

**Nuovo Codice dei Contratti Pubblici
Prima applicazione e prospettive**

Bologna, 10 ottobre 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, **hanno acquistato 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....?

- **II PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE DELL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE e REVISIONE PREZZI**
- **LAVORI SOTTOSOGLIA**
- **IL REGIME TRANSITORIO**

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

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

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

1) particolari condizioni di natura oggettiva

2) 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**

3) e 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 i **indici sintetici elaborati dall'ISTAT**:

con riguardo ai **contratti di lavori**, **GLI INDICI SINTETICI DI COSTO DI COSTRUZIONE**;

-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.

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

Nei contratti che presentano **interesse transfrontaliero certo**, il nuovo Codice prevede l'applicazione delle procedure **ordinarie** – contemplate per il “soprasoglia” e non di quelle della Parte I del Libro II riferite al “sottosoglia” – (**art. 48, comma 2**).

Purtroppo, manca la definizione normativa dell'interesse transfrontaliero

❑ LE INDICAZIONI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

Per la Corte di Giustizia UE (sentenza 15 maggio 2008, C. 147/06) “**spetta in linea di principio all'amministrazione aggiudicatrice** interessata valutare, prima di definire le condizioni del bando di appalto, **l'eventuale interesse transfrontaliero** di un appalto il cui valore stimato è inferiore alla soglia prevista dalle norme comunitarie, fermo restando che tale valutazione può essere oggetto di controllo giurisdizionale”

Anche “ **una normativa può certamente stabilire, a livello nazionale o locale, criteri oggettivi** che indichino l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo. Tali criteri potrebbero sostanziarsi, in particolare, **nell'importo di una certa consistenza** dell'appalto in questione, **in combinazione con il luogo di esecuzione** dei lavori.

Si potrebbe altresì **escludere l'esistenza di un tale interesse nel caso, ad esempio, di un valore economico molto limitato** dell'appalto in questione (v., in tal senso, sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, Racc. pag. I-7287, punto 20).

È tuttavia necessario tenere conto del fatto che, in alcuni casi, le **frontiere attraversano centri urbani situati** sul territorio di Stati membri diversi e che, **in tali circostanze, anche appalti di valore esiguo possono presentare un interesse transfrontaliero certo**” (ancora Corte di Giustizia, 15 maggio 2008, C. 147/06)

Nei contratti che **non** presentano **interesse transfrontaliero**, le stazioni appaltanti **provvedono**:

- per i contratti di **importo inferiore a 150.000 euro**, mediante **affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici**, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante (art. 50, comma 1, lett. b);
- per i lavori di importo **pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro**, mediante **procedura negoziata senza bando con invito a 5 operatori**, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.
- per lavori di importo **pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie comunitarie**, mediante **procedura negoziata senza bando con invito a 10 operatori**, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

Resta possibile l'utilizzo delle procedure di gara "ordinarie" sopra **1 milione di euro** (art. 50, comma 1, lett. c) e d), **senza bisogno di una motivazione specifica**.

Le modalità di formazione degli elenchi e le indagini di mercato sono definite **nell'allegato II.1**.

❑ PRINCIPIO DI ROTAZIONE – ART. 49

Il principio di rotazione è valido solo per il **contraente uscente**, nei casi in cui **i due consecutivi** affidamenti abbiano avuto a oggetto una commessa rientrante

- nello stesso settore merceologico,

oppure

- nella stessa categoria di opere,

oppure

- nello stesso settore di servizi.

Per i contratti affidati con procedure negoziate senza bando, le stazioni appaltanti **non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici** in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura (art. 49, comma 5).

✓ **NO** applicazione della **ROTAZIONE** affidamenti diretti < 5.000 euro;

✓ **NO** applicazione della **ROTAZIONE** in casi motivati (struttura del mercato ed effettiva assenza di alternative, accurata esecuzione precedente contratto);

❑ DIVIETO DI SORTEGGIO – ART. 50, COMMA 2

Si prevede **il divieto** per le stazioni appaltanti **di utilizzare**, ai fini della selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, **il sorteggio** o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi;

Eccezioni:

1. la presenza di situazioni particolari e specificamente motivate,
2. **non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori** (art. 50, comma 2).

