

**Ordine degli Architetti,
pianificatori, paesaggisti e
conservatori della
Provincia di Mantova**

**Nuovo Codice dei Contratti Pubblici:
prospettive e riflessi sulle Stazioni
Appaltanti, gli operatori economici
ed i professionisti dell'area tecnica**

21.04.2023

*Giuseppe Rusconi
Avvocato*

Spediz. abb. post. - art. 1, comma 1
Legge 27-02-2004, n. 46 - Filiale di Roma

GAZZETTA UFFICIALE
DELLA REPUBBLICA ITALIANA

PARTE PRIMA

Roma - Venerdì, 31 marzo 2023

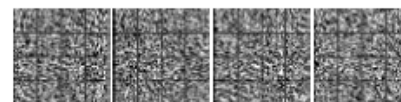
SI PUBBLICA TUTTI I
GIORNI NON FESTIVI

DIREZIONE E REDAZIONE PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - UFFICIO PUBBLICAZIONE LEGGI E DECRETI - VIA ARENULA, 70 - 00186 ROMA
AMMINISTRAZIONE PRESSO L'ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO - VIA SALARIA, 691 - 00138 ROMA - CENTRALINO 06-85081 - LIBRERIA DELLO STATO
PIAZZA G. VERDI, 1 - 00198 ROMA

N. 12/L

DECRETO LEGISLATIVO 31 marzo 2023, n. 36.

**Codice dei contratti pubblici in attuazione
dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78,
recante delega al Governo in materia di contratti
pubblici.**



Nuovo Codice, ‘vecchie’ Direttive ...

Il merito rimane di matrice euro-unitaria, come contenuto nelle direttive 2014/23/UE (sui contratti di concessione), 2014/24/UE (sui contratti nei settori ordinari) e 2014/25/UE (sui contratti nei settori speciali), recepite nel nostro ordinamento dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

La legge – delega n. 78/2022

Il nuovo codice attua la legge delega, per rinnovare il quadro normativo al dichiarato fine di

(a) adeguarla al diritto europeo

(b) ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali

La legge – delega n. 78/2022

- (c) di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente
- (d) al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di risolvere le procedure in corso.

Codice ‘auto-esecutivo’

Il codice è ‘auto-esecutivo’, nel senso che i 38 allegati costituiscono una normativa regolamentare o di secondo livello, senza quindi dover attendere ulteriori provvedimenti (di qualunque natura) attuativi.

I principi generali

Una novità di assoluto rilievo è l'introduzione dei 'principi generali', nel Libro I, Parte I, Titolo I del codice, contenuti nei primi 12 articoli.

I principi divengono la ‘**stella polare**’ dell’agire dell’amministrazione nel settore dei contratti pubblici, e vanno oltre quanto già delineato nella Costituzione, in particolare nell’art. 97, e nella legge n. 241 del 1990.

La ‘Relazione agli articoli e agli allegati’

“attraverso la codificazione dei principi, il nuovo progetto mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze...”

La ‘Relazione agli articoli e agli allegati’

“...Ciò in quanto la legge – soprattutto un codice – non può inseguire la disciplina specifica di ogni aspetto della realtà, perché si troverà sempre in ritardo, ma deve invece fornire gli strumenti e le regole generali e astratte per regolarla.”.

Principio del risultato (art. 1)

Obiettivo:

perseguire il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con:

- la massima tempestività
- il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo

nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza

Deve essere coniugato con il rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, e costituisce attuazione del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità.

Una vera rivoluzione copernicana, in un settore troppe volte caratterizzato da un ottuso irrigidimento, anche normativo, che costringe(va) ad applicare dettami a prescindere dal risultato, con l'effetto paradossale per cui l'operazione (la procedura) è tecnicamente riuscita, ma il paziente (l'appalto) è morto.

Principio della fiducia (art. 2)

Obiettivo:

reciproca fiducia nell'azione legittima,
trasparente e corretta dell'amministrazione, dei
suoi funzionari e degli operatori economici.

La reciproca fiducia tra tutti gli operatori, pubblici o privati che siano, deve perciò contraddistinguere il loro operato, fermo restando il rispetto delle singole competenze e prerogative, oltre che delle regole che presidiano le procedure ad evidenza pubblica e, quindi la trasparenza e la concorrenza, condensati nel principio dell'accesso al mercato

Costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa

(vedi art. 323 c.p.)

Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti

Principio dell'accesso al mercato (art. 3)

Obiettivo:

Favorire l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità

(vedi art. 30 del D.gs. 50/2016)

La reciproca fiducia tra tutti gli operatori, pubblici o privati che siano, deve perciò contraddistinguere il loro operato, fermo restando il rispetto delle singole competenze e prerogative, oltre che delle regole che presidiano le procedure ad evidenza pubblica e, quindi la trasparenza e la concorrenza, condensati nel principio dell'accesso al mercato

Criterio interpretativo e applicativo (art. 4)

Obiettivo:

Interpretare ed applicare le disposizioni del codice in base ai primi tre articoli

L'intero codice si interpreta e si applica in base a questi tre principi, che divengono quindi criterio teleologico, anche per dirimere conflitti con altri principi di carattere generale.

Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5)

Obiettivo:

In fase di gara, tutti i soggetti si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento

Danno da lesione dell'affidamento

Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico

Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore (art. 6)

Obiettivo:

possibilità di ricorrere a modelli alternativi a quello tipico delle procedure concorrenziali, in attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale e per attività a spiccata valenza sociale

La concorrenza come strumento, non fine

Corte costituzionale, sentenza n. 131 del 2020:
la concorrenza non è un fine, bensì uno
strumento, che può essere “sacrificato” se ci
sono interessi superiori da perseguire

Principio di auto-organizzazione amministrativa (art. 7)

Obiettivo:

organizzare autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'UE

I tre modelli gestionali sono tra loro equiordinati

Principio di autonomia contrattuale.
Divieto di prestazioni d'opera intellettuale
a titolo gratuito (art. 8)

Obiettivo:

autonomia contrattuale e possibilità di
concludere contratti gratuiti

Divieto di gratuità delle prestazioni d'opera intellettuale

Non possono essere rese dai professionisti gratuitamente, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione

Donazione di beni o di prestazioni

Le PA possono ricevere per donazione beni o prestazioni rispondenti all'interesse pubblico senza obbligo di gara

Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9)

Obiettivo:

ripristino dell'originario equilibrio del contratto,
'squilibrato' da circostanze straordinarie e
imprevedibili

Se le circostanze sopravvenute rendono la prestazione, in parte o temporaneamente, inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti, questi ha diritto a una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale

(vedi art. 1464 del c.c.)

Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10)

Obiettivo:

Prevedere clausole tassative delle cause di esclusione, anche in applicazione del principio di eterointegrazione degli atti di gara

(v. articoli 94 e 95)

Possibilità di introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, per favorire la più ampia partecipazione

Principio di applicazione dei contratti
collettivi nazionali di settore.
Inadempienze contributive e ritardo nei
pagamenti (art. 11)

Obiettivo:

Obbligo di applicare i CCNL e di trattenuta in
caso di inadempimento

(v. art. 30 d.lgs. n. 50/2016)

La S.A. individua il CCNL

Nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione

Rinvio esterno (art. 12)

Obiettivo:

applicare la legge n. 241 (per l'affidamento) e il codice civile (per l'esecuzione)

Il 'nuovo' Rup

Nel nuovo codice, il Rup mantiene l'acronimo,
ma diviene il Responsabile unico del progetto,
non più del procedimento

(vedi art. 15)

Le novità, in pillole:

- nomina: nel primo atto di avvio dell'intervento pubblico da realizzare mediante un contratto;
- può essere nominato tra i dipendenti assunti anche a tempo determinato

- + Rup: è possibile per le stazioni appaltanti individuare modelli organizzativi che prevedano la nomina di un Rup per le diverse fasi
- direttore d'orchestra: ha funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento
- superman: svolte tutte le attività non di competenza di altri organi

- la struttura di supporto: può essere istituita dalle SA
- nomina diretta: affidamento diretto da parte del RUP di incarichi di assistenza, non superiori all'1 % dell'importo posto a base di gara

- rapporti tra RUP e commissione giudicatrice: il RUP può svolgere tutte le attività che non implicano l'esercizio di poteri valutativi, che spettano alla commissione giudicatrice;
- procedimento di valutazione di anomalia delle offerte: il RUP svolge la verifica sulle offerte anormalmente basse, con l'eventuale supporto della commissione;
- provvedimenti di esclusione: il RUP, ad esito della verifica della documentazione amministrativa, dispone l'esclusione;

- criterio di aggiudicazione del minor prezzo:
 - - procede direttamente alla valutazione delle offerte economiche (e dell'eventuale verifica di congruità)
 - - effettua la verifica della documentazione amministrativa

Gli appalti sotto e sopra soglia

Per gli appalti di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario, è stato stabilizzato quanto ora previsto in via eccezionale dal decreto-legge n. 76/2020, convertito nella legge 11 settembre 2020, n. 120

(artt. 48 ss.)

