



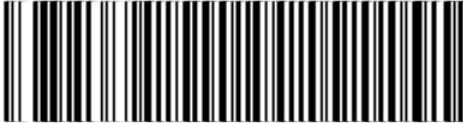
CONSIGLIO NAZIONALE
DEGLI **INGEGNERI**



presso il
Ministero della Giustizia

Circ. CNI n. 892/XIX Sess./2022

CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI
16/05/2022 U-nd/4695/2022



Ai Presidenti dei Consigli degli Ordini
territoriali degli Ingegneri

Ai Presidenti delle Federazioni/Consulte
degli Ordini degli Ingegneri

LORO SEDI

Oggetto: **Legge 23 dicembre 2021, n. 238, recante “Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2019-2020” – Art. 10, “Disposizioni in materia di contratti pubblici. Procedura di infrazione n. 2018/2273” – Nota del Centro Studi CNI**

Caro Presidente,

come certamente saprai, lo scorso 12 gennaio 2022 è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale la Legge 23 dicembre 2021, n. 238, recante “Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2019-2020”.

Segnatamente, l'art. 10 della legge richiamata ha novellato il Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 16 aprile 2016, n. 50) in alcuni punti, quali segnatamente:

- 1) riscrittura della disciplina della causa di esclusione per omesso pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali di cui all'art 80, comma 4 del citato Codice;
- 2) ampliamento della derogabilità del divieto di subappalto delle attività di progettazione previsto dall'art. 31, comma 8 del Codice;
- 3) ampliamento della platea dei soggetti che possono partecipare alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura di cui all'art. 46 del Codice alla luce del principio di non discriminazione sulla base della forma giuridica;
- 4) riduzione dei termini di perfezionamento del sub-procedimento di pagamento (SAL – certificato di pagamento – mandato di pagamento) di cui all'art. 113-bis del Codice.

Per analizzare compiutamente le modifiche apportate al Codice, il Centro Studi del CNI ha elaborato un documento che alleghiamo alla presente Circolare.

Cordiali saluti.

IL CONSIGLIERE SEGRETARIO
(Ing. Angelo Valsecchi)

IL PRESIDENTE
(Ing. Armando Zambrano)

Allegato: c.s.d.



L'IMPATTO DELLA LEGGE EUROPEA 2019-2020 SUL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Roma, maggio 2022

I CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

Ing. Armando Zambrano	Presidente
Ing. Gianni Massa	Vicepresidente Vicario
Ing. Giovanni Cardinale	Vicepresidente
Ing. Angelo Valsecchi	Consigliere Segretario
Ing. Michele Lapenna	Consigliere Tesoriere
Ing. Stefano Calzolari	Consigliere
Ing. Gaetano Fedè	Consigliere
Ing. iunior Ania Lopez	Consigliere
Ing. Massimo Mariani	Consigliere
Ing. Antonio Felice Monaco	Consigliere
Ing. Roberto Orvieto	Consigliere
Ing. Angelo Domenico Perrini	Consigliere
Ing. Luca Scappini	Consigliere
Ing. Raffaele Solustri	Consigliere
Ing. Remo Giulio Vaudano	Consigliere

Presidenza e Segreteria 00187 Roma – Via XX Settembre, 5
Tel. 06.6976701 Fax 06.69767048 Sito web: www.tuttoingegnere.it



Presso il Ministero della Giustizia – 00186 Roma – Via Arenula, 71



DIPARTIMENTO CENTRO STUDI – FONDAZIONE CNI

CONSIGLIO DIRETTIVO

Ing. Giuseppe Maria Margiotta	Presidente
Ing. Paolo De Santi	Vice Presidente
Ing. Antonio Armani	Consigliere Segretario
Ing. Augusto Delli Santi	Consigliere
Ing. Tommaso Ferrante	Consigliere
Ing. Michele Laorte	Consigliere
Ing. Massimo Mariani	Consigliere
Ing. Antonio Zanardi	Consigliere

Sede: Via XX Settembre, 5 - 00187 Roma - Tel. 06.85354739

info@centrostudicni.it

Il presente documento è stato redatto dall'Avv. Lorenzo Passeri Mencucci.

