto esecutivo (12), redatto in attuazione del progetto definitivo, che viene concepito al fine di determinare in ogni dettaglio i lavori da realizzare, il relativo costo previsto, il cronoprogramma coerente con quello del progetto definitivo: il progetto definitivo richiede uno sviluppo ad un livello di definizione tale che ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo, completato inoltre da un piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti in relazione al "ciclo di vita" attribuito.

Ruolo determinante nell'ambito della progettazione spetta al responsabile unico del procedimento il quale, in relazione alle caratteristiche e all'importanza dell'opera, secondo quanto previsto dall'articolo 26, stabilisce criteri, contenuti e momenti di verifica tecnica dei vari livelli di progettazione.

Un elemento di novità rinvenibile nelle disposizioni dell'art. 23 è costituito indubbiamente dal *favor* legislativo per lo svolgimento da parte del medesimo soggetto della progettazione definitiva e di quella esecutiva, onde garantire omogeneità e coerenza al processo (art. 23, comma 12). Tenuto conto di tale principio di continuità e del divieto di cui all'art. 24, comma 7, è ammissibile la partecipazione alla gara per il servizio di progettazione definitiva ed esecutiva anche del progettista che ha redatto l'eventuale progetto di fattibilità tecnica e economica. Risulta, infatti, accentuato il criterio di continuità nello svolgimento delle varie fasi della progettazione, permanendo il solo divieto per gli affidatari degli incarichi di progettazione di partecipare alla gara per l'appalto dei lavori (art. 24, comma 7).

In caso di motivate ragioni di affidamento disgiunto, il nuovo progettista deve accettare l'attività progettuale svolta in precedenza. Se l'affidamento disgiunto

(11) Sez. IV, 9 febbraio 2016 n. 521.

(12) In relazione alla mancata realizzazione dei lavori oggetto della progettazione cfr. T.A.R. Sardegna, sez. I, 5 gennaio 2017 n. 9.

riguarda la progettazione definitiva o esecutiva, l'accettazione avviene previa validazione (art. 23, comma 12).

Quanto al profilo soggettivo, la progettazione dei lavori pubblici può essere interna — qualora venga svolta da dipendenti riconducibili alla stazione appaltante o, in generale, alla pubblica amministrazione — o esterna, se svolta da soggetti estranei all'organizzazione della p.a. Si deve precisare a questo proposito che sia la progettazione interna sia quella esterna vanno svolte da professionisti, iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, *“che sono personalmente responsabili e nominativamente indicati (con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali) già in sede di presentazione dell'offerta, dove è inoltre indicata la persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche”* (13).

Ai sensi del comma 2 dell'articolo in commento, v'è una specifica disposizione riguardante la progettazione di lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, paesaggistico, agronomico e forestale, storico-artistico, conservativo, nonché tecnologico, onde le stazioni appaltanti ricorrono alle professionalità interne, purché in possesso di idonea competenza nelle materie proprie del progetto, o utilizzano la procedura del concorso di progettazione o del concorso di idee di cui agli articoli 152, 153, 154, 155 e 156.

3. Finalità della progettazione.

Quanto alle finalità che la progettazione si propone, sembra innanzitutto che dalle norme contenute nell'art. 23, in particolare al comma 1, si delinea una nuova *“gerarchia”* di obiettivi da conseguire in via prioritaria: *in primis* il soddisfacimento dei bisogni della collettività e, significativamente soltanto in seconda linea la qualità architettonica e tecnico-funzionale, cui fanno seguito — terzo livello di interesse — la conformità alle norme ambientali, urbanistiche, di tutela dei beni culturali e del paesaggio, della salute e della sicurezza, del suolo, dei beni archeologici ecc.

È forse opportuna una formulazione diversa della norma che eviti di dare l'impressione che il rispetto di norme urbanistiche, ambientali, della salute e della sicurezza ecc, sia da considerare di interesse marginale quando si progetta un'opera pubblica.

Altra novità di rilievo concerne la valorizzazione, in questa sede, del risparmio, anzi, del c.d. efficientamento energetico, nonché della valutazione del ciclo di vita (14).

(13) PORTALURI, *Pianificazione, programmazione e progettazione*, cit., spec. p. 171.

(14) In linea con quanto prevede la direttiva 2014/24/UE, che al considerando n. 97 recita: *«Inoltre, al fine di una migliore integrazione di considerazioni sociali ed ambientali nelle procedure di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di ricorrere a criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione dell'appalto riguardanti lavori, forniture o servizi oggetto dell'appalto pubblico sotto ogni aspetto e in qualsiasi fase dei loro cicli di vita, dall'estrazione delle materie prime per il prodotto alla fase di smaltimento dello stesso, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, prestazione o commercio e relative condizioni, di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico nel corso di una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto*

Tuttavia va ricordato che la dottrina e la giurisprudenza più attenta (15) avevano cominciato a considerare, sin dagli anni '90, l'esigenza di una particolare cura per la tutela dell'ambiente e della salute — sulla scorta del sensibile avanzamento nella protezione giuridica dell'ambiente conseguito a livello europeo (16) — da osservarsi nel settore degli appalti pubblici, anche se in verità la normativa interna appariva assai frammentaria e assolutamente in ritardo rispetto al diritto europeo.

Sicché paiono trovare ampio spazio, nella norma sulla progettazione, le indicazioni provenienti dalle direttive europee riguardanti le finalità sociali che devono pervadere anche il settore degli appalti pubblici, come il principio dello sviluppo sostenibile (con il criterio del risparmio ed efficientamento energetico (17) e valutazione del ciclo di vita), quello del doveroso rispetto della normativa in materia di ambiente (18), di beni culturali e del paesaggio (19) (nonché del rispetto del criterio del risparmio del consumo del suolo) ed infine gli obiettivi sociali che riguardano, più in generale, i bisogni della collettività, il diritto alla salute e alla sicurezza sul lavoro.

Del resto, la nuova attenzione per le istanze sociali, che ha comportato negli anni il superamento della visione meramente “mercantile” attribuibile invece alla

sostanziale. Criteri e condizioni riguardanti tale processo di produzione o fornitura possono ad esempio consistere nel fatto che la fabbricazione dei prodotti acquistati non comporti l'uso di sostanze chimiche tossiche o che i servizi acquistati siano forniti usando macchine efficienti dal punto di vista energetico». Cfr., per il profilo relativo al diritto europeo degli appalti, E. FOLLIERI, *I principi generali delle direttive comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE*, in *Giustamm.it*.

(15) T.A.R. Liguria, sez. I, 11 maggio 2004 n. 725; T.A.R. Milano, 29 marzo 1999 n. 1068, oltre alle sentenze della Corte di giustizia più avanti citate. Sembra assai interessante la lettura della pronuncia del T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 17 novembre 2006 n. 5373, ove si afferma che «*la stazione appaltante può esigere requisiti tecnici più severi rispetto a quelli indicati negli artt. 13 e 14, d. lgs. 17 marzo 1995 n. 157, che garantiscano una più intensa tutela dell'ambiente, a condizione che le clausole del bando non introducano elementi di illogicità, irragionevolezza e/o sproporzionalità rispetto alla specificità del servizio oggetto di gara ovvero di causare con le medesime ingiustificate distorsioni della concorrenza*».

(16) In realtà il diritto europeo aveva iniziato, con lo strumento della *soft law*, ad imporre le considerazioni di ordine ambientale e sociale anche nel settore degli appalti, ed infatti la Commissione europea con il Libro verde del 1996 “*Gli appalti pubblici nell'Unione Europea: spunti di riflessione*”, COM (96) 583 def., 27.11.1996, cui ha fatto seguito il Libro bianco “*Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*” nel 1998, COM (98) 143 def., 1.3.1998, oltre ad avere individuato tutta una serie di iniziative da adottare per incoraggiare la competitività nei settori degli appalti pubblici e delle concessioni, sottolineava l'importanza di armonizzare la politica degli appalti con la tutela dell'ambiente, da un lato, e la politica sociale, dall'altro.