❑ CRITERI DI AGGIUDICAZIONE E COMMISSIONE GIUDICATRICE – ARTT. 50, COMMA 4 E 51

Per gli affidamenti sottosoglia, viene prevista la possibilità di ricorrere alternativamente

all'OEPV

oppure

al massimo ribasso **

(**con obbligo di esclusione automatica delle offerte anomale in caso di appalti che

NON presentino interesse transfrontaliero)

Fanno eccezione alcuni contratti, tra cui quelli relativi ai **lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo.**

Nel caso di aggiudicazione dei contratti con **il criterio dell'OEPV**, alla commissione giudicatrice **può partecipare il RUP, anche in qualità di presidente (art. 51)**

❑ ESCLUSIONE AUTOMATICA DELLE OFFERTE ANOMALE – ART. 54 E ALLEGATO II.2

Precondizione: l'appalto **NON** deve presentare **un interesse transfrontaliero certo**.

In tal caso, le stazioni appaltanti **prevedono negli atti di gara**** l'esclusione automatica delle offerte che risultino anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia **pari o superiore a 5**

**** scelto fra quelli descritti nell'allegato II.2., ovvero lo selezionano in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili.**

NO esclusione automatica in caso di **affidamento diretto** con richiesta di più preventivi.

È **fatta salva**, in ogni caso, la facoltà delle stazioni appaltanti **di valutare la congruità di ogni altra offerta** che in base ad elementi specifici appaia anormalmente bassa.

FOCUS

All. II. 2 – Metodi di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte.

Metodo A)

1) numero di offerte ammesse pari o superiore a quindici,

Il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:

- a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;
- b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);
- c) calcolo della soglia come somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lettera b);
- d) la soglia calcolata alla lettera c) viene **decrementata** di un valore percentuale, pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a), applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b).

Segue FOCUS

2) (segue metodo A) Numero di offerte ammesse inferiore a quindici

Il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:

- a) calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;
- b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);
- c) calcolo del rapporto tra lo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b) e la media aritmetica di cui alla lettera a);
- d) se il rapporto di cui alla lettera c) è pari o inferiore a **zero virgola quindici**, la soglia di anomalia è pari al valore della media aritmetica di cui alla lettera a) **incrementata del 20 per cento della medesima media aritmetica**);
- e) se il rapporto di cui alla lettera c) è **superiore a zero virgola quindici**, la soglia di anomalia è calcolata come somma della media aritmetica di cui alla lettera a) e dello scarto medio aritmetico di cui alla lettera b).

Tutti gli sconti superiori alla soglia di anomalia sono automaticamente esclusi. Tra le offerte non escluse, la stazione appaltante individua come vincitrice quella con lo sconto maggiore. Lo sconto di aggiudicazione corrisposto all'impresa aggiudicataria è quello che questa stessa impresa ha presentato. In caso di pareggio tra le offerte di maggior ribasso, il vincitore è deciso con un sorteggio.

Segue FOCUS

Metodo B)

Il metodo si fonda su **due elementi: una soglia di anomalia** e l'applicazione di una **regola del c.d. "secondo prezzo"**.

La soglia di anomalia è determinata come segue:

- a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;
- b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);
- c) calcolo della soglia come somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lettera b);
- d) calcolo di un **valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi** di cui alla lettera a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b);
- e) calcolo della somma di tutte le cifre, sia prima che dopo la virgola fino al secondo decimale, della somma dei ribassi di cui alla lettera a);
- f) la soglia di anomalia è uguale alla soglia di cui alla lettera c): 1. **decrementata** del valore di cui alla lettera d), nel caso in cui il valore di cui alla lettera e) sia **pari**; 2. **incrementata** del valore di cui alla lettera d), nel caso in cui il valore di cui alla lettera e) sia **dispari**.

Tutti gli sconti pari o inferiori alla soglia di anomalia sono offerte "non- anomale". Tra tutte le offerte "non-anomale", la stazione appaltante individua come vincitrice l'impresa che abbia offerto lo sconto maggiore. Lo sconto di aggiudicazione corrisposto a questa impresa aggiudicataria è pari allo sconto maggiore tra tutti quelli ammessi ed escluso quello dell'impresa aggiudicataria (c.d. "metodo del secondo prezzo"). In caso di pareggio con più offerte identiche allo sconto maggiore, il vincitore è estratto a sorte tra queste offerte e lo sconto di aggiudicazione riconosciuto è pari allo sconto offerto dall'aggiudicataria.

