

**Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici
Analisi delle principali novità per i lavori pubblici**

9 maggio 2023

Avv. Francesca Ottavi

Il nuovo “Codice dei contratti pubblici”.

Dlgs 31 marzo 2023 n. 36

In attuazione della legge delega 21 giugno 2022, n. 78 è stato adottato il **decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36**, recante il nuovo “Codice dei contratti pubblici» **per lavori, servizi e forniture**.

Il Codice è entrato **in vigore il 1° aprile 2023**.

Le disposizioni in esso contenute, con i relativi allegati, eventualmente già sostituiti o modificati ai sensi delle relative disposizioni, **acquisteranno efficacia il 1° luglio 2023**, come specificato nell’art. 229 dello stesso testo.

Il Codice, in linea di principio, è un provvedimento auto-applicativo (non necessita di norme di attuazione)

Le principali novità in sintesi.....1/2

- introduzione di una **serie di principi guida** per l'applicazione del Codice (12), di natura civilistica, europea nonché di derivazione giurisprudenziale;
- **accentuazione della discrezionalità in capo all'amministrazione**, con maggiore possibilità di utilizzo di procedure flessibili e di valutazione di requisiti specifici;
- spinta sulla **digitalizzazione** dell'intero contratto pubblico, dalla progettazione (BIM) all'esecuzione;
- nuovo impulso verso la **centralizzazione e qualificazione delle stazioni appaltanti** con codificazione delle LG ANAC sul punto;
- riduzione dei **livelli della progettazione da tre a due**: PFTE (progetto fattibilità tecnica economica) e PE (progetto esecutivo);
- **stabilizzazione** di alcuni **istituti** e norme introdotte **in fase emergenziale** (tra cui la **procedura negoziata senza bando**, fino alla soglia comunitaria, appalto-integrato, consegna d'urgenza);
- Rafforzamento della disciplina del **soccorso istruttorio**;

Le principali novità in sintesi.....2/2

- **ridefinizione dell'illecito professionale**, con sostanziale “codificazione” delle linee guida ANAC;
- “liberalizzazione” della **disciplina degli RTI**, sia in fase di partecipazione che in fase di esecuzione;
- **maggior “autonomia” della disciplina dei settori speciali** rispetto a quella dei settori ordinari;
- **revisione prezzi obbligatoria**, ancorata a soglie di alea e a percentuali di compensazione;
- Revisione della disciplina **dei PPP**, estesa anche a figure atipiche;
- **estensione di poteri di vigilanza dell'ANAC anche alla fase esecutiva e superamento dei poteri di soft law**;
- **Introduzione del subappalto «a cascata»**, per rispondere alla procedura d'infrazione UE;
- rafforzamento delle ADR con **messa a regime del Collegio Consultivo Tecnico**;
- presenza di numerosi **allegati al Codice (circa 38)**, taluni con valore regolamentare.

UNO SGUARDO ALL'INDICE.....

LIBRO I PRINCIPI, DIGITALIZZ., PROGR. E PROGETT.	LIBRO II APPALTI	LIBRO III APPALTI NEI SETTORI SPECIALI	LIBRO IV PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO E CONCESSIONI	LIBRO V CONTENZIOSO, ANAC E DISP.FINALI E TRANS.
PARTE I – PRINCIPI Tit. I - Principi generali artt. 1-12 Tit. II - Ambito di applicazione, RUP e fasi dell'affidamento artt. 13-18	PARTE I – CONTRATTI “SOTTOSOGLIA” artt. 48-55 PARTE II – ISTITUTIE CLAUSOLE COMUNI artt. 56-61 PARTE III – SOGGETTI Tit. I – Staz. appaltanti artt. 62-64 Tit. II – Operatori economici artt. 65-69	PARTE I – NORME APPLICABILI E AMBITO SOGGETTIVO artt. 141-152 II – PROC. DI SCELTA DEL CONTRAENTE artt. 153-158 PARTE III – BANDI, AVVISI E INVITI artt. 159-166 IV - SELEZIONE PARTEC. E OFFERTI artt. 167-173	PARTE I – DISPOSIZIONI GENERALI artt. 174-175 II – CONCESSIONI Tit. I - Ambito d'applicaz. e principi generali artt. 176-181 II – Aggiudicazione artt. 182-187 III – Esecuzione artt. 188-192 IV - <i>Project financing</i> artt. 193-195	PARTE I - CONTENZIOSO Tit. I - Ricorsi giurisdizionali art. 209 Tit. II - Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale artt. 210-220
II – DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DEI CONTRATTI artt. 19-36 artt. 37-40	IV – PROC. SCELTA DEL CONTRAENTE artt. 70-76 PARTE V – SVOLGIM. DELLE PROCEDURE I. - Atti preparatori artt. 77-82 II. - Bandi, avvisi, inviti artt. 83-90 III. - Doc. offerente e termini per domande e offerte artt. 91-92 IV. – Requisiti di partecipazione artt. 93-106 V – Selezione offerte artt. 107-112		PARTE III – LOCAZIONE FINANZIARIA art. 196 IV – CONTRATTO DI DISPONIBILITÀ art. 197 V – ALTRE DISPOS. SUL PPP art. 198-202	PARTE II – GOVERNANCE artt. 221-223
III – PROGRAMMAZIONE artt. 41-47	VI - ESECUZIONE artt. 113-126 VII - NORME PER ALCUNI CONTRATTI artt. 127-140		IV - <i>Project financing</i> artt. 193-195 PARTE VI – SERVIZI GLOBALI artt. 203-208	III - DISP. TRANS., COORD. E ABROG. artt. 224-229
IV – PROGETTAZIONE				