(17) Nel correttivo al codice degli appalti d. lgs. n. 56 del 2017, art. 13, comma 1, lett. a), — di cui si tratterà *amplius* nel paragrafo 4, — le parole “*efficientamento energetico*” sono sostituite con “*l'efficientamento ed il recupero energetico nella realizzazione e nella successiva vita dell'opera*”, rafforzando dunque ulteriormente la necessità di protezione della matrice ambientale.

(18) Cfr. sul punto le considerazioni di V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Tutela dell'ambiente e beni pubblici. Provocazioni per uno studio sul dominio ambientale eminente*, in *Scritti Predieri*, 1996, p. 311.

(19) Cfr. almeno A. ANGIULI, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005; M.A. SANDULLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2° ed., Milano, 2012.

Cee degli anni immediatamente successivi alla sua istituzione, si può sicuramente rinvenire nelle disposizioni di cui all'art. 3 del Trattato Ue, modificato dal Trattato di Lisbona nel 2009, che ha (re)introdotta il noto modello di sviluppo basato su un'“*economia sociale di mercato*” (20), caratterizzata allo stesso tempo da libertà di mercato e giustizia sociale, nonché dal ruolo di “*regolatore*” ricoperto dallo Stato.

Infatti, l'art. 3, comma 3, del Trattato Ue — una volta constatato che il puro liberalismo non è in grado di garantire una soddisfacente equità sociale, — afferma che: «*L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico*». Sicché l'economia sociale di mercato è attualmente il sistema economico dell'Ue previsto dal Trattato di Lisbona.

Nella stessa prospettiva si inserisce pertanto il secondo il considerando n. 2 della direttiva 2014/24/Ue, che valorizza gli appalti pubblici alla stregua di fattori fondamentali nella Strategia Europa 2020, illustrata nella Comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo “*Europa 2020 - una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*”. Costituiscono infatti uno degli strumenti, pur se basati sul mercato, necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile (21) e inclusiva, garantendo nel contempo l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici. Anche nel considerando n. 37 si riprende il tema del rispetto della normativa ambientale, sociale e del lavoro.

Si è infatti gradualmente affermata la consapevolezza, in dottrina e in giurisprudenza, della necessità di accogliere anche nel settore del *public procurement*, l'esigenza di tutele “*terze*” rispetto alla libera concorrenza ed all'efficienza

(20) L'economia sociale di mercato trova le sue origini nell'ambiente culturale tedesco durante il periodo della Repubblica di Weimar, dopo la prima guerra mondiale e dopo il fallimento dell'esperimento di Weimar e l'ascesa al potere del nazionalsocialismo, nella scuola di Friburgo (ordoliberalismo). La sua idea basilare è che il libero mercato rappresenti un ‘*ordine istituzionale*’ (non ‘*naturale*’) e come tale debba essere definito da una cornice istituzionale. Negli anni della ricostruzione in Germania, ha costituito il nucleo teorico della economia sociale di mercato (*soziale Marktwirtschaft*) alla base del ‘*miracolo economico tedesco*’. I tratti caratterizzanti dell'economia sociale di mercato si possono pertanto sintetizzare nei seguenti punti: un severo ordinamento monetario; un credito conforme alle norme di concorrenza e la sua regolamentazione per scongiurare monopoli; una politica tributaria e fiscale che non sia elemento di disturbo alla libera concorrenza e che eviti sovvenzioni che la possano alterare; la protezione dell'ambiente; l'ordinamento territoriale; la tutela dei consumatori finalizzata a minimizzare i comportamenti opportunistici. Cfr per queste considerazioni FUMAGALLI, *Economia sociale di mercato*, in *Dizionario dell'Economia e Finanza*, 2012, in *treccani.it*.

(21) Sulla valorizzazione dei profili ambientali nel *public procurement* si vedano i contributi di SCHIZZEROTTO, *I principali provvedimenti europei ed italiani in materia di Green Public Procurement*, in *Riv. giur. ambiente*, 2004; CARANTA, TRYBUS, *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Copenhagen, 2010; VIVIANI, *Appalti sostenibili, green public procurement e socially responsible public procurement*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 993; CARANTA, *Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza*, in MARZUOLI, TORRICELLI, a cura di, *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, 2017, spec. p. 127.

dell'azione amministrativa, posto che le scelte della pubblica amministrazione relative ad un contratto pubblico, pur se apparentemente “*prive di afflato politico o relegate ad un piano essenzialmente tecnico, sono in realtà capaci di incidere in misura significativa sulla sostenibilità economica, ambientale e sociale della vita di ogni collettività*” (22).

Nella disciplina sugli appalti pubblici è assai nota la circostanza per la quale, almeno in una fase iniziale, venisse perseguito unicamente il c.d. *best value for money*, ossia il raggiungimento del risultato che la pubblica amministrazione si era proposto, soltanto in séguito si è affermata la convinzione, nella *communis opinio*, come in dottrina, per la quale “*il pubblico è, o dovrebbe essere, un erogatore responsabile, capace di darsi carico di una pluralità di interessi che nell'erogare vengono in rilievo: la tutela del lavoro di chi è impiegato nell'erogazione, il controllo dei processi produttivi funzionalmente alla protezione di interessi paralleli, a cominciare da quello ambientale, il governo degli effetti economici della spesa pubblica, anche in termini di politica industriale*” (23).

Sicché, pur presentandosi come obiettivi “*ancillari*” rispetto a quelli tradizionalmente perseguiti in via prioritaria dalla normativa sugli appalti pubblici, in *primis* la concorrenza, si è via via avvertita sempre più pressante l'esigenza di valorizzare le c.d. *secondary considerations* (24), — pur se allo stato attuale sembra anacronistico ritenere tali le considerazioni di ordine sociale ed ambientale — facendosi strada in particolare la necessità ed urgenza di affermare come irrinunciabile il concetto di un *sustainable procurement* (25).

(22) Cfr., per un contributo incentrato sulla nuova rilevanza sociale degli appalti pubblici e per una rassegna delle principali sentenze della Corte di giustizia Ue in merito, MONTALDO, *La dimensione sociale degli appalti pubblici nel diritto dell'Unione europea*, in *Politiche soc.*, 2015, p. 347.

(23) Cfr., per queste considerazioni, TORRICELLI, *Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, in MARZUOLI, TORRICELLI, a cura di, *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, cit., spec. p. 7.

(24) Si vedano sul tema i contributi di ARNOULD, *Secondary Policies in Public Procurement: The Innovations of the New Directive*, in *Public Procurement Law Review*, 2004, p. 187 e di ARROWSMITH, KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge, 2009.

(25) Per una definizione offerta dalla Commissione europea cfr. il sito http://ec.europa.eu/environment/gpp/versus_en.htm, “*Sustainable Public Procurement (SPP) is a process by which public authorities seek to achieve the appropriate balance between the three pillars of sustainable development — economic, social and environmental — when procuring goods, services or works at all stages of the project*”. Del resto, come è ben evidenziato nella lucida trattazione di F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, spec. p. 172, il legislatore “*riconosce allo sviluppo sostenibile il rango di principio applicabile non solo alle scelte ambientali, ma a tutta l'attività amministrativa discrezionale*”: il comma 2, infatti, sancisce “*anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di primaria considerazione*”. Cfr. inoltre sul tema dello sviluppo sostenibile F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, 2015, III ed., p. 175; V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile fra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, II, p. 209; F. SALVIA, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, ivi, 1998, II, p. 235 e ss.