Segue FOCUS

Metodo C)

La stazione appaltante che applichi tale metodo deve indicare **nel bando di gara lo “sconto di riferimento”**.

Tale sconto è espresso **come percentuale della base d'asta** rispetto a cui **le imprese formulano i loro sconti** e rappresenta **l'indicazione che la stazione appaltante offre alle imprese della soglia di anomalia, al netto di una componente randomica** determinata successivamente in base alle offerte ricevute.

La soglia di anomalia è determinata come segue:

- a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;
- b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a), esclusi quelli accantonati di cui alla lettera a);
- c) calcolo di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b);
- d) calcolo della somma di tutte le cifre, sia prima che dopo la virgola fino al secondo decimale, della somma dei ribassi di cui alla lettera a);
- e) **la soglia di anomalia è uguale allo sconto di riferimento di cui al punto 1): 1. decrementata del valore di cui alla lettera c), nel caso in cui il valore di cui alla lettera d) sia pari; 2. incrementata del valore di cui alla lettera c), nel caso in cui il valore di cui alla lettera d) sia dispari.**

Tutti gli sconti superiori alla soglia di cui alla lettera e) sono automaticamente esclusi. Tra le offerte non escluse, incluse quelle inizialmente accantonate per il calcolo di cui alla lettera a), la stazione appaltante individua come vincitrice quella con lo sconto maggiore. Lo sconto di aggiudicazione corrisposto all'impresa aggiudicataria è quello che questa stessa impresa ha presentato. In caso di pareggio tra le offerte di maggior ribasso, il vincitore è deciso con un sorteggio. Se tutte le offerte presentate sono anomale, la stazione appaltante valuta l'effettiva anomalia in contraddittorio.

❑ TERMINI – ART. 55

L'art. 55 disciplina i termini per la **stipulazione** del contratto, prevedendo che la stessa debba avvenire **entro 30 giorni** dall'aggiudicazione (art. 55, comma 1).

La norma **esclude**, poi, l'applicazione dei **termini dilatori dello “standstill period”** (art. 55, comma 2).

❑ ESECUZIONE ANTICIPATA DEL CONTRATTO – ART. 50, COMMA 6

Viene introdotta la possibilità per la S.A. di ricorrere sempre all'**esecuzione anticipata del contratto**, anche al di fuori dei casi di urgenza, **dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario**.

Nel caso di mancata stipulazione, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori (art. 50, comma 6).

□ **GARANZIE nel sottosoglia – ART. 53**

L'art. 53 disciplina le **garanzie provvisorie e definitive**.

- ✓ **Garanzia provvisoria: non più richiesta.** Eccezione: in presenza di **particolari esigenze** che ne giustificano la richiesta, da indicare nei documenti di gara. Quando richiesta, non può superare **l'uno per cento** dell'importo a base di gara (art. 53, comma 2).
- ✓ **Garanzia definitiva: è facoltà** della stazione appaltante **non** richiederla **in casi** debitamente **motivati**. Quando richiesta, è pari al **cinque per cento** dell'importo contrattuale (art. 53, comma 4).

Si applicano gli incrementi delle garanzie previste per il soprasoglia?

NO Parere MIT 2129

Si applicano le riduzioni delle garanzie previste per il soprasoglia in caso di possesso delle certificazioni di qualità?

NO Parere MIT 2129

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**.
- **ha acquistato efficacia** il **1° luglio 2023**.

Conseguentemente,

- Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, è stato 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 scemputo 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 ha acquistato 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.

■ L' appalto integrato nel transitorio

Nel caso in cui l'incarico di redazione del progetto di fattibilità tecnico economica sia stato **formalizzato prima** della data in cui il codice ha acquistato 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

- 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.

