

estratto

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

25 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....?

LE PRINCIPALI NOVITA' PER LA FASE DI ESECUZIONE E CONTENZIOSO

- REVISIONE DEI PREZZI
- SUBAPPALTO
- ANTICIPAZIONE, GARANZIE, VARIANTI E SOSPENSIONI
- CONTENZIOSO (ADR)

LA REVISIONE PREZZI

❑ 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**.

LA REVISIONE DEI PREZZI DI APPALTO NEL NUOVO CODICE (art. 60)

Nei documenti **di gara iniziali** delle procedure di affidamento è **OBBLIGATORIO** l'inserimento delle **clausole di revisione prezzi**:

- che si attivano al verificarsi **di particolari condizioni di natura oggettiva**
- che determinano una **VARIAZIONE** del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, **superiore AL 5 PER CENTO dell'importo complessivo**
- ed operano nella **MISURA DELL'80** per cento della **variazione stessa**, in relazione alle prestazioni da eseguire.

□ COME SI CALCOLA LA VARIAZIONE DEI PREZZI?

Ai fini della determinazione **della variazione dei costi e dei prezzi**, si utilizzano **indici sintetici elaborati dall'ISTAT**:

- con riguardo ai **contratti di lavori**, si tratta degli **INDICI SINTETICI DI COSTO DI COSTRUZIONE**;

- con riguardo ai contratti di servizi e forniture, **gli indici dei prezzi al consumo**, dei **prezzi alla produzione dell'industria e dei servizi** e **gli indici delle retribuzioni contrattuali orarie**.

□ IL RUOLO DELL'ISTAT

- Gli indici di costo e di prezzo sono **pubblicati**, unitamente alla relativa **metodologia di calcolo**, sul portale istituzionale dell'ISTAT, in **conformità alle pertinenti disposizioni normative europee e nazionali in materia di comunicazione e diffusione dell'informazione statistica ufficiale**.

Attualmente, ISTAT pubblica **su base mensile** gli **indici del costo di costruzione** relativi a:

- 1) fabbricato residenziale e capannone industriale;
 - 2) tronco stradale con tratto in galleria.
- Con provvedimento adottato dal **MIT, sentito l'ISTAT**, sono individuate **eventuali ulteriori categorie di indici ovvero ulteriori specificazioni** tipologiche o merceologiche delle categorie di indici già individuate nell'ambito degli indici già prodotti dall'ISTAT.

□ LE RISORSE (art. 60)

Per far fronte ai maggiori oneri derivanti dalla revisione prezzi, le S.A utilizzano:

- a) **nel limite del 50 per cento** le risorse appositamente accantonate **per imprevisti** nel quadro economico di ogni intervento, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti,
- b) le **eventuali ulteriori somme a disposizione** della medesima stazione appaltante e stanziata annualmente relativamente allo stesso intervento;
- c) **le somme derivanti da ribassi d'asta**, se non ne è prevista una diversa destinazione dalle norme vigenti;
- d) le **somme disponibili relative ad altri interventi ultimati** di competenza della medesima stazione appaltante e per i quali siano stati eseguiti i relativi **collaudi o emessi i certificati di regolare esecuzione**, nel rispetto delle procedure contabili della spesa e nei limiti della residua spesa autorizzata disponibile.

IL SUBAPPALTO

Art. 119

Introdotta «a regime» la disciplina dell'art. 49 DL 77/2021 (post 1° novembre 2021), ossia previsto ,
pertanto

IL SUBAPPALTO E' AMMESSO ALLE SEGUENTI PRINCIPALI CONDIZIONI

- ✓ il **divieto** di affidare a terzi l' **integrale** esecuzione delle prestazioni o lavorazioni appaltate, nonché la **prevalente esecuzione** delle lavorazioni **relative alla categoria prevalente**;
- ✓ la SA, previa adeguata motivazione, può indicare nei documenti di gara **eventuali prestazioni da eseguire a cura dell'aggiudicatario** - in mancanza, possibile subappaltare per intero la lavorazione (comma 2)
- ✓ ai fini della configurazione del subappalto, l'esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, deve avvenire con **organizzazione di mezzi e rischi a carico del subappaltatore** (comma 2);