LIBRO I - DEI PRINCIPI I PRINCIPI GENERALI Artt. 1-12

I PRINCIPI GENERALI Artt. 1-12

Il nuovo Codice ha inteso dedicare
ampio spazio
alla codificazione dei principi generali
che riguardano la materia dei contratti pubblici.

I principi «guida»

- **Principio del risultato – art. 1**
- **Principio della fiducia – art. 2**
- **Principio dell'accesso al mercato – art. 3**
- **Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento – art. 5**
- **Principio di auto-organizzazione amministrativa – art. 7**
- **Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito – art. 8**
- **Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale – art. 9**
- **Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione – art. 10**
- **Principio di applicazione dei CCLN di settore – art. 11**
- **Rinvio esterno alla legge 241/90 e al Codice Civile – art. 12**

❑ PRINCIPIO DEL RISULTATO – ART. 1 1/2

Il **principio del risultato** presuppone che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguano l'**affidamento** del contratto e della sua **esecuzione**:

- con la massima **tempestività**;
- con il **migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo**;
- nel rispetto dei principi di **legalità, trasparenza e concorrenza** (art. 1, comma 1).

Tale principio costituisce **criterio prioritario** per:

- l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto;
- valutare **la responsabilità del personale** che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;
- attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva (art. 1, comma 4).

Nell'ambito del principio di risultato, il **principio di concorrenza** subisce una **riconfigurazione**, divenendo **strumentale** al conseguimento del miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti.

Anche la **trasparenza** diventa **funzionale** alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del Codice, assicurandone la verificabilità (art. 1, comma 2).

❑ PRINCIPIO DELLA FIDUCIA– ART. 2 (1/2)

L'art. 2 codifica il **principio della reciproca fiducia** nell'azione **legittima, trasparente e corretta** delle pubbliche amministrazioni, dei suoi **funzionari** e degli **operatori economici** (art. 2, comma 1).

Tale principio è diretto a favorire e **valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici**, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni, secondo il principio del risultato (art. 2, comma 2).

❑ PRINCIPIO DELLA FIDUCIA - Responsabilità erariale – art. 2, comma 3 (2/2)

Sempre all'art. 2, si prevede una **perimetrazione del concetto** di **colpa grave**, rilevante ai fini della **responsabilità amministrativa** dei soggetti sottoposti alla **giurisdizione della Corte dei conti**, con la precisazione che costituisce **colpa grave** nelle attività di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici:

- la **violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi**;
- la palese violazione di **regole di prudenza, perizia e diligenza**;
- **l'omissione delle cautele**, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto **esigibili nei confronti dell'agente pubblico** in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto.

La medesima disposizione aggiunge che **NON** costituisce **colpa grave** la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a **indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti**.

Manca purtroppo la messa a regime di quanto introdotto in via transitoria – sino al 30 giugno 2023 – dal d.l. “Semplificazioni” n. 76/2020, che ha stabilito **la rilevanza colpa grave solo nei casi di condotte omissive**. Previsione, questa, particolarmente rilevante, ad avviso di ANCE, nell'ottica di incentivare la politica del “fare” e contrastare il fenomeno patologico della “burocrazia difensiva” e della “paura della firma”.

□ PRINCIPIO DELL'ACCESSO AL MERCATO – ART. 3

L'art. 3 enuncia il **principio dell'accesso al mercato**.