Principio di rotazione

E' stato in parte 'depotenziato', perché:

- vieta l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi;

Principio di rotazione

- consente, in casi motivati con riferimento alla struttura del mercato ed alla effettiva assenza di alternative, e di accurata esecuzione del precedente contratto, di reinvitare il contraente uscente o individuarlo quale affidatario diretto

Principio di rotazione

- si deroga alla sua applicazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro

Affidamenti: prima fascia

- diretti, cioè anche senza consultazione di più operatori economici :
- 150.000 € per lavori
- 140.000 per forniture e servizi

Affidamenti: seconda fascia

- procedura negoziata senza bando:
- da 150.000 a 1.000.000 € per lavori,
consultando 5 operatori economici

(indagini di mercato o elenchi)

Affidamenti: seconda fascia

- procedura negoziata senza bando:
- da 140.000 alla soglia (ora 215.000 €) per servizi e forniture, consultando 5 operatori economici

(indagini di mercato o elenchi)

Affidamenti: terza fascia

- procedura negoziata senza bando:
- da 1.000.000 € alla soglia (ora 5.382.000 €) per lavori, consultando 10 operatori economici

(indagini di mercato o elenchi)

Abolita la ‘riffa’:

le stazioni appaltanti non possono utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori

Criterio di aggiudicazione

offerta economicamente più vantaggiosa oppure
del prezzo più basso, tra loro equiordinati

Esecuzione in pendenza di contratto

dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario
la stazione appaltante può procedere
all'esecuzione anticipata del contratto

Certificato di regolare esecuzione

la stazione appaltante può sostituire il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità con il CRE, per gli appalti sotto soglia

Appalti sopra soglia

Il d.lgs. n. 36 non innova sulle procedure, ovviamente, in quanto di matrice euro-unitaria.

Procedure

Per l'aggiudicazione di appalti pubblici le stazioni appaltanti utilizzano la procedura aperta, la procedura ristretta, la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo e il partenariato per l'innovazione.

Le modifiche in fase di esecuzione

Art. 120:

“Modifica dei contratti in corso di esecuzione”

La rubrica dell'art. 120 si discosta da quella del
previgente art. 106 (“*Modifica di contratti
durante il periodo di efficacia*”), ponendo
l'accento sulla fase esecutiva del rapporto
contrattuale

Cosa cambia:

- le clausole di revisione prezzi sono ora contenute nell'art. 60;
- chiara ridefinizione della nozione di “*modifiche sostanziali*”;

Cosa cambia:

- le modifiche sono ammesse qualora non integrino la c.d. ‘modifica snaturante’;
- previsione del c.d. ‘quinto d’obbligo’ negli atti di gara

Cosa cambia:

- le modifiche sono ammesse qualora non integrino la c.d. ‘modifica snaturante’;
- previsione del c.d. ‘quinto d’obbligo’ negli atti di gara

Modifica sostanziale

Una modifica è considerata sostanziale quando altera considerevolmente la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa (comma 6)

Modifica sostanziale

Il divieto di modificare il contratto si rinviene, richiamando il Considerando n. 109, nel fatto che “*è possibile presumere un’influenza ipotetica sul risultato*”.

La novità consiste nel riferire la modifica:

- alla struttura del contratto;
- all'operazione economica sottesa.

La precedente versione, contenuta nel comma 4 dell'art. 106 del codice del 2016, riferiva la modifica agli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti.

In ogni caso, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito di ammettere candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o di accettare un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;

- b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;
- c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;

d) un nuovo contraente sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d).

L'applicazione temporale

Articolo 229

1. Il codice **entra in vigore**, con i relativi allegati, il 1° aprile 2023.
2. Le disposizioni del codice, con i relativi allegati acquistano **efficacia** il 1° luglio 2023.

Articolo 226

1. Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, è **abrogato** dal 1° luglio 2023

Articolo 226

Dal 1° luglio, le disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi **esclusivamente ai procedimenti in corso.**

Quali sono i procedimenti in corso

a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia;

Quali sono i procedimenti in corso

b) in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il codice acquista efficacia, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte;

Quali sono i procedimenti in corso

c) Per le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, i procedimenti in cui le predette convenzioni o atti siano stati stipulati prima della data in cui il codice acquista efficacia;

Quali sono i procedimenti in corso

d) per le procedure di accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, di transazione e di arbitrato, le procedure relative a controversie aventi a oggetto contratti pubblici, per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data.

Per i casi disperati:

giuseppe.rusconi@rusconiepartners.eu

335 285497