Sommario

1. La Legge 23 dicembre 2021, n. 238	6
2. L'esclusione per "gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse"	7
3. Le attività subappaltabili dal progettista	13
4. Il principio di non discriminazione sulla base del modello organizzativo degli operatori economici per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura	15
5. Acconti e saldi in fase di esecuzione dell'appalto	17

1. La Legge 23 dicembre 2021, n. 238

L'art. 10, Legge 23 dicembre 2021, n. 238 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 12 del 17 gennaio 2022) e recante *“Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2019-2020.”* ha inciso con poche ma significative modifiche su alcune disposizioni del Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 16 aprile 2016, n. 50 ss.mm.ii. (da ora in poi “Codice”), con il dichiarato intento di superare le contestazioni mosse dalla Commissione UE nella procedura di infrazione n. 2018/ 2273.

In particolare:

- 1) è stata riscritta la disciplina della causa di esclusione per omesso pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali di cui all'art 80, comma 4 del citato codice;
- 2) è stata ampliata la derogabilità del divieto di subappalto delle attività di progettazione previsto dall'art. 31, comma 8 del Codice;
- 3) è stata ampliata la platea dei soggetti che possono partecipare alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura di cui all'art. 46 del Codice alla luce del principio di non discriminazione sulla base della forma giuridica;
- 4) sono stati ridotti i termini di perfezionamento del sub-procedimento di pagamento (SAL – certificato di pagamento – mandato di pagamento) di cui all'art. 113-*bis* del Codice.

2. L'esclusione per “gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse”

Una delle modifiche di maggior rilievo concerne la nozione di “*gravi violazioni non definitivamente accertate*” in materia di obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali di cui al quinto periodo del comma 4 dell’art. 80, D.Lgs. 16 aprile 2016, n. 50. La disposizione in parola delinea una fattispecie escludente che non di rado si riscontra nel corso delle procedure di affidamento e che ha sollevato non pochi problemi applicativi, in particolare nella versione introdotta dalle modifiche di cui al Decreto n. 76 del 2020.

L’art. 80, comma 4 del Codice dei contratti nella versione anteriore alle modifiche apportate dall’art. 8 del Decreto Legge 16 luglio 2020n, n. 76 (cd “Decreto semplificazione”), convertito con modificazioni dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120, prevedeva l’esclusione dell’operatore economico dalla procedura di affidamento nei soli casi in cui la “*violazione grave*” degli obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse o contributi previdenziali, risultasse accertata in via definitiva da sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Di contro (sempre il comma 4) precisava che in materia contributiva e previdenziale la “*violazione grave*” era quella ostativa al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC) ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale.¹

¹ “4. Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande”.

Successivamente l'art. 8, comma 5, lett. b) del D.L. n. 76/2020 (conv. con L. n. 120/2020) ha riscritto il quinto periodo del comma 4 dell'art. 80 facendo venir meno il limite "della definitività dell'accertamento" e introducendo la possibilità della stazione appaltante di escludere un operatore economico dalla procedura di affidamento anche solo sulla base della "*conoscenza*" adeguatamente dimostrata della violazione grave che lo stesso abbia commesso.

Inoltre la nuova formulazione della norma prevedeva che ai fini dell'applicazione dell'esimente prevista all'ultima parte del comma 4 dell'art. 80, il pagamento ovvero l'impegno a pagare ovvero ancora l'estinzione del debito tributario (o previdenziale) risultassero "perfezionati" anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande, mentre la precedente versione della norma (anteriore alle modifiche del DL 76/2020) riteneva sufficiente a tale fine che essi fossero solo "*formalizzati*".²

Anche le modifiche apportate dal citato art. 8 D.L. n. 76/2020³ erano volte a superare le contestazioni sollevate con la **procedura di infrazione n. 2018/2273**, ed in particolare l'asserita non conformità dell'art. 80, comma 4 del Codice all'articolo 38, paragrafo 5, della direttiva 2014/23/UE che consente alla P.A. di procedere all'esclusione di un operatore economico che abbia violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali anche qualora tale violazione non risultasse definitivamente accertata in una decisione giudiziaria o amministrativa definitiva. Tuttavia l'attuazione di quest'ultima disposizione in un contesto normativo quale è quello italiano, ove la "grave" violazione dell'obbligo fiscale è legata ad importi quasi "bagatellari", corre il rischio di determinare effetti distorsivi rilevanti.