In particolare, la norma prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal Codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di **concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità e trasparenza, proporzionalità**.

La garanzia alla effettiva partecipazione delle **micro, delle piccole e delle medie imprese** è prevista nelle norme relative a:

- Introduzione requisiti speciali (10);
- suddivisione in lotti (58);
- riduzione garanzia provvisoria (106);
- criteri premiali di gara (108);
- contratti di partenariato sociale (201);

La Relazione annuale della Cabina di regia tratta, tra l'altro, il livello di partecipazione delle MPMI agli appalti pubblici (221).

❑ CRITERIO INTERPRETATIVO E APPLICATIVO – ART 4

Si prevede che le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di

- risultato
- fiducia
- principio dell'accesso al mercato

❑ PRINCIPI DI BUONA FEDE E DI TUTELA DELL’AFFIDAMENTO – ART. 5

Nelle procedure di gara **le SA e gli operatori economici si comportano reciprocamente** nel rispetto **dei principi di buona fede ed affidamento**.

Nel procedimento di gara, sussiste un **affidamento dell’operatore economico sul legittimo esercizio** del potere e di conformità del comportamento al principio di buona fede.

Conseguentemente, è previsto che

in caso di aggiudicazione **annullata (su ricorso di terzi o in autotutela)**

l’affidamento **NON** si considera **incolpevole SE**



l’illegittimità è **agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale** richiesta ai concorrenti.

Introdotta anche la possibilità per le **committenti condannate al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, di attivare azione di rivalsa nei confronti dell’aggiudicatario illegittimo**, che si sia reso autore di un comportamento **illecito**.

❑ PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE DELL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE – ART. 9

L'art. 9 è dedicato al principio di **conservazione dell'equilibrio contrattuale**.

In particolare, si prevede **il diritto alla rinegoziazione** secondo buona fede delle condizioni contrattuali **a favore della parte svantaggiata** che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio

QUALORA SOPRAVVENGANO

- ❖ circostanze **straordinarie e imprevedibili**,
- ❖ che siano **estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione** economica e **al rischio di mercato**,
- ❖ tali da **alterare** in maniera rilevante **l'equilibrio originario** del contratto.

A tali fini, le stazioni appaltanti favoriscono l'inserimento nel contratto di **clausole di rinegoziazione**, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara, **specie quando il contratto risulta particolarmente esposto** per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, **al rischio delle interferenze da sopravvenienze**.

❑ PRINCIPI DI TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE E DI MASSIMA PARTECIPAZIONE – ART. 10

L'art. 10 contiene il **principio di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione**.

La norma afferma in modo chiaro il divieto di affidamento dei contratti pubblici agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice.

Le cause di esclusione (di cui agli art. 94 e 95) sono **TASSATIVE** e integrano di diritto i bandi e le lettere d'invito.

Le cause ulteriori sono **NULLE** e si considerano **NON APPOSTE**

Si prevede, poi, la possibilità per le committenti di introdurre **requisiti speciali**, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionali purché **attinenti e proporzionati** all'appalto e non ostativi a consentire **il più AMPIO numero di** potenziali concorrenti ed alla **crescita delle PMI**.

LIBRO II – DELL'APPALTO PARTE I – “SOTTOSOGLIA”

La Parte I del Libro II raccoglie l'insieme delle norme applicabili ai contratti di importo inferiore alle soglie europee.

***soglia comunitaria per
lavori e concessioni
compresi i settori
speciali***



Pari o superiore a 5.382.000 euro

Il regime del sottosoglia in una pagina

- ✓ **AFFIDAMENTO DIRETTO** lavori sotto 150.000euro;
- ✓ **NEGOZIATA SENZA BANDO:** lavori d'importo pari o superiore a 150.000 euro fino alla soglia comunitaria.
- ✓ **NO** utilizzo **procedure ordinarie** tranne che per lavori d'importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino a soglia;
- ✓ Obbligo utilizzo procedure ordinarie per appalti che presentano **INTERESSE TRANSFRONTALIERO CERTO**
- ✓ **COMMISSIONE GIUDICATRICE:** può partecipare il **RUP**, anche in qualità di presidente;
- ✓ **GARANZIA PROVVISORIA:** di regola non richiesta e massimo all'1% - **Garanzia definitiva:** è **facoltà** della stazione appaltante **non** richiederla **in casi** debitamente **motivati**. Quando richiesta, è pari al **cinque per cento** dell'importo contrattuale;
- ✓ **ESCLUSIONE AUTOMATICA OFFERTE ANOMALE:** si applica obbligatoriamente con il criterio del **prezzo più basso +** non c'è interesse transfrontaliero certo **+** quando le **offerte ammesse sia pari o superiore a 5**. **Quale metodo?** quello indicato nel bando tra quelli descritti nell'allegato II.2., **oppure** quello selezionato in sede di valutazione delle offerte, tramite sorteggio tra i metodi compatibili.
- ✓ **NO STANDSTILL** e stipula contratto entro 30 giorni da aggiudicazione.
- ✓ **ESECUZIONE ANTICIPATA DEL CONTRATTO**, anche al di fuori dei casi di urgenza, **dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario**.

