



COMUNE DI NAPOLI

*Area Segreteria Generale
Servizio Supporto Giuridico agli
Organi, Assistenza alla Giunta
e Affari istituzionali*

PG/856522 del 24.10.2023

Ai Responsabili di Area
anche per l'inoltro ai Dirigenti dei Servizi

Ai Direttori di Municipalità

Alle Unità Organizzative Autonome

e p.c. Al Sindaco

Al Vicesindaco

Agli Assessori

Al Direttore Generale

Oggetto: Progettazione di lavori pubblici e varianti in corso d'opera.
Assetto delle competenze.

All'indomani dell'acquisizione di efficacia del nuovo Codice dei contratti pubblici, appare utile condurre una riflessione sull'assetto delle competenze nella fase di approvazione dei progetti di lavori pubblici; a tanto si provvede nell'esercizio delle *“funzioni di analisi dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale e relativa informazione agli Organi e agli uffici, anche attraverso l'emanazione di circolari esplicative o di indirizzi applicativi”* attribuite al Servizio Supporto giuridico agli Organi, Assistenza alla Giunta e Affari istituzionali con disposizione del Direttore Generale n. 47/2023.

Nell'intento di dipanare le perplessità operative che non raramente si registrano nella predisposizione degli atti di approvazione dei progetti di lavori (che in alcuni casi gli uffici ritengono di dover sottoporre all'approvazione della Giunta anche nelle ipotesi di competenza dirigenziale), si analizzano di seguito le innovazioni normative in materia di progettazione, focalizzando l'attenzione sulle disposizioni che consentono di delineare il

riparto di competenze.

La progettazione dei lavori pubblici è disciplinata dall'art. 41, il quale, a sua volta, rinvia agli allegati I.7 e I.8 per gli aspetti di carattere prettamente tecnico e operativo; ai fini della presente circolare assume interesse, comunque, il solo allegato I.7, nel quale sono definiti i contenuti dei livelli di progettazione e viene stabilito il contenuto minimo della documentazione ad essa propedeutica: il quadro esigenziale, il documento di fattibilità delle alternative progettuali ed il documento di indirizzo alla progettazione.

Ai sensi dell'art. 41, comma 2, l'allegato I.7 sarà *“abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice”*; ad oggi, comunque, non risulta essere stato ancora emanato un regolamento attuativo in materia di progettazione.

La progettazione deve essere sviluppata in coerenza con la documentazione ad essa propedeutica, che si sviluppa nelle fasi consecutive di seguito descritte:

1. redazione del **quadro esigenziale** (art. 1 dell'Allegato I.7): come evidenziato nel Quaderno dedicato dall'ANCI al nuovo Codice dei contratti, *“per il quadro delle necessità o quadro esigenziale, sia l'art. 41 del codice che l'Allegato I.7 non prevedono alcuna approvazione, essendo redatto direttamente dal soggetto che rappresenta le esigenze e i fabbisogni e indica gli obiettivi da perseguire. Trattasi in sostanza di un atto amministrativo di natura ricognitiva e privo di carattere provvedimentale.”*;
2. redazione ed approvazione, nei casi in cui è richiesto, del documento di fattibilità delle alternative progettuali – DOCFAP (art. 2 dell'Allegato I.7): il DOCFAP *“individua e analizza le possibili soluzioni progettuali”*, fra le quali le ipotesi di *“realizzazione di una nuova costruzione”* o di *“recupero di un edificio esistente”* o di *“riutilizzo di aree dismesse o urbanizzate o degradate”* o, persino, di *“non realizzazione dell'intervento”*.

Sulla base di apposita relazione illustrativa, il DOCFAP opera una comparazione tra le varie alternative prese in considerazione ed individua la soluzione che presenta *“il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività e per l'ambiente, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e alle prestazioni da fornire”*. L'approvazione di tale documento esprime una scelta fondata sulla ponderazione dei diversi interessi coinvolti; essa costituisce, pertanto, esercizio di discrezionalità di natura politico-amministrativa ed è, quindi, rimessa alla **Giunta comunale**.