Difatti nell'ordinamento interno la "gravità" della violazione, per quanto concerne l'omesso pagamento di imposte e tasse, ricorre quando l'importo non corrisposto risulti essere pari o superiore a 5.000 euro (ex art. 48-bis, comma 1 e 2-bis d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602)⁴; importo evidentemente modesto e che rappresenta un

² Cfr. ult. periodo nota n. 1.

³ Che peraltro richiamava le disposizioni precedentemente introdotte all'art. 80, comma 4 del Codice dei contratti, dall'art. 1, comma 1, lett. n) del D.L. 19/32 successivamente, tuttavia, non recepite dalla legge di conversione n. 55/2019.

⁴ "1. A decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e le società a prevalente partecipazione pubblica, prima di effettuare, a qualunque titolo, il pagamento di un importo superiore a cinquemila euro, verificano,

“argine” realmente poco credibile alla perimetrazione della nozione di “gravità”, tantopiù considerata la rilevanza economica “media” degli appalti pubblici.

L’esiguità di tale importo ha condotto ad un’inevitabile neutralizzazione della differenza fra violazioni “gravi” (cui è collegata la sanzione di esclusione dalla procedura di gara) e violazioni “non gravi” (che, di contro, non comportano tale esclusione), generando nella sostanza l’applicazione generalizzata ed estensiva della sanzione di esclusione in presenza di qualsiasi violazione degli obblighi di pagamento di imposte e/o tasse.

Tuttavia, pur con le criticità sopra evidenziate, la complessiva tenuta della norma era garantita dal presupposto della “definitività dell’accertamento” della violazione da parte del Giudice Tributario, che garantiva quantomeno la soddisfazione di elementari esigenze di giustizia in favore dell’operatore economico messo nelle condizioni di far valere eventuali profili di illegittimità formali e o sostanziali dell’imposizione.

Tale argine è però venuto meno proprio con la novella di cui al D.L. n. 76/2020 (convertito nella L. n. 120/2020) che introduceva, come visto, la possibilità di procedere all’esclusione dell’operatore economico da parte della stazione appaltante che *“...è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione ai sensi rispettivamente del secondo o del quarto periodo”*.

La modifica ha creato una duplice ricaduta negativa sul sistema: da un lato ha fatto venire meno l’unico effettivo argine all’applicazione generalizzata ed estensiva della

anche in via telematica, se il beneficiario è inadempiente all’obbligo di versamento derivante dalla notifica di una o più cartelle di pagamento per un ammontare complessivo pari almeno a tale importo e, in caso affermativo, non procedono al pagamento e segnalano la circostanza all’agente della riscossione competente per territorio, ai fini dell’esercizio dell’attività di riscossione delle somme iscritte a ruolo. La presente disposizione non si applica alle aziende o società per le quali sia stato disposto il sequestro o la confisca ai sensi dell’articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, ovvero della legge 31 maggio 1965, n. 575, ovvero che abbiano ottenuto la dilazione del pagamento ai sensi dell’articolo 19 del presente decreto nonché ai risparmiatori di cui all’articolo 1, comma 494, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, che hanno subito un pregiudizio ingiusto da parte di banche e loro controllate aventi sede legale in Italia, poste in liquidazione coatta amministrativa dopo il 16 novembre 2015 e prima del 16 gennaio 2018”.

[...]

“2-bis. Con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell’economia e delle finanze, l’importo di cui al comma 1 può essere aumentato, in misura comunque non superiore al doppio, ovvero diminuito”.

sanzione dell'esclusione dell'operatore dalla procedura e d'altro lato ha generato difficoltà ed incertezze sul piano operativo a tutte le stazioni appaltanti. Queste ultime, investite del compito di procedere all'acquisizione di informazioni ("*a conoscenza*"), si sono limitate a constatare la violazione degli obblighi di pagamento sulla base dei dati traibili da una semplice visura delle banche dati dell'Agenzia delle Entrate, evitando di svolgere qualsivoglia apprezzamento sul merito di tale violazione in quanto prive di competenze funzionali e tecniche sul punto e comunque non autorizzate in tal senso dalla norma (che impone solo un'adeguata dimostrazione della violazione). Di conseguenza si è passati da un sistema garantista (quello fondato sulla definitività dell'accertamento) ad un sistema dove la sanzione espulsiva diventava automatica espressione di una mera funzione "certificativa" della stazione appaltante consistente nella presa d'atto dell'inadempimento all'obbligazione tributaria, senza la concessione di alcuna forma di difesa (non solo processuale ma neanche procedimentale) all'operatore, il quale aveva come unica scelta quella di perfezionare la rateizzazione del debito prima della presentazione della domanda di partecipazione alla procedura per non ricadere nella sanzione.