Focus: come vengono selezionati i candidati nelle procedure negoziate ?

- ✓ **FORMAZIONE ELENCHI E INDAGINI DI MERCATO:** Allegato II.1 (più o meno come già disciplinati nelle linee guida ANAC).
- ✓ **NO** applicazione del **SORTEGGIO** per la selezione degli operatori da invitare, salvo situazioni particolari e specificamente motivate (del tutto eccezionale);
- ✓ **SI' al PRINCIPIO DI ROTAZIONE:** valido solo **per contraente uscente** se **due** affidamenti successivi rientrano **nella stessa categoria di opere;**
- ✓ possibilità di **ReINVITO del CONTRAENTE USCENTE** in casi motivati (struttura del mercato ed effettiva assenza di alternative, accurata esecuzione precedente contratto);
- ✓ **NO** applicazione della **ROTAZIONE** nelle negoziate se **non** sono stati posti limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare;
- ✓ **NO** applicazione della **ROTAZIONE** affidamenti diretti < 5.000 euro;

PARTE III

DISPOSIZIONI TRANSITORIE, DI COORDINAMENTO E ABROGAZIONI

■ **Abbiamo detto che...**

Ai sensi dell'art. 229, il codice

- **entra in vigore**, con i relativi allegati, il **1° aprile 2023**.
- **acquista efficacia** il **1° luglio 2023**.

Conseguentemente,

- Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. **50**, è **abrogato dal 1° luglio 2023**.
- Da quella data, ogni richiamo in disposizioni vigenti al d.lgs. n. 50 del 2016, o al codice dei contratti vigente alla data di entrata in vigore del codice, **si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice** o, in mancanza, **ai principi desumibili dal codice stesso**.

....quindi, dal 1 luglio 2023, il
Codice 50 non si applicherà
più?

...dipende.....

I casi in cui continua ad applicarsi il codice 50/2016

Ai sensi dell'art. 226, comma 2, a decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia, le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi **esclusivamente** ai **procedimenti in corso**. (art. 226, co 2)

Per **procedimenti in corso** si intendono:

- 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**;
- 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**;
- 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**;
- 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.

■ Il codice 50/2016 e la progettazione

Ai sensi dell'art. 225, comma 9, a decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia, le disposizioni di cui all'articolo 23 – relativo ai livelli della progettazione per gli appalti, concessioni di lavori nonché servizi - **del d.lgs. 50/2016 continuano** ad applicarsi ai **procedimenti in corso**.

A tal fine, **per procedimenti in corso** si intendono le procedure per le quali è stato **formalizzato l'incarico di progettazione alla data in cui il codice acquista efficacia**.

Nel caso in cui l'incarico di redazione del progetto di fattibilità tecnico economica sia stato formalizzato prima della data in cui il codice acquista efficacia, la stazione appaltante **PUÒ PROCEDERE** all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica oppure sulla base di un progetto definitivo redatto ai sensi dell'articolo 23 del decreto legislativo n. 50 del 2016.*

Qual è la disciplina per gli interventi PNRR/PNC e/o finanziati con fondi UE ?

Ai sensi dell'art. 225, **comma 8**, alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal **PNRR e dal PNC**, nonché dai programmi cofinanziati dai **fondi strutturali dell'Unione europea (ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse)**

SI CONTINUANO AD APPLICARE

(anche dopo il 1° luglio 2023)

- le disposizioni di cui al **DECRETO-LEGGE N. 77 DEL 2021**, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021, al decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13,
- nonché le **SPECIFICHE DISPOSIZIONI LEGISLATIVE FINALIZZATE A SEMPLIFICARE E AGEVOLARE** (si pensi al recente DI PNRR 3. n. 13/2023) la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018.

Grazie a tutti per l'attenzione!!