- ✓ Confermato **pagamento diretto** esteso anche ai titolari di subcontratti non costituenti subappalto se:
 - a) il subcontraente è una microimpresa o piccola impresa;
 - b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;
 - c) su richiesta del subcontraente e se la natura del contratto lo consente. (comma 11)

- ✓ Chiarito che disciplina del subappalto **si applica anche ai raggruppamenti temporanei e alle società anche consortili**, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili; si applicano altresì agli **affidamenti con procedura negoziata** (comma 18)

E' possibile il subappalto «a cascata».

SALVO CHE le stazioni appaltanti **abbiano indicato nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto** che, pur subappaltabili, **NON POSSONO FORMARE OGGETTO DI ULTERIORE SUBAPPALTO**, in ragione

- I. delle **specifiche caratteristiche** dell'appalto e dell'esigenza,
- II. della **natura** o della **complessità** delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare,
- III. di **rafforzare il controllo delle attività di cantiere** e più in generale dei luoghi di lavoro o
- IV. di garantire una **più intensa tutela delle condizioni di lavoro** e della **salute e sicurezza** dei lavoratori
- V. di **prevenire il rischio di infiltrazioni criminali**. *****ATT!!** Si prescinde da tale **ultima valutazione** quando i subappaltatori ulteriori **siano iscritti nelle «white list»** (art. 1, comma 52, l. 190/2012) ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita per il SISMA del Centro Italia 2016 (art. 30, D.l.189/2016, n. 189, convertito dalla l. 229/2016).

❑ SUBAPPALTO E QUALIFICAZIONE – LE NOVITÀ (ALL. II.12)

✓ **Art. 23, comma 1,**

Ai fini della qualificazione,

*a) l'impresa **subappaltatrice** può utilizzare per la qualificazione il quantitativo delle lavorazioni eseguite;*

b) l'impresa affidataria può utilizzare:

1) i lavori della categoria prevalente, per l'intero importo;

2) i lavori di ciascuna delle categorie scorporabili previste nel bando o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, per l'intero importo in ciascuna delle categorie scorporabili.

ULTERIORI NOVITÀ IN MATERIA DI ESECUZIONE

LE GARANZIE

□ GARANZIE DEFINITIVE – art. 117

L'art. 117 disciplina il **sistema delle garanzie fideiussorie per la partecipazione e l'esecuzione dei contratti pubblici.**

Garanzie definitive e accordi quadro – art. 117, comma 2

Nel caso di **accordi quadro**, si prevede che:

- l'importo della garanzia per tutti gli operatori economici aggiudicatari è indicato nella misura **massima del 2 per cento** dell'importo dell'accordo quadro;
- l'importo della garanzia per i **contratti attuativi** può essere fissato nella documentazione di gara dell'accordo quadro in misura **anche inferiore al 10 per cento** del valore dei contratti stessi con l'indicazione delle modalità di calcolo della maggiorazione prevista dal comma successivo.

❑ RITENUTA DI GARANZIA – ART. 117, COMMA 4

Nell'ambito del sistema in esame, viene introdotta la **ritenuta del 10 per cento sui SAL in alternativa** alla **garanzia definitiva**, in linea con la legge delega.

Viene anche prevista la possibilità per la S.A. di **opporci** a tale sostituzione, per:

- ✓ motivate ragioni di rischio dovute a particolari caratteristiche dell'appalto o
- ✓ a specifiche situazioni soggettive dell'esecutore dei lavori.

La disposizione in esame contiene la disciplina relativa alla possibilità di modificare i contratti di appalto già conclusi e in corso di esecuzione e **riproduce, in buona sostanza, l'art. 106 del Codice n. 50/2016.**

La principale differenza **si registra al comma 7** della disposizione, ove si elencano i casi in cui le modifiche **non** possono essere ritenute **sostanziali**, vale a dire quelle con le quali, nel rispetto della funzionalità dell'opera:

- a. si assicurino **risparmi**, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi delle lavorazioni;
- b. si realizzino **soluzioni equivalenti o migliorative** in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera (c.d. varianti migliorative).