In un documento pubblicato dalla Commissione europea nel 2011 sugli “*Acquisti sociali*” (26) si può forse rinvenire una prima ed esaustiva definizione di appalti socialmente orientati o “*responsabili*”, ossia appalti “che tengono conto dei livelli di occupazione e della dignità del lavoro, dell’inclusione sociale e delle pari opportunità, del rispetto dei diritti sociali e lavorativi, delle esigenze di categorie di lavoratori deboli, come i portatori di handicap, oltre ai criteri di sostenibilità legati al commercio equo e solidale ed alla promozione della responsabilità sociale d’impresa. Inoltre, quanto all’utilità degli acquisti sostenibili, essi, sia pure derogando al principio dell’economicità (27), sembrano funzionali a consentire “una riduzione di spesa alle Amministrazioni quando si consideri ad esempio l’intero ciclo di vita del prodotto”, posto che parrebbero garantire minori spese “nella fase di utilizzo, manutenzione e smaltimento del bene in questione”, oltre a comportare “vantaggi in termini di utilità residuali ed eternalità per la collettività ove l’amministrazione opera” (28).

(26) “*Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*”. Direzione generale per l’Occupazione, gli affari sociali e le pari opportunità Unità D.2 Direzione generale del Mercato interno e dei servizi Unità C.3. In questo documento è stata utilizzata per la prima volta la locuzione “*appalti pubblici socialmente responsabili*” (*Socially Responsible Public Procurement - SRPP*). La “*Guida per l’integrazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*” (d.m. 6 giugno 2012) del Ministero dell’ambiente ha in séguito recepito le proposte del documento europeo.

(27) Cfr. sui principi nella disciplina del *public procurement* CAVALLO PERIN, *Commento all’art. 2*, in PERFETTI, a cura di, *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., spec. p. 22. In particolare, l’a. afferma che l’economicità, nel caso dei contratti pubblici, debba intendersi ricollegata al principio di efficienza che, “secondo una definizione aziendalista — potremmo dire applicabile ad un’amministrazione di risultato — è la misura del massimo raggiungimento di prodotti all’utenza (output) dato un certo livello di risorse”.

(28) Così CAVALLO PERIN, *Commento all’art. 2, cit.*, p. 24. Del resto, negli ultimi lustri la tutela dell’ambiente è divenuta essa stessa parametro di valore dello sviluppo economico, come rileva FIDONE, *Gli appalti verdi all’alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte ecoefficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 2012, p. 819: “tale concetto presuppone che anche la crescita economica possa essere considerata apprezzabile solo se comporta un miglioramento della qualità dell’ambiente, della vita, della salute, e qualora garantisca un uso razionale delle risorse”. Ed inoltre a parere di M. GOLA, *L’amministrazione degli interessi ambientali*, Milano, 1995, spec. p. 142, è ormai improcastinabile “la corretta collocazione delle problematiche ambientali all’interno delle scelte economico-produttive”, tanto nel complesso delle politiche comunitarie che nazionali. Quanto al concetto di appalto verde si può rinviare alle considerazioni di GAVERINI, *Attività contrattuale della p.a. e protezione dell’ambiente: gli appalti verdi*, in questa *Rivista*, 2009, p. 153; secondo l’A. si possono distinguere gli strumenti giuridici utilizzabili in un’ottica di tutela e conservazione ambientale collocandoli “lungo una linea che congiunge quelli di prevenzione specifica (o collettiva) e quelli di prevenzione generale (o di mercato)”. Tra questi, l’A. definisce alcuni “puri”, “in quanto per essi il ruolo dell’amministrazione può dirsi marginale e limitato a funzioni di tipo certificativo, informativo e promozionale”, altri “misti” e, fra questi, indica gli appalti verdi “in quanto l’intervento del decisore pubblico non ha rilievo esclusivamente certificativo, informativo o promozionale ma si spinge più a fondo, individuando concreti privilegi nella scelta del contraente da individuare attraverso le procedure ad evidenza pubblica per coloro che siano in grado di offrire prodotti e servizi quanto più possibile ecologici”. Tra i vantaggi conseguibili “acquistando dal mercato verde le amministrazioni finirebbero non solo con lo sviluppare la circolazione dei beni e servizi ecocompatibili o a basso impatto ambientale, ma anche con l’incentivare la produzione verde, orientando e modificando i cicli produttivi delle imprese”, così OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, in DE NICTOLIS,

Quanto alle pronunce giurisprudenziali, si è rivelato assolutamente trainante il ruolo della Corte di giustizia che sin dal 1987 ha cominciato ad affermare la necessità di prendere in considerazione — anche nel settore degli appalti pubblici — le istanze sociali, nella fattispecie quelle legate ai diritti dei lavoratori, con la nota sentenza *Beentjes* (29), in séguito invece, nell'altrettanto noto caso *Concordia bus Finland* (30), venivano valorizzate le istanze ambientali, in relazione all'ammodernamento del trasporto pubblico locale. In definitiva, può dirsi che sin dalla

GAROFOLI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., p. 1465. Secondo la definizione che ne viene data nel Libro Verde "Gli appalti pubblici nell'Unione Europea" del 1996, il *Green public procurement* riguarda l'azione specifica delle pubbliche amministrazioni volta ad integrare i criteri ambientali in tutte le fasi del processo di acquisto, incoraggiando la diffusione di tecnologie e lo sviluppo di prodotti validi sotto il profilo ambientale, attraverso la ricerca e la scelta dei risultati e delle soluzioni che hanno il minore impatto possibile sull'ambiente lungo l'intero ciclo di vita. Più in generale, sugli strumenti economici nella tutela dell'ambiente, — infatti gli appalti verdi sono configurabili tra gli strumenti di mercato a tutela dell'ambiente, cfr. almeno CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007; CAFAGNO, FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in DELL'ANNO, PICOZZA (a cura di), *Trattato di Diritto dell'Ambiente*, Volume II, Padova, 2012, p. 487 e sia infine consentito il rinvio a MASTRODONATO, *Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, p. 707.

(29) Corte di giustizia, 20 settembre 1988, in causa C-31/87. I giudici europei in questa pronuncia hanno affrontato la questione relativa alla qualificazione di un nuovo criterio, ossia l'impiego di disoccupati di lunga durata. Dopo avere precisato che tale criterio non è classificabile né come criterio per l'accertamento dell'idoneità degli offerenti, né come criterio per l'aggiudicazione, ha elaborato una nuova categoria di criteri, c.d. addizionali. Si tratta di criteri specifici e supplementari, — che, in ossequio al principio di pubblicità, devono essere espressamente indicati nel bando di gara, — legittimi nella misura in cui siano conformi a norme e principi di diritto comunitario e, soprattutto, non producano effetti discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti di offerenti provenienti da altri Stati membri della Comunità.

(30) Corte di giustizia, 17 settembre 2002, in causa C-513/99 e, nello stesso senso Corte di giustizia, 4 dicembre 2003, in causa C-448/01, *Wienstrom*. In particolare, nella notissima sentenza *Concordia bus*, si affermava che "l'art. 36, n. 1, lett. a), non può essere interpretato nel senso che ciascuno dei criteri di attribuzione adottati dall'amministrazione aggiudicatrice al fine di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa debba necessariamente essere di natura meramente economica. Infatti, non si può escludere che fattori che non siano meramente economici possano incidere sul valore di un'offerta con riguardo alla detta amministrazione aggiudicatrice", ed inoltre si configurava — in virtù del principio di integrazione della politica ambientale in tutte le altre politiche europee, — la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di avvalersi nei criteri relativi alla tutela dell'ambiente in sede di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, purché tali criteri risultassero collegati all'oggetto dell'appalto, non conferissero alla detta amministrazione una libertà incondizionata di scelta, fossero espressamente menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara e rispettassero tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione. Sicché, può dirsi che nell'affermazione delle considerazioni di ordine ambientale nel settore degli appalti pubblici abbia avuto un ruolo centrale proprio il principio di integrazione — che si presenta strettamente connesso all'attuazione del principio dello sviluppo sostenibile e che costituisce uno degli strumenti più efficaci di applicazione della tutela dell'ambiente —, cristallizzato all'art. 11 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (t.f.u.e.), ove si afferma che «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile».

direttiva 2004/18 Ce e in séguito nella direttiva 2014/24/UE (31), — anche in virtù del recepimento degli approdi giurisprudenziali della Corte Ue — sembra configurabile una chiara linea di sviluppo in senso marcatamente sociale degli appalti pubblici, non più meramente funzionali al perseguimento della realizzazione dell'attività amministrativa, ma direttamente investiti di obiettivi sociali e politici.