L'applicazione della disposizione era poi fonte di ulteriore grave distorsione qualora la stazione appaltante accertatrice, in base ad una semplice visura all'anagrafe tributaria, avesse riscontrato violazioni che tuttavia erano già oggetto di contestazione in sede giudiziaria. Si pensi al caso della cartella annullata in primo grado con sentenza della Commissione Tributaria Provinciale poi riformata dalla Commissione Tributaria Regionale e con giudizio pendente davanti alla Corte di Cassazione. Stando all'automatismo espulsivo dell'art. 80 comma 4, anche in questo caso l'operatore economico inadempiente doveva essere escluso dalla gara pur a fronte della possibilità di vedersi definitivamente annullata la sanzione in sede giudiziaria. Tutto questo, non va dimenticato, a fronte di una violazione che per essere considerata "grave" doveva ammontare ad appena 5.000 euro anche in presenza di un appalto avente valore pari o superiore alle soglie UE, palesava un evidente difetto di ragionevolezza e proporzionalità della disposizione.

Non era sufficiente a colmare le rilevate criticità la possibilità pur prevista dall'ultima parte del comma 4 dell'art. 80, di evitare l'esclusione procedendo (peraltro) a perfezionare (e non semplicemente formalizzare) l'impegno al pagamento della violazione (che tradotto in concreto equivale alla richiesta di rateizzazione del debito

fiscale), in quanto quest'ultimo doveva necessariamente trovare compimento prima della presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di gara. Tale restrittiva scadenza (imposta per esigenze di par condicio fra i concorrenti partecipanti alla procedura) non sempre poteva essere rispettata e presentava anch'essa profili di irragionevolezza. Si pensi al caso dell'operatore economico che aveva proposto vittoriosamente impugnazione avverso la cartella di pagamento e quindi non aveva ritenuto opportuno procedere - anche per non prestare acquiescenza alla sanzione - alla rateizzazione del presunto debito. Sulla scorta della portata applicativa della disposizione in esame, anche tale operatore versava nella condizione di esclusione di cui all'art 80, comma 4.

La modifica apportata dall'art. 10, L. n. 238/2021 riforma in parte il comma 4 dell'art. 80 del codice dei contratti e distingue (per la materia fiscale) fra "grave violazione definitivamente accertata" e "grave violazione non definitivamente accertata". Per la prima tipologia resta fermo il limite dei 5.000 Euro di cui all'art. 48-bis, d.P.R. n. 602/1973, mentre per la seconda viene previsto che:

- a) tali violazioni dovranno essere individuate specificatamente con un apposito decreto, da emanarsi entro 60 giorni decorrenti dal 01/02/2022 (data di entrata in vigore della L. n. 238/2021) dal Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibile e previo parere del Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri;
- b) in ogni caso dovranno essere correlate (proporzionate) al valore dell'appalto;
- c) e comunque dovranno essere d'importo non inferiore a 35.000 euro.

In materia tributaria e previdenziale non opera la distinzione di cui sopra e per "gravi violazioni" s'intendono quelle ostative al rilascio del DURC di cui al Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 30/01/2015 ovvero ostative al rilascio delle certificazioni da parte degli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale⁵.

