

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

10 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)

Oggi parliamo di....?

- **I NUOVI LIVELLI DELLA PROGETTAZIONE**
- **L'APPALTO INTEGRATO**
- **CAUSE DI ESCLUSIONE E ILLECITO PROFESSIONALE**
- **I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE**

PROGETTAZIONE Artt. 41-47

□ LIVELLI E CONTENUTI DELLA PROGETTAZIONE – ART. 41

La Parte IV del Libro I è dedicata alla **progettazione** e si compone di 7 articoli (artt. 41-47).

La progettazione in materia di lavori pubblici **viene articolata in due livelli – e non più tre – ossia**

- 1) il progetto di **fattibilità tecnico-economica** e
- 2) **il progetto esecutivo.**

Non sembra più previsto il divieto di subappalto della progettazione e delle attività ad essa connesse.

□ LA PROGETTAZIONE PER I LAVORI DI MANUTENZIONE

Per gli **interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria** può essere **omesso il primo livello di progettazione**, a condizione che il progetto esecutivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omesso.

❑ PREZZARI – ART. 41, COMMA 13

In analogia a quanto attualmente previsto dal d.lgs. n. 50/2016, si conferma la regola in base alla quale per i contratti relativi ai **lavori**, il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato facendo riferimento ai **prezzi correnti alla data dell'approvazione del progetto**,

I prezzi sono quelli riportati nei **prezzari** predisposti

1) **dalle regioni e dalle province autonome**

ovvero

2) **adottati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti che, in base alla natura o all'oggetto dell'appalto sono stati espressamente AUTORIZZATI a non applicare quelli regionali.**

I criteri di formazione e aggiornamento dei **prezzari regionali** sono definiti **nell'allegato I.14.**

Il costo del **lavoro** è, come in passato, determinato annualmente, in apposite **tabelle**, **dal Ministero del Lavoro.**

❑ NON ASSOGGETTABILITÀ A RIBASSO DEI COSTI DELLA MANODOPERA E DELLA SICUREZZA – ART. 41, COMMA 14

In aderenza a quanto stabilito dalla legge delega, viene espressamente previsto l'obbligo **di scorporare** dall'importo assoggettato a ribasso sia **i costi della sicurezza** – come già disposto dall'art. 23 comma 16 del d. lgs. n. 50/2016 – sia **i costi della manodopera**.

APPALTO INTEGRATO – ART. 44

□ APPALTO INTEGRATO – ART. 44

...un po' di storia...

- ✓ **L'art. 59 del d.lgs. 50/2016 vietava, in linea generale, il ricorso all'appalto integrato.**
- ✓ **Con il primo decreto correttivo al Codice 50 (Dlgs n. 56/2017) viene riammesso, solo ove l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto di affidamento sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo.**
- ✓ **Con il DL «Sblocca cantieri» n. 32/2019 il divieto viene sospeso fino al 31 dicembre 2023 (vedi dl c.d. «PNRR 3» n. 13/2023)**
- ✓ **Con il DL «Semplificazioni bis» n. 77/2021, per gli appalti nell'ambito del PNRR/PNC, l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione è sempre ammesso (art. 48, comma 5).**

2

□ APPALTO INTEGRATO – ART. 44

L'articolo 44 reca i **CONTENUTI** della disciplina dell'appalto-integrato.

- con la decisione di contrarre, la stazione appaltante o l'ente concedente, se qualificati, può stabilire che il contratto abbia per oggetto la **progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori**, sulla base di un **progetto di fattibilità tecnico-economica approvato (PFTE)**
- la facoltà di affidamento congiunto di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori **non può essere esercitata** per gli appalti di opere di **manutenzione ordinaria**.
- Sussiste comunque un **obbligo di motivazione**: la stazione appaltante o l'ente concedente deve **motivare la scelta** di ricorrere all'appalto integrato facendo riferimento alle **esigenze tecniche** e tenendo sempre conto del **rischio** di eventuali **scostamenti di costo nella fase esecutiva**, rispetto a quanto contrattualmente previsto.

❑ QUALI SONO I REQUISITI RICHIESTI agli operatori PER L’AFFIDAMENTO DI UN APPALTO-INTEGRATO?

Ai sensi dell’ art. 44, comma 3:

- gli operatori economici devono possedere i **requisiti prescritti per i progettisti****,

IN MANCANZA

- devono **avvalersi** di progettisti **qualificati, da indicare nell’offerta**,

oppure

- partecipare in **RTI** con soggetti qualificati per la progettazione;

****ATT!** La qualificazione per la progettazione comprende anche l’uso di metodi e strumenti digitali per la gestione informativa mediante modellazione (**BIM**).

□ QUAL È IL CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE PER L’AFFIDAMENTO DI UN APPALTO INTEGRATO?