Altro principio che sembra pervadere le disposizioni che si commentano riguarda la semplificazione (32) dei procedimenti, che trova particolare attuazione nelle norme di cui ai commi 4 e 12.

È infatti consentita, in ossequio al principio di semplificazione (33), l'omissione di uno o entrambi i primi due livelli di progettazione, accogliendo un criterio sostanzialistico, che travalica la tradizionale suddivisione in fasi distinte e formali, consentendo in tal modo un notevole risparmio di tempo e di lavoro, evitando il duplicarsi di fasi e competenze assai simili.

Tuttavia, il vero *punctum dolens* di una serie di disposizioni che risultano invece essere in linea con il diritto europeo e con le moderne istanze volte ad accrescere la digitalizzazione, la trasparenza e la semplificazione nei procedimenti amministrativi, è costituito dall'incertezza, nell'*an* e nel *quando*, in ordine all'emanazione del decreto (previsto al comma 3) del Ministero delle Infrastrutture e trasporti — di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo — volto a definire i contenuti della progettazione nei tre livelli progettuali.

Per tal via risulta in tutta evidenza come si potranno ritenere raggiunti gli obiettivi ambiziosi che il nuovo codice si propone soltanto se «*la fase di adozione degli atti attuativi avverrà in modo tempestivo, ordinato e coordinato, sottoposto a canoni di better regulation*» (34). A questo proposito si segnala l'azione fondamentale che è stata affidata alla Cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, con il compito di attuare una *governance* strategica in relazione al *quando* e al *quomodo* dell'attuazione.

La Cabina di regia infatti, ai sensi dell'art. 212, comma 1, lett. b), ha il compito di curare la fase di attuazione del codice coordinando l'adozione, da parte dei soggetti competenti, di decreti e linee guida, nonché della loro raccolta in testi unici, al fine di assicurarne la tempestività e la coerenza reciproca. Inoltre essa avrà il compito di verificare l'impatto a legislazione costante, non solo per il prossimo correttivo, allo scadere di un anno, ma anche successivamente, considerato che ogni tre anni, dopo la prima scadenza, va presentata una relazione di controllo alla Commissione Ue.

Ai sensi del comma 11, viene inoltre chiarito che gli oneri inerenti la progettazione, e tutti gli altri servizi di ingegneria connessi, inclusi i piani di sicurezza e di coordinamento — ove previsti — e il collaudo, possono essere fatti

(31) Cfr. sul nuovo diritto europeo degli appalti LICHÈRE, CARANTA, TREUMER, *Moderising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen, 2014.

(32) Cfr. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, cit., p. 503.

(33) Cfr., sul generale processo di semplificazione che vede da ultimo nuovamente coinvolta la pubblica amministrazione, a principiari da quella dei lavori pubblici, M.A. SANDULLI, *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, Milano, 2016.

(34) Così DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 511.

gravare sulle disponibilità finanziarie della stazione appaltante cui accede la progettazione medesima.

Quanto alle nuove opere e agli interventi di recupero e riqualificazione o varianti, che riguardino prioritariamente lavori complessi, al comma 13 è previsto che le stazioni appaltanti possano richiedere il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici, quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture, nell'ambito dei quali è incluso anche l'uso del *Building Information Modeling* - BIM, che tuttavia può essere richiesto soltanto dalle stazioni appaltanti dotate di personale adeguatamente formato.

Siffatti metodi, al momento di carattere volontario e sperimentale, nonché poco diffusi tra gli operatori, potrebbero rivelarsi — qualora trovassero applicazione generale — un'innovazione positiva al fine dell'introduzione di livelli di progettazione e realizzazione sempre più elevati nelle opere pubbliche. Le modalità relative alla progressiva introduzione dell'obbligatorietà dei metodi e strumenti elettronici presso le stazioni appaltanti saranno stabilite mediante un emanando decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Risulta pertanto una innovazione assai positiva quella di aver attribuito all'utilizzo delle citate metodologie un valore premiante ai fini della qualificazione della stazione appaltante (si fa di conseguenza rinvio al commento all'art. 38 del codice).

Dalle linee-guida predisposte dall'Anac — relative all'Affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria — emerge con evidenza come in base alle nuove disposizioni in materia di appalti si possa delineare *«un nuovo quadro normativo, molto più snello ed essenziale, rispetto al quale l'intervento dell'Autorità, con proprie linee guida, adottate ex art. 213, comma 2 del nuovo Codice, ha lo scopo di garantire la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, della omogeneità dei procedimenti amministrativi, favorendo, altresì, lo sviluppo delle migliori pratiche, anche al fine di garantire la razionalizzazione delle attività di progettazione e delle connesse verifiche attraverso il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (in conformità a quanto prevede l'art. 23, comma 1, lett. h) del nuovo Codice). Ciò che reca l'indubbio vantaggio di un approfondito dialogo tra le varie componenti della progettazione, fornendo, altresì, alla commissione di gara la possibilità di una valutazione più approfondita dell'offerta in fase di aggiudicazione dell'appalto relativo all'esecuzione dei lavori nonché un miglior controllo su quest'ultima, riducendo il rischio di ricorso alle varianti»*.

Nelle disposizioni del comma 14 viene disciplinata la progettazione di servizi e forniture, articolata, di regola, in un unico livello e gestita, di regola, dai dipendenti in servizio delle stesse stazioni appaltanti. Inoltre il progetto relativo ai servizi e forniture deve necessariamente contenere: la relazione tecnico-illustrativa, le indicazioni per la stesura dei documenti inerenti alla sicurezza, il calcolo degli importi per l'acquisizione dei servizi, il prospetto economico degli oneri complessivi, il capitolato speciale descrittivo e prestazionale.

Al comma 16, infine, si introduce la previsione riguardante il costo del lavoro per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, che viene determinato annualmente in apposite tabelle dal Ministero del lavoro, sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale, tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative, delle

norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali.

4. *Le modifiche e le integrazioni all'articolo 23 introdotte dal d. lgs. 19 aprile 2017 n. 56 c.d. correttivo al codice degli appalti.*

Il decreto “*correttivo*” al nuovo Codice degli appalti, d. lgs. 19 aprile 2017 n. 56 (35), ha previsto numerose modifiche, proposte dal Consiglio superiore dei lavori pubblici, per meglio proceduralizzare e semplificare la disciplina relativa alla progettazione.

Già nel parere del 21 marzo 2016 n. 464, l'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato aveva preconizzato il fatto che “il codice “*snello*” dovesse essere completato da atti attuativi (menzionati in circa 50 disposizioni del codice), quali decreti ministeriali e linee-guida dell'Anac (36). Inoltre, il supremo Consesso ricordava come la stessa l. delega n. 11 del 2016 avesse previsto, entro un anno dall'emanazione del codice degli appalti, la possibilità per il Governo, di emanare disposizioni integrative e correttive nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura dettati dalla delega per il codice (art. 1, comma 8, l. delega), al fine di affinare e migliorare le disposizioni del codice sugli appalti, perfezionando alcuni aspetti attuativi. Sicché il Governo ha deciso di avvalersi di tale facoltà ad un anno dall'emanazione del d. lgs. n. 50 del 2016.

Le modifiche proposte sono volte a perfezionare l'impianto normativo senza tuttavia stravolgerlo, mirando a migliorarne l'omogeneità, la chiarezza e l'adeguatezza, in linea con l'obiettivo dello sviluppo del settore dichiarato anche nella l. di delega n. 11 del 2016.