⁵ "[...] Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso ha commesso gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali. Per gravi violazioni non definitivamente accertate in materia contributiva e previdenziale s'intendono quelle di cui al quarto periodo. Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle stabilite da un apposito decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità

La novella risolve le criticità legate all'acritica applicazione della disposizione europea nel nostro ordinamento ove, come visto, è presente una soglia di "gravità" della violazione inadeguata rispetto al valore delle commesse pubbliche. Va chiarito che, sebbene la norma per la sua piena operatività preveda l'emanazione del richiamato Decreto Ministeriale, ciononostante essa è suscettiva di immediata applicazione quantomeno alla luce dei due criteri di carattere generale summenzionati. Non potrebbe ritenersi legittima l'eventuale esclusione dalla gara di un operatore che abbia un'esposizione verso il fisco (non definitivamente accertata) inferiore ai 35.000 Euro ovvero per un importo chiaramente sproporzionato rispetto al valore della commessa.

In quest'ottica, per le procedure avviate fra l'entrata in vigore del "nuovo" art. 80, comma 4 del codice dei contratti e l'emanazione del Decreto Ministeriale, è opportuno che le stazioni appaltanti inseriscano negli atti di gara clausole specifiche volte a chiarire e/o definire l'applicazione della nuova disposizione (ad esempio specificando le soglie di valore per le quali scatterebbe l'esclusione in caso di accertamento non definitivo di una violazione grave in materia fiscale).

sostenibili e previo parere del Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore delle disposizioni di cui al presente periodo, recante limiti e condizioni per l'operatività della causa di esclusione relativa a violazioni non definitivamente accertate che, in ogni caso, devono essere correlate al valore dell'appalto e comunque di importo non inferiore a 35.000 euro".

3. Le attività subappaltabili dal progettista

L'art. 10, comma 1, lett. a), interviene sull'art. 31, comma 8 del codice dei contratti erodendo ulteriormente il divieto di subappalto delle attività di progettazione e aggiungendo alle deroghe già presenti (indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con esclusione delle relazioni geologiche, la sola redazione grafica degli elaborati progettuali) quelle relative alle attività di consulenza specialistica inerenti ai settori energetico, ambientale, acustico e ad altri settori non attinenti alle discipline dell'ingegneria e dell'architettura per i quali siano richieste apposite certificazioni o competenze, ferma restando comunque la responsabilità esclusiva del progettista⁶.

La modifica, per come formulata (*“settori non attinenti alle discipline dell'ingegneria e dell'architettura per i quali siano richieste apposite certificazioni o competenze”*) si presta ad una generalizzazione dell'ambito di operatività della deroga al divieto di subappalto (che cessa di fatto di essere *“deroga”*) con il rischio di ripercussioni negative rispetto all'esigenza di garantire l'unitarietà della progettazione, esigenza per la quale era stato introdotto il suddetto divieto.

La modifica incide, inevitabilmente, anche sul profilo di responsabilità del progettista. Difatti per queste attività subappaltabili, la responsabilità *“esclusiva”* del progettista incaricato, nella misura in cui sembra escludere quantomeno la (co-) responsabilità del subappaltatore, deborda *“pericolosamente”* verso una responsabilità di natura extracontrattuale per fatto altrui, correlata alla mera *“funzione”* di progettista e svincolata dall'imputabilità del fatto dannoso ovvero, (in

⁶ *“8. Gli incarichi di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, direzione dell'esecuzione coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, di collaudo, nonché' gli incarichi che la stazione appaltante ritenga indispensabili a supporto dell'attività del responsabile unico del procedimento, vengono conferiti secondo le procedure di cui al presente codice e, in caso di importo inferiore alla soglia di 40.000 euro, possono essere affidati in via diretta, ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). L'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali. Il progettista può affidare a terze attività di consulenza specialistica inerenti ai settori energetico, ambientale, acustico e ad altri settori non attinenti alle discipline dell'ingegneria e dell'architettura per i quali siano richieste apposite certificazioni o competenze, rimanendo ferma la responsabilità del progettista anche ai fini di tali attività. Resta, comunque, ferma la responsabilità esclusiva del progettista”.*

una ricostruzione in chiave contrattuale della responsabilità) dall'eventuale inadempimento nell'espletamento di attività che per espressa previsione legislativa non rientrano nelle competenze dell'ingegneria e dell'architettura.

Inevitabili, sul piano pratico, paiono essere anche le ripercussioni sull'estensione della copertura assicurativa per responsabilità professionale a carico del progettista, con conseguente innalzamento dei premi e aggravio dei costi.