Il comma 4 prevede che l'offerta:

- è valutata con il **criterio dell’OEPV**, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo;
- ha ad **oggetto** sia il progetto **esecutivo** che il **prezzo**;
- deve indicare distintamente il **corrispettivo** richiesto per la **progettazione** e per l'**esecuzione** dei lavori.

Nella relazione illustrativa si sottolinea che “tale previsione non è da ritenere derogabile mediante il ricorso alle procedure negoziate senza bando, che ai sensi dell’art. 1, comma 3 del d.l. n. 76/2020 consentono, a determinate condizioni, di avvalersi del criterio del prezzo più basso”.

PARTE V - DELLO SVOLGIMENTO DELLE PROCEDURE

□ PROCEDURE DI GARA - LE TIPOLOGIE

- ✓ **procedura aperta** (71),
- ✓ **procedura ristretta** (72),
- ✓ **procedura competitiva con negoziazione** (73),
- ✓ **dialogo competitivo** (74),
- ✓ **partenariato per l'innovazione** (75)
- ✓ la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando, nei soli casi di cui all'art. 76

Nel nuovo codice, la disciplina sui settori speciali è più autonoma (per una delimitazione dei soggetti che operano nei settori speciali, v. Consiglio di Stato, sez. V, 5.12.22 n. 10634).

*Non è quindi più prevista la cd. “**clausola di compatibilità**” l'applicazione ai settori speciali di una serie di disposizioni relative a quelli ordinari «**ove compatibili**»*

❑ PUBBLICAZIONE A LIVELLO NAZIONALE – Art. 85

La norma prevede che le e **pubblicazioni di bandi ed avvisi**, a livello nazionale, avvengano sulla banca dati ANAC e sul sito istituzionale della stazione appaltante **senza oneri** (art. 85, comma 5).

Si prevede che fino all'adozione del provvedimento con cui ANAC rende operativa la pubblicità legale attraverso la Banca Nazionale dei contratti pubblici (entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del Codice), **i costi di pubblicazione in gazzetta sono a carico dell'aggiudicatario** (art. 226, comma 2).

❑ COMMISSIONE GIUDICATRICE – Art. 93

Nel nuovo Codice la disciplina della commissione di gara **viene interamente rivista:**

- viene **superato** -in attuazione di quanto previsto dalla legge delega- **albo nazionale dei commissari**, presso ANAC
- si ritorna alla **composizione interna** alla stazione appaltante.
- viene chiarito che il RUP può far parte della commissione giudicatrice.
- in mancanza di adeguate professionalità in organico, la stazione appaltante può scegliere il Presidente e i singoli componenti della commissione **anche tra funzionari di altre amministrazioni** e, in caso di documentata indisponibilità, tra professionisti esterni.
- la commissione giudicatrice possa essere chiamata dal responsabile del procedimento a svolgere **anche attività di supporto ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta**.

REQUISITI DI ORDINE GENERALE– Artt. 94-98

❑ REQUISITI DI ORDINE GENERALE– Artt. 94-98

La disciplina relativa alle cause di esclusione viene suddivisa

in **5** distinte disposizioni,

in luogo del vigente art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016

- **art. 94** - cause di esclusione **automatica**;
- **art. 95** - cause di esclusione **non automatica**;
- **art. 96** - disciplina del **procedimento** di esclusione;
- **art. 97** – cause di esclusione di **partecipanti a raggruppamenti**;
- **art. 98** - illecito professionale.

❑ CAUSE DI ESCLUSIONE AUTOMATICA – ART. 94 ...LE PRINCIPALI NOVITÀ..

Viene:

- **ELIMINATA** esclusione in presenza della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti (**c.d. patteggiamento**) per i reati gravi elencati dalla norma stessa.
- **ELIMINATA** esclusione ove **l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ex art. 34-bis del d.lgs. 159/2011 (Codice Antimafia)** entro la data di aggiudicazione (art. 94, comma 2)
- **ELIMINATO** il riferimento ai **c.d. cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara**
- **ESPUNTO** il riferimento al **socio di maggioranza** in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro
- **INSERITO** inserito il riferimento **all'amministratore di fatto** (art. 94, comma 3).
- **CHIARITO** che, qualora il socio sia una persona giuridica, l'esclusione opera se i presupposti si siano verificati a carico degli **amministratori** (art. 94, comma 4).

❑ ILLECITO PROFESSIONALE – ART. 98

La norma definisce la fattispecie escludente **NON AUTOMATICA dell'illecito professionale grave.**

Tale articolo:

- enumera e descrive le **fattispecie** rilevanti;
- individua i **mezzi di prova**;
- chiarisce la **portata dell'obbligo motivazionale**, ove si voglia disporre l'esclusione dell'operatore economico.

❑ Segue **ILLECITO PROFESSIONALE – ART. 98**

Sotto tale profilo, rispetto al Codice 50 e alle bozze iniziali del nuovo Codice, la figura **dell'illecito professionale è stata maggiormente tipizzata**, attraverso l'eliminazione della possibilità di valutare in chiave espulsiva **ogni condotta – anche diversa da quelle indicate dalla medesima norma** – la cui gravità sia idonea ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'impresa.