In particolare, quanto alle modifiche e/o integrazioni riguardanti nello specifico le norme di cui all'art. 23, si segnala che al comma 3 viene introdotta la necessità di una previsione ulteriore che si aggiunge ai contenuti prescritti nel

(35) In Gazzetta ufficiale del 5 maggio 2017 n. 103 - Supplemento ordinario n. 22. Il provvedimento è entrato in vigore il 20 maggio 2017. Il decreto è composto da 131 articoli, che dispongono numerose correzioni ai 220 articoli del d. lgs. n. 50 del 2016. Quanto alla funzione del decreto correttivo e alle diverse tipologie di correzioni richieste dal codice dei contratti pubblici, a parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017 n. 782 del 2017, gli interventi correttivi ed integrativi richiesti dal d. lgs. n. 50 del 2016 possono essere classificati in quattro categorie principali: la correzione di numerosi refusi ed errori, che sembrerebbero *prima facie* meramente materiali, spesso imputabili ai tempi ristretti di confezionamento del codice; gli interventi correttivi funzionali ad un migliore coordinamento del nuovo codice con le altre leggi vigenti, coordinamento quasi del tutto mancato in sede di adozione del codice; le correzioni necessarie al fine di rimuovere alcuni errori di recepimento delle direttive e di attuazione della legge delega; infine, le correzioni finalizzate a rimediare a difficoltà insorte nella prima applicazione dei nuovi istituti, come emerso dalle audizioni, dal dibattito dottrinale e dalla prima giurisprudenza. Proprio in relazione a quest'ultimo aspetto, il supremo Consesso amministrativo evidenzia le relevantissime potenzialità e utilità del decreto correttivo. Cfr., tra i primi commenti al correttivo, M.A. SANDULLI, LIPARI, CARDARELLI, a cura di, *Il correttivo al codice dei contratti pubblici: guida alle modifiche*, Milano, 2017. Cfr., inoltre, M.P. CHITI, *Le modifiche al codice dei contratti pubblici: un “correttivo scorretto”?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, p. 453.

(36) Resta inteso, tuttavia, che il divieto di *gold plating* posto dalla legge delega costituirà principio vincolante anche in sede di adozione degli atti attuativi del codice.

decreto ministeriale emanando volto a definire i contenuti della progettazione nei tre livelli progettuali. Viene infatti prescritta la determinazione di un contenuto minimo del c.d. quadro esigenziale che devono predisporre le stazioni appaltanti.

L'espressione "*quadro esigenziale*" — astraendo dalla forzatura del ricorso ad un aggettivo sostanzialmente ignoto al dizionario italiano — non è locuzione del tutto nuova nel nostro ordinamento, ma figura già nel d.p.r. n. 207 del 2010, per quanto non sia stata adeguatamente espressa in quella sede. Si può tentare di definire il quadro esigenziale, secondo le indicazioni del Consiglio di Stato, come un documento di esclusiva competenza dell'amministrazione, finalizzato ad individuare gli obiettivi generali da perseguire e le esigenze qualitative e quantitative da soddisfare (37).

In aggiunta al decreto sui livelli della progettazione regolato in via di principio dalla norma di cui all'art. 23, si prevede ai sensi del comma 3 *bis*, — nella nuova numerazione dell'art. 23 risultante dal testo coordinato con le modifiche del d. lgs. n. 56 del 2017 — l'adozione da parte Ministero delle infrastrutture, su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, di apposite linee-guida per la progettazione semplificata degli interventi di manutenzione ordinaria fino a un importo di 2.500.000 euro.

Al comma 5, viene dunque previsto — integrando la previgente norma — che, ai soli fini delle attività di programmazione triennale dei lavori pubblici e dell'espletamento delle procedure di dibattito pubblico, nonché dei concorsi di progettazione e di idee, il progetto di fattibilità, pur salvaguardando l'obiettivo irrinunciabile della qualità della progettazione, possa essere redatto in due fasi successive di elaborazione, la prima delle quali denominata "*documento di fattibilità delle alternative progettuali*", in cui il progettista individua ed analizza le possibili soluzioni progettuali alternative, laddove esistenti, e redige il documento di fattibilità. Nella seconda fase di elaborazione, invece, il progettista sviluppa tutte le indagini e gli studi necessari a definire gli aspetti di cui al comma 1.

Le nuove disposizioni sulla suddivisione in due distinte fasi del progetto di fattibilità, risultano pertanto sicuramente in linea con la sua funzione strategica ai fini del perseguimento della "*qualità della progettazione*", posto che tale ripartizione potrebbe consentire di pervenire alla scelta migliore sotto il profilo qualitativo, tecnico ed economico e alla individuazione, tra le alternative progettuali, di quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare. Si può infatti ritenere che la reale *mission* del progetto di fattibilità tecnica ed economica debba consistere nel superamento della più grave criticità del sistema degli appalti pubblici, costituita

(37) Parere del Consiglio di Stato 10 gennaio 2017 n. 22, Adunanza della Commissione speciale del 21 dicembre 2016, in www.giustamm.it, maggio 2017 (Parere sullo schema di decreto, su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo recante "*Definizione dei contenuti della progettazione in materia di lavori pubblici nei tre livelli progettuali*").

dalla patologica proliferazione delle varianti in corso d'opera ai progetti approvati, grave problema di ordine economico e sociale (38).

Tuttavia, come rileva il Consiglio di Stato nel parere n. 22 del 2017, sembra che la previsione di un modello bifasico non favorisca la linearità della procedura e, soprattutto, si discosti dalla originaria formulazione della norma di cui all'art. 23, dove si tendeva ad una concentrazione più che ad una moltiplicazione delle fasi, in attuazione dei principi di economicità, efficacia ed efficienza. Dunque, secondo il Consiglio di Stato, il fatto che il primo livello di progettazione possa essere diviso in due fasi rappresenta una complicazione, più che rispondere al principio generale della semplificazione (39). La disposizione, infatti, contrasta con la norma primaria, cioè con le disposizioni del codice degli appalti, in cui è previsto che si possa eliminare un livello di progettazione a condizione che gli adempimenti sorpassati siano svolti nel livello successivo.

Inoltre, la vera preoccupazione dei giudici del supremo Consesso amministrativo pare incentrarsi sulla circostanza per la quale sembra essere conferito un potere assai ampio alla pubblica amministrazione, in relazione alla scelta di articolare il progetto in una o due fasi: ciò, lungi dal realizzare meglio i valori di efficienza, efficacia ed economicità, potrebbe comportare un incremento di discrezionalità in un settore segnato da patologie di rilevanza anche penale. Pertanto, la via per legittimare un siffatto incremento della sfera discrezionale della pubblica amministrazione non può che passare dall'obbligo di analitica motivazione che, secondo il Consiglio di Stato, risulta del tutto indispensabile.

È verosimile che gli stessi rilievi debbano essere riferiti anche alle indagini e agli elaborati richiesti in tutti e tre i livelli di progettazione: a parere del Consiglio di Stato tre livelli di indagini e relativi elaborati sono troppi, pur non volendo trascurare la necessità di assicurare la qualità della progettazione, sembra tuttavia che l'eccesso di adempimenti sostanzialmente ripetitivi nei tre livelli di progettazione possa risolversi in un pregiudizio per la semplificazione. In definitiva, lo schema astratto che mira al conseguimento della qualità della progettazione rischia di compromettere proprio quei principi di economicità, efficacia ed efficienza — e semplificazione — che dovrebbe realizzare (40).

Si pensi, inoltre, al problema delle risorse, considerato il numero di adempimenti richiesti, molte stazioni appaltanti potrebbero mancare delle risorse necessarie per la programmazione delle opere. Infatti, *“desta perplessità la circostanza che il decreto preveda un notevole aggravio di costi soprattutto nella fase ini-*

(38) Può ben condividersi l'affermazione di DE NICTOLIS, *La semplificazione che verrà*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 1107, secondo la quale la qualità della progettazione deve mirare ad evitare in primo luogo il ricorso alle “varianti disinvolte”.