4. Il principio di non discriminazione sulla base del modello organizzativo degli operatori economici per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura

L'art. 10, comma 1, lett. b), L. n. 238/2021 modifica l'art. 46 del Codice ampliando l'ambito degli operatori economici ammessi alle procedure per l'affidamento di servizi di ingegneria e architettura, inserendo al comma 1 la lett. d-bis) che, appunto, include fra detti operatori anche gli *“altri soggetti abilitati in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura, nel rispetto dei principi di non discriminazione e par condicio fra i diversi soggetti abilitati”*⁷. Agli appartenenti a tale categoria è estesa la possibilità di partecipare a raggruppamenti temporanei fra professionisti e la possibilità (prevista dal comma 2 dell'art. 46 per le società neo costituite) di comprovare (per i cinque anni successivi

⁷ “1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria:

- a) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura: i professionisti singoli, associati, le società tra professionisti di cui alla lettera b), le società di ingegneria di cui alla lettera c), i consorzi, i GEIE, i raggruppamenti temporanei fra i predetti soggetti che rendono a committenti pubblici e privati, operando sul mercato, servizi di ingegneria e di architettura, nonché attività tecnico-amministrative e studi di fattibilità economico-finanziaria ad esse connesse, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa; ((gli archeologi professionisti, singoli e associati, e le società da essi costituite));
 - b) le società di professionisti: le società costituite esclusivamente tra professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, nelle forme delle società di persone di cui ai capi II, III e IV del titolo V del libro quinto del codice civile ovvero nella forma di società cooperativa di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile, che svolgono per committenti privati e pubblici servizi di ingegneria e architettura quali studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico economica o studi di impatto ambientale;
 - c) società di ingegneria: le società di capitali di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro quinto del codice civile, ovvero nella forma di società cooperative di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile che non abbiano i requisiti delle società tra professionisti, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto, nonché eventuali attività di produzione di beni connesse allo svolgimento di detti servizi;
 - d) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura identificati con i codici CPV da 74200000-1 a 74276400-8 e da 74310000-5 a 74323100-0 e 74874000-6 stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi;
- d-bis) altri soggetti abilitati in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura, nel rispetto dei principi di non discriminazione e par condicio fra i diversi soggetti abilitati;
- e) i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere da a) a d-bis);
 - f) i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria e architettura”.

alla loro costituzione) il possesso dei requisiti di qualificazione attraverso i requisiti posseduti dai propri direttori tecnici o dai professionisti dipendenti con rapporto a tempo indeterminato.

La norma risponde al principio di “non discriminazione basata sulla forma giuridica dell’operatore economico” (v. comma 1 dell’art. 46) affermatosi, proprio nello specifico settore dei servizi di ingegneria e architettura con la sentenza della Corte di Giustizia UE dell’11/06/2020 C-219/19 sul caso “*Parsec Fondazione Parco delle Scienze e della Cultura*”.

La novella ha imposto l’esigenza di una definizione dei requisiti minimi di natura economico-finanziari e tecnico-organizzativi che detti soggetti dovranno possedere ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento. A tal fine il comma 2 dell’art. 10 della L. n. 238/2021 rinvia ad un emanando Decreto del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibile (nelle more dell’approvazione del Regolamento generale di cui all’art. 216, comma 27-*octies*, D.Lgs. n. 50/2016) tuttavia definendo gli elementi essenziali (da considerare e valutare ai fini dell’ammissione di tali soggetti relativamente alle procedure indette nelle more dell’adozione del citato Decreto Ministeriale) dell’organizzazione di tali soggetti, con particolare riferimento:

- 1) all’obbligo di nomina di un direttore tecnico;
- 2) alla definizione di un oggetto sociale evidentemente compatibile con la prestazione dei servizi di ingegneria e architettura;
- 3) all’obbligo di regolarità contributiva;
- 4) all’obbligo di comunicazione e di iscrizione al casellario dell’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC);
- 5) all’obbligo di assicurazione per lo svolgimento delle prestazioni professionali.