Anche con riferimento ai **mezzi di prova**, si registrano **dei passi in avanti**.

In particolare, si prevede che, in relazione ai **reati (meno gravi)** sopra richiamati che possono rilevare quale illecito professionale, la stazione appaltante **NON** può tenere conto, ai fini dell'esclusione dell'impresa, **di rinvii a giudizio e sentenze di patteggiamento, ma solo di sentenze di condanna definitive**, decreti penali di condanna irrevocabili, condanne non definitive, e di provvedimenti cautelari reali o personali.

Tale limitazione non opera con riferimento ai reati “gravi” di cui all'art. 94, ossia quelli che danno luogo all'esclusione automatica del concorrente.

❑ DISCIPLINA DELL'ESCLUSIONE – ART. 96 - IL SELF CLEANING

Rispetto al Codice n. 50/2016, si introduce una **nuova versione allargata del *self cleaning***

L'operatore economico, infatti, può:

- ove le cause di esclusione si siano verificate **prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte**, comprovare **di avere adottato le misure di *self cleaning* ovvero** comprovare l'**impossibilità** di adottare dette misure **prima** della presentazione dell'offerta e **successivamente ottemperare**;
- ove le cause di esclusione si siano verificate **successivamente alla presentazione dell'offerta**, adottare e comunicare alla stazione appaltante le suddette misure.

❑ CAUSE DI ESCLUSIONE DEL RAGGRUPPAMENTO D'IMPRESA – ART. 97

Rispetto al Codice n. 50/2016, viene introdotta in **un'unica e specifica disposizione** la disciplina relativa alle esclusioni per i RTI e i consorzi (ordinari, artigiani e stabili).

In particolare, si prevede che

- in caso di mancato possesso dei requisiti generali/speciali da parte **di un'impresa partecipante al raggruppamento**, quest'ultimo – **per non essere escluso** – **può comprovare di aver estromesso l'impresa interessata o di averla sostituita** con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata (sul punto, v. **Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, causa C-210/20**).

❑ SOCCORSO ISTRUTTORIO – Art. 101

Per l'operatore economico, è possibile:

- ✓ integrare ogni **elemento mancante** la documentazione trasmessa;
- ✓ Sanare la mancanza di **garanzia provvisoria, contratto di avvalimento e impegno a conferire mandato** collettivo speciale in caso di RTI sanabile, solo con documenti di data certa anteriore scadenza offerta
- ✓ sanare **ogni omissione, inesattezza o irregolarità** della domanda di partecipazione, del DGUE ecc. (no offerta tecnica e economica);
- ✓ richiedere – fino al giorno fissato per l'apertura delle offerte – la **rettifica dell'eventuale errore materiale** contenuto nell'offerta tecnica o economica, a condizione che la stessa **non comporti la presentazione di una nuova offerta**, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'**anonimato**.

Per la stazione appaltante, è possibile:

- ✓ richiedere **chiarimenti** sui contenuti dell'**offerta tecnica** e dell'**offerta economica** e su ogni loro allegato, purchè non ne sia modificato il contenuto

❑ PRINCIPI GENERALI IN MATERIA DI SELEZIONE – Art. 107

Art. 107, comma 3, **generalizza e stabilizza l'istituto dell'inversione procedimentale**, in base al quale offerte sono esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti (attuazione criterio della delega della riduzione dei tempi di cui alla lett. m).

Art. 108, comma 12: Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale, **non è rilevante ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.**

I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE

❑ CRITERI DI AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI – Art. 108

Ai sensi dell'art. 108 i **criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici**, restano

prezzo più basso

OEPV

Principali novità per OEPV:

- ✓ - **soppresso** – rispetto al Codice 50/2016 – **il tetto massimo del 30 per cento** per l'incidenza dell'elemento **prezzo**, che rimane solo in relazione ai contratti ad alta intensità di manodopera (art. 108, comma 4; nelle attività di approvvigionamento di beni e servizi informatici il tetto massimo è fissato al 10 per cento).
- ✓ sugli **elementi qualitativi dell'offerta**, si possono prevedere **criteri premiali** atti a favorire la partecipazione delle **MPMI** nella valutazione dell'offerta e a promuovere, per le prestazioni dipendenti **dal principio di prossimità** per la loro efficiente gestione, l'affidamento ad **operatori economici con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento** (art. 108, comma 7);
- ✓ **Per promuovere la parità di genere**, le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il **maggior punteggio da attribuire alle imprese** che attestano, anche a mezzo di autocertificazione, il possesso dei requisiti di cui **all'art. 46-bis del codice delle pari opportunità**, di cui al d.lgs. n. 198/2006 (art. 108, comma 7).

Grazie a tutti per l'attenzione!!