(39) D'altra parte, si può ritenere verosimile che la nuova bipartizione della elaborazione progettuale consenta di agevolare le amministrazioni nella fase di programmazione e di ripartire l'impegno economico in due fasi progettuali, in considerazione del fatto che, così come concepito nel nuovo codice, il progetto di fattibilità costituisce un livello di progettazione molto ampio e complesso, che comporta tra l'altro un notevole dispendio di risorse economiche non sempre disponibili in questa fase. In tutti gli altri casi, tuttavia, si specifica che il progetto di fattibilità deve sempre essere redatto in un'unica fase.

(40) Parere del Consiglio di Stato, 10 gennaio 2017 n. 22, Adunanza della Commissione speciale del 21 dicembre 2016, *cit.*

ziale” (41), ossia in quella fase nella quale le stazioni appaltanti potrebbero versare in un momento di difficoltà, non disponendo nell'immediato delle risorse sufficienti per programmare l'intervento.

Nelle considerazioni del Consiglio di Stato, invece, si pone l'accento sulla necessità che il decreto stabilisca gli elaborati progettuali minimi indispensabili in base alla tipologia delle opere, mentre eventuali integrazioni potrebbero essere richieste secondo valutazioni caso per caso. Il Governo dovrebbe ora recepire le modifiche chieste dal Consiglio di Stato e ciò presumibilmente concorrerà a rallentare ulteriormente il varo definitivo del decreto sui livelli di progettazione.

Infatti il Consiglio di Stato, in definitiva sembra valutare in modo assai critico l'intero impianto dello schema di regolamento — sia i contenuti, sia il proliferare degli elaborati richiesti, sia la maggiore discrezionalità per la p.a. — e pertanto formula un invito agli estensori dello schema di regolamento, da un lato, perché la discrezionalità delle amministrazioni venga regolata più analiticamente e il suo esercizio sia assoggettato all'obbligo di motivazione (42) e, dall'altro, perché venga valutata la possibilità di un alleggerimento complessivo degli oneri progettuali, anche alla luce del principio di proporzionalità.

Di recente, il Consiglio di Stato nella pronuncia del 6 marzo 2017 (43) ha dichiarato, confermando un *trend* volto al ridimensionamento della discrezionalità della p.a. in questo specifico settore, che — al pari di qualsiasi scelta della pubblica amministrazione — *“anche la suddivisione in lotti di un contratto pubblico non va sottratta al sindacato del giudice amministrativo sotto il profilo della ragionevolezza, della proporzionalità e dell'adeguatezza dell'istruttoria, nonostante l'incontestabile ampiezza del margine di valutazione attribuito all'amministrazione”* (44). Nello

(41) Parere del Consiglio di Stato, 10 gennaio 2017 n. 22, *cit.*

(42) Sul punto, il Consiglio di Stato, con la sentenza 5 agosto 2005 n. 4165, in riferimento alla motivazione del provvedimento amministrativo nelle diverse ipotesi di discrezionalità amministrativa pura e tecnica, ha rilevato che: *«la motivazione è vicenda che trova applicazione in ogni caso in cui l'Amministrazione deve decidere in base a discrezionalità amministrativa, per dare conto di come ha deciso di ottimizzare l'interesse pubblico sottostante a tale scelta, mentre non vi è alcun bisogno di motivazione allorquando l'Amministrazione esprime un giudizio di valore e si versa, pertanto, nell'ambito della cosiddetta «discrezionalità tecnica», non essendovi in tal caso da spiegare il perché di una scelta rispetto ad un'altra, ma soltanto da attribuire un giudizio, frutto di valutazioni discendenti da scienze o tecniche».*

(43) Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2017 n. 1038, che si è pronunciato su un ricorso in appello, in merito alla violazione della discrezionalità riservata alla stazione appaltante, proposto dalla Consip.

(44) In base all'orientamento prevalente nella giurisprudenza del Consiglio di Stato (*ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 2004 n. 6972; Id., sez. V, 31 dicembre 2003 n. 9305) il potere discrezionale della stazione appaltante nel definire requisiti di gara ed elementi di valutazione delle offerte incontra dei limiti intrinseci desunti dalla natura del contratto e dal suo valore e dei limiti estrinseci derivanti dai principi di proporzionalità, ragionevolezza, di non discriminazione e di tutela della concorrenza. Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4040 del 31 agosto 2015, ha riconosciuto ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti anche per i contratti d'appalto caratterizzati da rilevanti profili di complessità, ed in particolare anche appalti di opere pubbliche, laddove la progettazione svolta dalla stazione appaltante sia giunta ad un grado di dettaglio tale da non richiedere, secondo valutazioni di carattere discrezionale di quest'ultima, l'acquisizione di soluzioni tecniche migliorative (cfr., da ultimo: Id., Sez. III, 8 luglio 2014 n. 3484; Id., Sez. V, 18 giugno 2015 n. 3121). Sulla discrezionalità si vedano in dottrina almeno MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Nov. Dig. Ital.*, vol. V, Torino, 1960, p. 1098;

stesso senso, dopo pochi mesi la stessa sezione, con la sentenza n. 3110 del 26 giugno 2017, ha dichiarato illegittimo un super appalto indetto da Consip, senza alcuna previsione di suddivisione in lotti, in quanto lesivo della concorrenza, a causa dell'assoluta abnormità — immotivatamente e irragionevolmente — della mancata suddivisione in lotti della gara (45), in danno dei principi di concorrenza e *favor participationis*, buon andamento, ragionevolezza e proporzionalità. Ciò che rileva, ai fini che riguardano più strettamente l'argomento di questo studio, è l'aver rimarcato che, — pur avendo l'amministrazione la facoltà di identificare le proprie esigenze da soddisfare ricorrendo all'appalto, vale a dire al mercato, e di corrispondentemente definirne oggetto, durata e modalità, esprimendo un apprezzamento discrezionale — si tratta tuttavia di “*discrezionalità che va esercitata, al solito, in modo congruo e proporzionato, anzitutto rispetto alle regole concorrenziali immanenti al mercato in cui si sostanzia la singola gara*”, inoltre “*la dominanza dell'opposta convenienza economica va quanto meno concretamente dimostrata*”, palesandosi ancora una volta la motivazione istituito assolutamente centrale (anche) nell'ambito del *public procurement* e alla stregua di unica possibile fonte legittimante l'operato della pubblica amministrazione.

In realtà, le direttive europee del 2014 e il conseguente obbligo di recepimento nel nostro ordinamento, hanno comportato un notevole sforzo adattativo, posto che esse mirano ad attribuire alle amministrazioni aggiudicatrici un'ampia autonomia nelle scelte finalizzate all'affidamento degli appalti pubblici e concessioni, — che però sono vincolate al rispetto dei principi generali cogenti — mentre nel diritto interno si è sempre adottato un approccio diametralmente opposto, volto ad azzerare margini di discrezionalità dell'amministrazione, in favore di una legislazione di dettaglio e puntuale, scelta dettata dalla peculiarità della situazione italiana e dalla necessità di prevenire infiltrazioni criminali e corruzione. Il recente orientamento del Consiglio di Stato rimarca tuttavia la necessità di un ripensamento e di un ritorno alla scelta di riconsiderare — nello specifico e problematico settore degli appalti pubblici — le “*maglie strette*” della legislazione (46).

Sembra di conseguenza che l'attenzione nella concreta formulazione del decreto emanando debba incentrarsi proprio sulla nuova delimitazione degli ambiti della discrezionalità amministrativa, raccogliendo le preziose indicazioni del supremo Consesso amministrativo.

A conclusione del suo ragionamento, la Commissione speciale quindi “*ritiene di dover disporre istruttoria, affinché il Ministero valuti, previa acquisizione dei pareri della Conferenza Unificata e di ITACA (Istituto per l'Innovazione e Trasparenza degli Appalti e la Compatibilità Ambientale), l'adeguamento del decreto*”.

PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65; per un contributo più recente sulla discrezionalità cfr. DE PRETIS, MARCHETTI, *La discrezionalità della pubblica amministrazione*, in DELLA CANANEA, DUGATO, (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 341.

(45) Infatti, è stata accorpata in un'unica gara (c.d. lotto unico o ‘macrolotto, di ben 23 milioni di euro) una tipologia di servizi dalle consistenti dimensioni economiche, che dovevano indurre al frazionamento in più lotti per non restringere irrazionalmente la partecipazione alla gare degli operatori del settore.

(46) V. sul punto MANTINI, *Il dilemma di Sunstein e il nuovo diritto europeo degli appalti*, in www.giustamm.it.

Tornando alle norme del correttivo all'art. 23, nelle disposizioni integrative del comma 5-*bis* si prescrive che per le opere proposte in variante urbanistica ai sensi dell'articolo 19 del d.p.r. 8 giugno 2001 n. 327, il progetto di fattibilità tecnica ed economica sostituisce il progetto preliminare di cui al comma 2 del citato articolo 19 ed è redatto ai sensi del comma 5.

Al comma 6 dell'articolo in commento, infine, si aggiunge l'integrazione di alcune caratteristiche del progetto di fattibilità, che viene oltremodo dettagliato, in relazione al necessario svolgimento di indagini "geologiche, idrogeologiche, idrologiche, idrauliche, geotecniche, sismiche, storiche, paesaggistiche ed urbanistiche" (47), rispondendo all'esigenza di affrontare alcuni dei nodi critici del processo di progettazione — e tra questi *in primis* le indagini appena menzionate — emersa nella pluriennale esperienza del Consiglio Superiore dei lavori pubblici nell'esame di progetti di opere pubbliche (48).

Infatti, lo schema di decreto ministeriale dovrà tener ben presente la necessità di una progettazione più attenta all'esigenza prioritaria di una maggior sicurezza, in virtù della particolare situazione di dissesto idrogeologico e di vulnerabilità sismica della gran parte del territorio italiano.

Nel progetto di fattibilità, occorre altresì valorizzare la componente ambientale, ricomprendendo «*le valutazioni ovvero le eventuali diagnosi energetiche dell'opera in progetto, con riferimento al contenimento dei consumi energetici e alle eventuali misure per la produzione e il recupero di energia anche con riferimento all'impatto sul piano economico-finanziario dell'opera*».

L'attenzione pertanto dovrà concentrarsi non soltanto sulle condizioni del patrimonio edilizio esistente, da conseguire attraverso un'adeguata diagnostica, ma anche sul contesto territoriale ed ambientale nel quale l'opera si inserisce, da acquisire, per tal via, sin dal livello del progetto di fattibilità. Gli esiti delle indagini dovranno poi costituire la base dei successivi livelli di progettazione.

Nell'ultimo comma, infine, si precisa — integrando il testo previgente — che «*per i contratti relativi a lavori il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato sulla base dei prezziari regionali aggiornati annualmente*». Si sottolinea che nel passato la normativa — art. 133, comma 8 d. lgs. n. 163 del 2006 — faceva riferimento ai prezziari delle stazioni appaltanti, per le quali i prezziari regionali costituivano un criterio di orientamento privo di portata vincolante. Nel nuovo quadro normativo, che ora fa riferimento ai soli prezziari regionali, il Consiglio di Stato (49) rimarca la necessità di coordinare il carattere vincolante dei prezziari regionali menzionati nell'art. 23, comma 16, con "*i costi standard dei lavori*" che vengono fissati a livello nazionale dall'Anac, ai sensi dell'art. 213, lett. *h-bis*), inserito dal correttivo. Tuttavia, trattandosi di una

(47) La giurisprudenza, invece, ha generalmente affermato l'esistenza di un obbligo meramente eventuale in relazione allo studio geologico cfr. per questo orientamento Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2016 n. 4553, e T.A.R. Bari, sez. I, 18 novembre 2016 n. 1319, in questa *Rivista*, 2016, 6, 1107. Per un opposto filone, che ritiene indispensabile lo studio geologico, anche a prescindere da uno specifico obbligo di legge, cfr. almeno Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2016 n. 1595 e Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2016 n. 1492.

(48) Cfr. per queste considerazioni il succitato Parere del Consiglio di Stato n. 22 del 2017.

(49) Adunanza speciale del Consiglio di Stato, 22 marzo 2017 n. 782.

valutazione di natura non esclusivamente giuridica, volta a regolare il rapporto tra competenze dell'Anac e delle Regioni, l'alta sede consultiva la rimette all'attenzione del Governo.

Viene previsto, inoltre, un potere sostitutivo ministeriale al fine di conferire maggior efficacia alla disposizione: in caso di eventuale inadempienza da parte delle Regioni, i prezziari saranno aggiornati, entro i successivi trenta giorni, dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sentite le Regioni interessate.

5. *Rilievi finali.*

L'ultima modifica delle norme sui lavori pubblici appare più macchinosa, come è evidente, e più “*onerosa*” nel momento della sua attuazione. Tuttavia non può trascurarsi che l'esigenza di vere e proprie indagini preve sulla “*tenuta*” del territorio, sedime dell'opera, idoneo intorno, interferenze ed impatti con la costruzione *in fieri*, rappresenta ormai la prima concreta attuazione del principio — di riedizione europea nel codice dell'ambiente — di precauzione (50), che prevede una tutela ben più intensa ed anticipata rispetto al principio di prevenzione (51), dal quale si discosta (52) per il fatto che il ricorso al principio di precauzione riguarda rischi potenziali, che non possono essere interamente dimostrati. Parte della dottrina ha configurato il principio in parola alla stregua di un nuovo modo di percepire, in senso “*qualitativamente*” diverso i rischi derivanti dal progresso scientifico e tecnologico (53); del resto, il principio propone un modello

(50) Cfr. sul tema almeno i contributi di F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005, e ID., *Tra precauzione e ragionevolezza*, in *Federalismi.it*, 2006; E. SESSA, *Profili evolutivi del principio di precauzione alla luce della prassi giudiziaria della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, p. 635; L. BUTTI, *Principio di precauzione, Codice dell'ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie e della Corte Costituzionale*, ivi, 2006, p. 809; F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e qualità dell'azione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 1673; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006; ID., *Prime considerazioni sul governo del territorio e principio di precauzione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, p. 951; M. ALLENA, *Principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in *Dir. econ.*, 2016, p. 411; M. RENNA, *Le misure amministrative di enforcement del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente*, in *Jus*, 2016, p. 61.

(51) L'art. 3-ter del d. lgs. n. 152 del 2006, rubricato “*Principio dell'azione ambientale*” infatti accoglie il principio di precauzione nella prima parte del codice e recita: «*1. La tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio «chi inquina paga» che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale*». Per una valida guida all'interpretazione del principio di precauzione cfr. la Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione, 2 febbraio 2000, Com (2000).

(52) Anche se per parte della dottrina non vi sarebbero sostanziali differenze tra i due principi, cfr. per questa impostazione ad es. KRAMER, *Principi comunitari per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2002.

(53) V. DE SADELEER, *Gli effetti del tempo, la posta in gioco e il diritto ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 2001, p. 598.

nuovo di approccio all'incertezza dovuto ai limiti di conoscenza e incapacità di previsione, che tuttavia permettono di gestire un processo indipendentemente dalla natura e dalla gravità delle conseguenze (54). Si palesa pertanto — con i suoi corollari della protezione del danno alla fonte e della responsabilità dell'inquinatore — come principio con una “*portata amplissima...suscettibile delle gradazioni più varie*” (55) e si pone pertanto in una stretta relazione con il rischio ambientale.

Nell'ordinamento tedesco (56), ad esempio, il principio non copre la mera esigenza di salvaguardia del rischio, ma anche quella di risparmio delle risorse e considerazione dei bisogni delle generazioni future: sicché, proprio il nuovo rilievo dato nelle norme di cui all'art. 23 in commento agli obiettivi sociali — i bisogni della collettività, il diritto alla salute e alla sicurezza sul lavoro — sembrano attagliarsi assai bene a questa ampia concezione di precauzione come tutela dai rischi ambientali *in primis*, ma non solo.