✓ Facoltatività del quinto d'obbligo da esplicitare nei documenti di gara (comma 9)

NEI DOCUMENTI DI GARA INIZIALI PUÒ essere stabilito che, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni **fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto**, la stazione appaltante **PUO'** imporre all'appaltatore l'esecuzione alle condizioni originariamente previste.

In tal caso l'appaltatore non può fare valere il diritto alla risoluzione del contratto.

✓ Le varianti per «caro materiali»

Il d.l. n. 36/2022 ha chiarito – seppur con riferimento all'art. 106, d.lgs. n. 50/2016, ma la precisazione si ritiene applicabile anche in relazione al nuovo Codice – **che tra le circostanze imprevedibili** che legittimano la variante devono ritenersi **“incluse anche quelle impreviste ed imprevedibili che alterano in maniera significativa il costo dei materiali necessari alla realizzazione dell'opera”**.

❏ LE SOSPENSIONI – ART. 121

1/2

- ✓ In caso di lavori «**sopra-soglia**», la **sospensione** (e l'eventuale proroga) è disposta **dal Rup** dopo aver acquisito il **parere del CCT** (art. 121, commi 1 e 8);
- ✓ **Venuta meno**, tra le ragioni di necessità e di pubblico interesse, la possibilità per il Rup di disporre la sospensione per **interruzione di finanziamenti per esigenze sopravvenute di finanza pubblica** (art. 121);

□ ESECUZIONE O COMPLETAMENTO DEI LAVORI – Art. 124

La disposizione si occupa dell'esecuzione o completamento dei lavori in caso di **insolvenza** o **di impedimento** alla prosecuzione dell'affidamento *con l'esecutore designato*.

Si conferma, in particolare, che, in caso di **“interpello”** degli altri concorrenti in gara, l'affidamento avviene alle **medesime condizioni** già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta.

Le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che il **nuovo affidamento** avvenga alle **condizioni proposte dall'operatore economico interpellato** (art. 124, comma 2), come peraltro previsto - in via transitoria- dall'art. 5 del d.l. 76/2020 e confermato all'art. 216 del testo in esame, **in caso di parere del CCT**.

❑ ANTICIPAZIONE, MODALITÀ E TERMINI DI PAGAMENTO DEL CORRISPETTIVO – Art. 125

La disposizione in esame stabilizza **la possibilità** per le stazioni appaltanti di innalzare dal 20 per cento **fino al 30 per cento** l'anticipazione del corrispettivo.

Per i contratti pluriennali l'importo dell'anticipazione deve essere **calcolato sul valore delle prestazioni di ciascuna annualità** contabile, stabilita nel cronoprogramma dei pagamenti, ed è corrisposto entro quindici giorni dall'effettivo inizio della prima prestazione utile relativa a ciascuna annualità, secondo il cronoprogramma delle prestazioni. (art. 125, comma 1)

❑ PREMIO DI ACCELERAZIONE – Art. 126

La disposizione ha ad oggetto penali e premi di accelerazione.

Per quanto riguarda in particolare questi ultimi, si rimette alla **discrezionalità della stazione appaltante** la previsione di tali incentivi nel bando o nell'avviso.

■ Allegato II.14 - Direzione dei lavori

Sulla falsariga del DPR 207/2010, l'allegato contiene una disciplina espressa in tema di:

- **Articolo 7 – RISERVE;**
- **Articolo 10 – RISOLUZIONE** del contratto di appalto per grave inadempimento;
- **Articolo 11 – RECESSO** dal contratto di appalto;
- **Sezione III del CAPO II (artt. 13 – 30) - operazioni di COLLAUDO;**