5. Acconti e saldi in fase di esecuzione dell'appalto

L'art. 10, comma 1, lett. e), L. n. 238/2021 integra la disciplina di cui all'art. 113-*bis*, comma 1 del D.Lgs. n. 50/2016 relativamente all'emissione di acconti e saldi in favore dell'esecutore⁸. In particolare il legislatore ridefinisce il momento iniziale per la decorrenza del termine di 30 giorni per il pagamento individuandolo nella redazione del SAL (in acconto o in saldo) o nella predisposizione del certificato di collaudo e non più (come avveniva precedentemente) nell'emissione del certificato di pagamento (successivo, ovviamente, al Sal ed al certificato di collaudo). La modifica in questione si accompagna ad una serie di interventi puntuali, funzionali a semplificare e accelerare il sub-procedimento di liquidazione dei compensi all'appaltatore. In particolare:

- è introdotta la facoltà dell'esecutore di comunicare alla stazione appaltante il raggiungimento delle condizioni contrattuali per l'adozione del SAL (art. 113-*bis*, comma 1 bis);
- sono definiti (senza, invero, apportare significative variazioni a quanto previsto dal D.M. 49/2018) i compiti del Direttore lavori (predisposizione del SAL e

⁸ "1. I pagamenti relativi agli acconti del corrispettivo di appalto sono effettuati nel termine di trenta giorni decorrenti dall'adozione di ogni stato di avanzamento dei lavori, salvo che sia espressamente concordato nel contratto un diverso termine, comunque non superiore a sessanta giorni e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche. I certificati di pagamento relativi agli acconti del corrispettivo di appalto sono emessi contestualmente all'adozione di ogni stato di avanzamento dei lavori e comunque entro un termine non superiore a sette giorni dall'adozione degli stessi.

1-bis. Fermi restando i compiti del direttore dei lavori, l'esecutore può comunicare alla stazione appaltante il raggiungimento delle condizioni contrattuali per l'adozione dello stato di avanzamento dei lavori.

1-ter. Ai sensi del comma 3 il direttore dei lavori accerta senza indugio il raggiungimento delle condizioni contrattuali e adotta lo stato di avanzamento dei lavori contestualmente all'esito positivo del suddetto accertamento ovvero contestualmente al ricevimento della comunicazione di cui al comma 1-bis, salvo quanto previsto dal comma 1-quater.

1-quater. In caso di difformità tra le valutazioni del direttore dei lavori e quelle dell'esecutore in merito al raggiungimento delle condizioni contrattuali, il direttore dei lavori, a seguito di tempestivo accertamento in contraddittorio con l'esecutore, procede all'archiviazione della comunicazione di cui al comma 1-bis ovvero all'adozione dello stato di avanzamento dei lavori.

1-quinquies. Il direttore dei lavori trasmette immediatamente lo stato di avanzamento dei lavori al RUP, il quale, ai sensi del comma 1, secondo periodo, emette il certificato di pagamento contestualmente all'adozione dello stato di avanzamento dei lavori e, comunque, non oltre sette giorni dalla data della sua adozione, previa verifica della regolarità contributiva dell'esecutore e dei subappaltatori. Il RUP invia il certificato di pagamento alla stazione appaltante, la quale procede al pagamento ai sensi del comma 1, primo periodo.

1-sexies. L'esecutore può emettere fattura al momento dell'adozione dello stato di avanzamento dei lavori. L'emissione della fattura da parte dell'esecutore non è subordinata al rilascio del certificato di pagamento da parte del RUP.

1-septies. Ogni certificato di pagamento emesso dal RUP è annotato nel registro di contabilità".

trasferimento dello stesso al RUP entro sette giorni), del RUP (emissione del certificato di pagamento contestualmente ovvero non oltre sette giorni dall'emissione del SAL) e della stazione appaltante (emissione del mandato di pagamento previa ricezione del certificato di pagamento da parte del RUP). Gli stessi termini si applicano nel caso in cui il certificato di pagamento sia collegato alla verifica di regolare esecuzione o collaudo;

- in presenza di difformità tra le valutazioni del Direttore dei lavori e quelle dell'esecutore in merito al raggiungimento delle condizioni contrattuali per procedere al pagamento, il Direttore dei lavori, a seguito di tempestivo accertamento in contraddittorio con l'esecutore, procede all'archiviazione della comunicazione di cui al comma 1-bis ovvero all'adozione dello stato di avanzamento dei lavori (art. 113-*bis*, comma 1 ter).