Per completezza di informazione, si ricorda che, ai sensi dell'art. 2 dell'allegato I.7,

la redazione del DOCFAP è obbligatoria per gli interventi il cui importo per lavori sia pari o superiore alla soglia di rilievo comunitario ed è facoltativa per gli interventi di importo superiore a € 150.000 e inferiore alla soglia.

3. redazione ed approvazione, in coerenza con il quadro esigenziale e con la soluzione individuata nel DOCFAP, del Documento di indirizzo alla progettazione – DIP *“prima dell'affidamento del progetto di fattibilità tecnica ed economica, sia in caso di progettazione interna, che di progettazione esterna alla stazione appaltante”* (art. 3 dell'allegato I.7): si tratta di un documento redatto dal RUP ai sensi dell'art. 41, comma 3; lo stesso, ha un contenuto tecnico che, tuttavia, esprime scelte che non possono essere demandate alla dirigenza, quali, ad esempio, l'indicazione degli *“obiettivi da perseguire attraverso la realizzazione dell'intervento, le funzioni che dovranno essere svolte, i fabbisogni e le esigenze da soddisfare e, ove pertinenti, i livelli di servizio da conseguire”*. La sua approvazione è, quindi, rimessa alla **Giunta comunale**.

Ai sensi dell'art. 37 del Codice, i lavori di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza europea *“sono inseriti nell'elenco triennale dopo l'approvazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali e nell'elenco annuale dopo l'approvazione del documento di indirizzo della progettazione. I lavori di manutenzione ordinaria superiori alla soglia indicata nel secondo periodo sono inseriti nell'elenco triennale anche in assenza del documento di fattibilità delle alternative progettuali”*.

A valle della redazione ed approvazione della documentazione propedeutica sopra citata, la stazione appaltante provvede alla progettazione dei lavori nelle due fasi consecutive riportate di seguito, i cui contenuti, come si è detto, sono definiti nell'ambito dell'allegato I.7.

Come è noto, il D. Lgs. 36/2023 ha ridotto a due i livelli di progettazione, eliminando il livello intermedio della progettazione definitiva; prevede, infatti, l'art. 41, comma 1, del Codice che *“1. La progettazione in materia di lavori pubblici, si articola in due livelli di successivi approfondimenti tecnici: il progetto di fattibilità tecnico-economica e il progetto esecutivo”*. Per gli interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria, tuttavia, *“può essere omesso il primo livello di progettazione a condizione che il progetto esecutivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omesso.”* (comma 5).

Progetto di fattibilità tecnico-economica - PFTE

(artt. 6-21 dell'allegato I.7)

Il progetto di fattibilità tecnico-economica *“costituisce lo sviluppo progettuale della soluzione che, tra le alternative possibili messe a confronto nel DOCFAP, ove redatto, presenta il miglior rapporto tra costi complessivi da sostenere e benefici attesi per la collettività”*.

Dal confronto fra gli elaborati costituenti il progetto di fattibilità tecnico-economica e quelli che costituivano il progetto definitivo nel previgente regime normativo emerge che, sostanzialmente, i contenuti della progettazione definitiva sono confluiti nella prima fase della progettazione, la quale ora ricomprende, infatti, anche documenti antecedentemente facenti parte della progettazione definitiva (il computo estimativo, lo studio di impatto ambientale, i rilievi plano-altimetrici, il piano particellare delle aree espropriande o da acquisire). Anche l'ANCI, nel citato Quaderno dedicato al nuovo Codice dei Contratti, evidenzia come tale livello progettuale sia divenuto *“molto più complesso dell'analogo progetto previsto dal D.Lgs. 50/2016. Il fatto che tale primo livello di progettazione debba contenere tutti gli elementi necessari per il rilascio delle autorizzazioni e approvazioni prescritte, fa sì che lo stesso abbia quasi tutti i contenuti tecnici, relazionali e grafici del vecchio progetto definitivo, che formalmente è scomparso, ma sostanzialmente rivive nel progetto di fattibilità tecnico-economica.”*

L'approvazione di questa fase della progettazione esprime scelte discrezionali di natura politico-amministrativa, pertanto, la sua approvazione è rimessa alla **Giunta comunale**, fatto salvo il caso in cui l'approvazione del progetto comporti una variante allo strumento urbanistico. In tale ipotesi l'approvazione è, invece, rimessa al **Consiglio comunale**; in proposito l'art. 41, comma 7, del Codice precisa che *“Per le opere proposte in variante urbanistica di cui all'articolo 19 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, il progetto di fattibilità tecnico-economica sostituisce il progetto preliminare e quello definitivo”*.