LIBRO V – DEL CONTENZIOSO, DELL'ANAC E DISPOSIZIONI FINALI

GLI STRUMENTI DI ADR

- Confermata la disciplina dell'**ACCORDO BONARIO PER I LAVORI** (art. 210). Nb. invariato *range* di utilizzo tra 5 e 15 per cento dell'importo contrattuale;
- Confermata la disciplina della **TRANSAZIONE** (art. 212) Nb. Rimane «residuale» tra le ADR;
- Confermata la disciplina dell'**ARBITRATO** (art. 213), con le seguenti novità:
 - introdotta facoltà per le parti di compromettere la lite in arbitrato nel corso dell'esecuzione del contratto;
 - prevista possibilità di nominare arbitri i magistrati e i giudici tributari «a riposo»
 - ridotta ad un anno (prima 3) l'incompatibilità ad essere arbitro per chi ha esercitato la funzione di arbitro di parte;
- Introdotto «a regime» l'istituto del **COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO** (art. 215 – 219)
- Confermato la disciplina dei **PARERI DI PRECONTENZIOSO** dell'ANAC (art. 220), con possibilità per la S.A. di discostarsi, previa motivazione, salva la possibilità per l'Autorità stessa di proporre ricorso.

COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO (art. 215)

- CCT «**obbligatorio**» per lavori «sopra-soglia»;
- CCT «**facoltativo**», a richiesta di parte, negli altri casi;
- Il Collegio esprime **PARERI OVVERO**, in assenza di una espressa volontà contraria, **ADOPTA DETERMINAZIONI** aventi natura **di lodo contrattuale**;
- **L'inosservanza** dei pareri o delle determinazioni del CCT
 - è valutata – **in ogni caso**, ossia prescindere che le determinazioni abbiano o meno valore di lodo contrattuale - *ai fini della **responsabilità del soggetto agente per danno erariale***
 - *costituisce, salvo prova contraria, **grave inadempimento** degli obblighi contrattuali.*
- **L'osservanza** delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di **esclusione della responsabilità per danno erariale**, salva l'ipotesi di condotta dolosa.(comma 3)

I PARERI OBBLIGATORI (art. 216)

- L'acquisizione del parere del CCT è obbligatoria nei casi di **SOSPENSIONE, volontaria o coattiva**, dell'esecuzione di **LAVORI «SOPRA-SOGLIA»**; (co 1)
- *«Se, per qualsiasi motivo, i lavori non possono procedere con il soggetto designato, **prima di risolvere il contratto** la stazione appaltante **acquisisce il parere del collegio consultivo tecnico**, anche in ordine alla possibilità che gravi motivi tecnici ed economici rendano preferibile la prosecuzione con il medesimo soggetto»* (co 2);
- Quando la **sospensione è imposta da gravi ragioni di ordine tecnico**, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti, **il CCT accerta l'esistenza di una causa tecnica** di legittima sospensione dei lavori e **indica le modalità con cui proseguire i lavori** e le eventuali modifiche necessarie da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte. **In tal caso la pronuncia assume l'efficacia di lodo contrattuale solo se tale possibilità non sia stata espressamente esclusa.**

LE DETERMINAZIONI (art. 217)

- «Quando l'acquisizione del parere non è obbligatoria, le determinazioni del collegio consultivo tecnico assumono **natura di lodo contrattuale**, ai sensi dell'articolo 808-ter del CPC, **se le parti**, successivamente alla nomina del Presidente e non oltre il momento dell'insediamento del collegio, **non abbiano diversamente disposto**» (co 1);
- Se le parti **escludono** che la pronuncia possa valere come lodo contrattuale, l'inosservanza è comunque **valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce**, salvo prova contraria, **grave inadempimento degli obblighi contrattuali**.

❑ LE MODALITA' DI FUNZIONAMENTO DEL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO

Le modalità di costituzione e funzionamento del CCT sono regolate dall'**allegato V.2** (v. di seguito *focus*).

Da segnalare che le norme su CCT sopra descritte **si applicano anche ai collegi già costituiti** ed operanti alla data di entrata in vigore del Codice (1 APRILE 2023), con conseguente abrogazione della disciplina di cui al DL 76/2020 (art. 224, comma 1, su cui v. *infra*).

Grazie per l'attenzione!!