Sarebbe infatti ormai improcastinabile, in questa prospettiva e in attuazione del diritto europeo, che anche nella attività di progettazione, nel momento in cui si assumono decisioni che si caratterizzano per la mancanza di un quadro completo di tutte le conoscenze scientifiche, si adottassero strategie riconducibili al principio di precauzione, che ha mostrato una notevole *vis expansiva*, passando in pochi anni da principio marcatamente dedicato al campo della tutela ambientale a principio informatore di tutta l'attività amministrativa. La precauzione costituisce ormai, anche in base alle pronunce della Corte di giustizia Ue (57), un principio di ordine

(54) Cfr. Corte di giustizia, 7 settembre 2004, in C-127/02, che, in relazione all'impatto sull'ambiente e sulla fauna di taluni piani o progetti, adotta un'interpretazione molto rigida del principio, affermando che il rischio esiste se non si possono escludere — sulla base di oggettive informazioni — impatti significativi sull'ambiente derivanti dall'attuazione del piano o del progetto.

(55) Così G. CORSO, *La valutazione del rischio ambientale*, in G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, cit., spec. p. 173. L'A. tuttavia esprime il timore per il quale, seguendo un'applicazione troppo generalizzata del principio, il principio possa alla fine divenire una fonte inesauribile di poteri impliciti. Ed infatti, si precisa che “*il principio di precauzione è pur sempre subordinato al principio di legalità*”.

(56) Cfr. la dettagliata ricostruzione del principio fatta da AL. ANGIULI, *Commento all'art. 301*, in COSTATO, PELLIZER, *Commentario breve al codice dell'ambiente*, Padova, 2012, p. 1077. Per una interessante comparazione della precauzione nell'ordinamento tedesco, cfr. P. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 355. L'A. si sofferma, in particolare, nell'analisi dei concetti di rischio, come conseguenza di atto decisionale, e di pericolo, proveniente da fattori esterni, dalla natura, ma anche da decisioni prese da altri. Sul rischio v. almeno i contributi di N. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, Berlin, 1991, trad. it., *Sociologia del rischio*, Milano, 1996 e J. B. AUBY, *Le droit administratif dans la société du risque*, in *Conseil d'Etat, Rapport Public*, 2005, p. 351.

(57) Cfr., *ex multis*, sul punto le sentenze 14 aprile 2005, in causa C-6/03; 5 dicembre 2000 in causa C-477/98, e Tribunale di primo grado Ce 26 novembre 2002. Quanto alla giurisprudenza italiana cfr. almeno le recenti pronunce del Cons. Stato, sez. III, 21 aprile 2017 n. 1662, in tema di vaccinazioni obbligatorie e principio di precauzione; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 3 marzo 2017 n. 82, sul principio di precauzione e sicurezza nell'area aeroportuale; Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 2017 n. 1392, in materia di tutela della salute e precauzione; T.A.R. Piemonte, sez. II, 30 gennaio 2017 n. 155, dove si afferma che anche la materia relativa alla licenza di porto di armi “*è governata dal doveroso principio di precauzione*”, ed infine Cons. Stato, 27 dicembre 2013 n. 6250, in *Urb. app.*, 2014, p. 551, con nota di MONACO, *Dal Consiglio di Stato quasi un “decalogo” sull'applicazione del principio di precauzione*.

generale che legittima l'adozione di provvedimenti normativi o amministrativi che perseguono un alto livello di tutela anche al di fuori del settore specificatamente ambientale. Anzi, una recente dottrina (58) si spinge ad affermare che il principio dovrebbe vincolare non soltanto la pubblica amministrazione, ma anche l'attività dei soggetti privati.

Sicché, la vicenda che ha visto la progressiva affermazione del principio di precauzione come principio generale rappresenta il tipico andamento dei fenomeni connessi alla tutela dell'ambiente, dove previsioni e principi inaugurati in campo strettamente ambientale finiscono alla fine per divenire principi di portata generale (59).

Per garantire la realizzazione di opere che assicurino il rispetto di un alto livello di protezione ambientale è infatti necessario un processo decisionale basato su informazioni particolareggiate e obiettive di carattere scientifico.

Il suo rispetto potrebbe giustificare la (almeno parziale) rinuncia alle desiderate semplificazioni, in quanto l'analisi preventiva, che dalle norme esaminate emerge con evidenza, deve rispondere a principi pratici di civiltà del costruire e migliorare la sicurezza e la fruibilità generale del territorio, fruibilità che né appartiene allo Stato, né è soggetta, di fronte alle esigenze descritte, a significative limitazioni, eventualmente occasionali, della difesa della proprietà privata che racchiuda in sé un pericolo di subsidenza, di invasione delle acque meteoriche o addirittura torrentizie, fluviali o marittime, una fragilità eccessiva in caso di movimento tellurico, anche modesto (60). La sicurezza, ormai di tutto il territorio nazionale, precede per logica non superabile ogni altro valore e condiziona fino in fondo la normazione sulla nuova costruzione di opere pubbliche.

GIOVANNA MASTRODONATO

(58) Il riferimento è a M. ALLENA, *Principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, cit.

(59) Cfr. Tribunale di primo grado, 26 novembre 2002, T-74/00, ove si afferma che sebbene il principio di precauzione sia menzionato solo in riferimento alla politica ambientale, esso ha sicuramente uno scopo più ampio, volto ad assicurare un alto livello di protezione della salute umana, la sicurezza dei consumatori e dell'ambiente, in tutte le sfere di attività dell'Unione. Così anche F. FRACCHIA, *Environmental Law. Principles, Definitions and Protection Models*, Napoli, 2015, spec. p. 82. Nello stesso senso cfr. le considerazioni di R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella "società del rischio"*, in *Dir. e soc.*, 2006, p. 525.

(60) "L'Italia, con oltre 600.000 frane delle 900.000 censite in Europa, è il paese maggiormente interessato da fenomeni franosi. Le aree a pericolosità idraulica elevata sono pari a 12.218 km² (4% del territorio nazionale), le aree a pericolosità media ammontano a 24.411 km² (8,1%), quelle a pericolosità bassa a 32.150 km² (10,6%). Le Regioni, con i valori più elevati di superficie a pericolosità idraulica media, sono Emilia Romagna, Toscana, Lombardia, Piemonte e Veneto. Relativamente, infine, al consumo di suolo il nostro Paese ha un livello di consumo di suolo tra i più alti in Europa, nonostante le peculiarità del territorio italiano, dovute alle caratteristiche orografiche e ambientali, che dovrebbero (o avrebbero dovuto) evitare l'espansione urbana in zone a elevata fragilità ambientale e territoriale. In termini assoluti, si stima che il consumo di suolo abbia intaccato, nel 2014, circa 21.000 km² del nostro territorio, pari al 7% della superficie nazionale" (fonte: *Relazione sullo stato dell'ambiente 2016*, in www.minambiente.it).

Segue un breve *abstract* in lingua inglese predisposto dall'Autore.

The legislator of 2016 seems to reserve particular attention to the centrality and quality of the design, which must meet — primarily — the needs of the community. So, in the design rules, there is a great importance, according to the European directives, for the social goals that must be achieved also in the public procurement sector as well. In the provision of the new code, the three traditional levels of design are confirmed, although the preliminary draft has been replaced by the most detailed technical and economic feasibility project that, in the 2017 correction code, is divided into two distinct phases in order to ensure the pursuit of the design quality. It also seems to be urgent to apply the precautionary principle, even when designing, if decisions lacking complete scientific knowledge are taken. That principle has in fact shown a remarkable “vis expansiva”, expanding in few years from being a principle strongly dedicated to the field of environmental protection to a general principle of all administrative activity.