Progetto esecutivo

(artt. 22-33 dell'allegato I.7)

La progettazione esecutiva è finalizzata a dare esecuzione ai contenuti della progettazione di livello precedente sviluppando, ai sensi dell'art. 41, comma 8, lett. a), *“un livello di definizione degli elementi tale da individuarne compiutamente la funzione, i*

requisiti, la qualità e il prezzo di elenco". Essa interviene dopo la conclusione della ponderazione degli interessi pubblici svolta dalla Giunta nella fase precedente, pertanto, la sua approvazione è rimessa alla **dirigenza**, che vi provvede nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica.

Tale assunto si fonda, ovviamente, sul presupposto che il precedente livello progettuale contenga in maniera esaustiva tutti gli elementi e le indicazioni necessarie per la progettazione di livello successivo e che quest'ultima sia ad essa conforme.

In tali sensi si è orientata la dottrina e, soprattutto, la giurisprudenza amministrativa, la quale, seppur riferita al previgente regime normativo, può ritenersi tuttora valida sia perché il Codice non ha innovato in maniera significativa la progettazione esecutiva sia perché l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi è fondato sul rispetto del principio, immanente nell'ordinamento, della separazione fra le funzioni di indirizzo politico-amministrativo attribuite agli Organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa affidate alla dirigenza. *Ex multis*, la sentenza TAR Campania sez. III – n. 3208/2011, secondo cui *“mentre per quanto riguarda il progetto preliminare e definitivo il coinvolgimento di aspetti di valutazione discrezionale ne impone l'approvazione con atti deliberativi da parte degli organi politici [...] la specificità degli aspetti tecnici connessi al progetto esecutivo (che [...] definisce compiutamente ed in ogni particolare architettonico, strutturale ed impiantistico l'intervento da realizzare), induce a ritenere che, ove non vengano in considerazione aspetti discrezionali di opportunità politica bensì mere valutazioni di tipo tecnico, la sua approvazione non possa che provenire da parte di un atto gestionale, di competenza dirigenziale”*.

Varianti

Nel corso dell'esecuzione di un contratto di lavori può rendersi necessario apportare varianti e modifiche contrattuali.

Va considerato, innanzitutto, che potrà ancora verificarsi la possibilità di apportare varianti a lavori affidati ai sensi dei previgenti Codici dei contratti pubblici (D. Lgs. 163/2006 o del D. Lg. 50/2016). In tali casi continuerà ad applicarsi la disciplina delle varianti rispettivamente dettata dall'art. 132 del D. Lgs. 163/2006 e dall'art. 106 del D. Lgs. 50/2016 nonché - sia per i lavori soggetti assoggettati al D. Lgs. 163/2006 sia per quelli assoggettati al D. Lgs. 50/2016 - dall'art. 161 del D.P.R. 207/2010, secondo il quale:

- le perizie di variante che comportano la necessità di un'ulteriore spesa rispetto a quella prevista nel quadro economico del progetto approvato sono approvate dalla **Giunta** (art. 161, comma 9, primo periodo, del D.P.R. 207/2010);

- negli altri casi, le perizie di variante sono approvate dal **responsabile del procedimento**, sempre che non alterino la sostanza del progetto (art. 161, comma 9, secondo periodo, del D.P.R. 207/2010); si ricorda, in proposito, che ai sensi dell'art. 6 della L. 241/1990 il responsabile del procedimento “*adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente (n.d.r. al dirigente) per l'adozione*”.

Le variazioni di cui all'articolo 132, comma 3, secondo periodo, del D. Lgs. 163/2006 (varianti, in aumento o in diminuzione, finalizzate al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità, sempreché non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto), che prevedano un aumento della spesa non superiore al 5% dell'importo originario del contratto ed alla cui copertura si provveda attraverso l'accantonamento per imprevisti o mediante utilizzazione, ove consentito, delle eventuali economie da ribassi conseguiti in sede di gara sono approvate dal **responsabile del procedimento**, previo accertamento della loro non prevedibilità (art. 161, comma 10, del D.P.R. 207/2010).

Il nuovo Codice dei contratti innova profondamente lo *jus variandi* nei contratti pubblici, disciplinandone le ipotesi all'art. 120 del D. Lgs. 36/2023 ed all'art. 5 dell'allegato II.14.

Ai fini di cui alla presente circolare, meritano una particolare riflessione il comma 13, primo periodo, dell'art. 120 del D. Lgs. 36/2023 (secondo cui “*Fatto salvo quanto previsto dal comma 8 per il caso di rinegoziazione, le modifiche e le varianti devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante*”) ed il comma 1, lettera l), dell'art. 8 dell'allegato I.2, in cui si dispone che il RUP “*autorizza le modifiche dei contratti di appalto in corso di esecuzione anche su proposta del direttore dei lavori*”.

Premesso che, ai sensi del primo periodo del citato comma 13, l'Amministrazione è chiamata a dotarsi di una propria disciplina interna per le autorizzazioni delle modifiche contrattuali, è da ritenersi che il termine *autorizzare* non sia, comunque, sinonimo di *approvare* atteso che, nelle norme sotto riportate, il legislatore ha affidato al RUP un ruolo propositivo proprio ai fini dell'approvazione delle seguenti ipotesi di variante:

- le modifiche progettuali consentite ai sensi del comma 7 (le quali, nel rispetto della funzionalità, assicurino risparmi da utilizzare in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi delle lavorazioni o con le quali si realizzino soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione

dell'opera) sono *approvate* dalla **stazione appaltante** su proposta del RUP, secondo quanto previsto dall'allegato II.14 (art. 120, comma 13);

- in tutti i casi in cui siano necessarie modifiche del progetto, anche ai sensi dell'articolo 120, comma 7, del codice, il direttore dei lavori, acquisito il parere del progettista, redige una relazione motivata contenente i presupposti per la modifica, sulla cui fondatezza si esprime il RUP per sottoporla all'*approvazione* della **stazione appaltante** (art. 5, comma 3, dell'allegato II.14);

Possono, infine, essere disposte dal Direttore dei lavori, previa comunicazione al RUP, le modifiche di dettaglio non comportanti aumento o diminuzione dell'importo contrattuale (art. 5, comma 9, dell'allegato II.14).

Occorre, quindi, interrogarsi sulla nozione di *stazione appaltante* contenuta nei sopra citati art. 120, comma 13, del Codice ed art. 5, comma 3, dell'allegato II.14, atteso che, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lettera a) dell'allegato I.1, la stazione appaltante viene semplicemente definita come "*qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice*"; ai sensi di tale definizione, la stazione appaltante può coincidere, a seconda dei casi, con la Giunta o con la dirigenza. Attesa l'assenza di chiarimenti nella relazione illustrativa al Codice, nelle more del formarsi di orientamenti dottrinali e giurisprudenziali può ritenersi che **il soggetto deputato all'approvazione della variante sia lo stesso che, in sede di approvazione del progetto, ha approvato l'elemento oggetto di variazione**. Pertanto, qualora, ad esempio, la variante comporti una spesa ulteriore rispetto a quella prevista nel quadro economico, l'approvazione rientra nella competenza della Giunta comunale in quanto il quadro economico è uno degli elaborati costituenti già il progetto di fattibilità tecnico-economica; se, invece, la variante incide su aspetti contemplati nella sola progettazione esecutiva, si può ritenere che la competenza risieda nella dirigenza, alla quale, infatti, è demandata l'approvazione di tale livello di progettazione.

Il dirigente
Maria Aprea

La sottoscrizione, in formato digitale, è stata apposta sul presente atto ai sensi dell'art. 24 del D. Lgs. 7/03/2005, n. 82 e s.m.i. (CAD).