■ Questioni interpretative per i lavori per i lavori PNRR/PNC/ finanziati con fondi UE 1/3

La legislazione emergenziale è stata pensata

«in deroga»

al Codice 50/20216 (il codice 36 non era in vigore)

A decorrere dal 1 luglio 2023 (data di abrogazione del Codice 50/2016)

l'affidamento delle procedure relative agli interventi PNRR/PNC O finanziate con fondi UE

*Vanno in deroga al **Codice 50/2016***

oppure

*al **Codice 36/2023 **???***

Gli aspetti normativi non disciplinati dalla normativa speciale

Nell'ipotesi in cui il bando sia stato pubblicato o la lettera di invito nel caso di procedura negoziata sia stata trasmessa **prima del 1 luglio**

si applica

il codice 36/2023

oppure

il codice 50/2016?

possibile situazione di "rinvio circolare",

derivante da un **possibile conflitto**

tra l'**articolo 225, comma 8,**
che **mantiene valide**

le norme del PNRR-PNC, spesso collegate al decreto legislativo n. 50/2016,

e

e l'**articolo 226, comma 5,** del codice n. 36/2023,
che **abroga**
il **Codice 50,**

specificando che *“ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016 [...] si intende **riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso**”*.

LA CIRCOLARE MIT 13 LUGLIO 2023



Ministero delle infrastrutture e dei trasporti

Oggetto: Il regime giuridico applicabile agli affidamenti relativi a procedure afferenti alle opere PNRR e PNC successivamente al 1° luglio 2023 - Chiarimenti interpretativi e prime indicazioni operative.

1. Premessa e ambito applicativo

L'acquisto di efficacia, a far data dal 1° luglio 2023, delle disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (di seguito, anche d.lgs. n. 36 del 2023), induce ad un opportuno coordinamento interpretativo fra la legislazione introdotta *ex novo* e la disciplina anch'essa operante in *subjecta materia*, introdotta nell'ordinamento al fine di consentire la rapida realizzazione di interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e dal Piano Nazionale Complementare (PNC).

Per quanto qui di interesse, gli ambiti di disciplina rilevanti riguardano i seguenti due profili:

1) il regime giuridico applicabile alla luce del combinato disposto di cui agli articoli 225, comma 8 e 226, comma 2 del d.lgs. n. 36 del 2023;

2) il regime giuridico applicabile, da parte dei Comuni non capoluogo di provincia, in relazione all'indizione di procedure ad evidenza pubblica ai sensi dell'articolo 1, comma 1, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, come successivamente modificato dall'articolo 52, comma 1, lettera a), del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108.

Nel contesto di tale ambito normativo, si indicano di seguito alcuni criteri ermeneutici, che, con riferimento ai due profili sopra richiamati, consentono di individuare la **normativa concretamente applicabile**, in primo luogo, alle **procedure ad evidenza pubblica relative alle opere PNRR e assimilate**, indette successivamente all'entrata in efficacia del nuovo codice dei contratti pubblici e, in secondo luogo, alle **procedure ad evidenza pubblica, relative alle medesime opere, indette specificamente, in qualità di stazioni appaltanti, da Comuni non capoluogo di provincia**.

2. La normativa applicabile alle procedure ad evidenza pubblica relative ad opere finanziate con fondi PNRR e assimilate

L'articolo 225, comma 8 del d.lgs. n. 36 del 2023, prevede che: *"In relazione 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 concesse, anche se non finanziate con dette risorse, si applicano, 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*

il MIT conferma la “**specialità delle disposizioni di cui decreto-legge n. 77 del 2021 e ss.mm.ii** e, dunque, la **perdurante efficacia**, anche successivamente al 1° luglio 2023, delle disposizioni speciali in materia di procedure ad evidenza pubblica già ad oggi introdotte nell’ordinamento giuridico relative ad opere finanziate in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR, dal PNC o 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”.

Il parere MIT 2153

*[...].... Posto che in base alla circolare suddetta sembra di capire che i rinvii del DL n. 77/2021 al Dlgs n. 50/2016 e ai relativi atti attuativi abbiano i loro effetti anche successivamente al 1 luglio 2023 e, al momento, sino al 31 dicembre 2023, **per quanto non disciplinato in deroga dal DL n. 77/2021 sopra citato e da questi non espressamente rinviato al Dlgs 50/2016, il Dlgs 36/2023 si applica oppure no?***

Risposta

*....sulla base delle indicazioni di cui alla circolare del MIT del **12.07.2023** si ritiene che il nuovo codice non trovi sostanzialmente applicazione, considerato che le semplificazioni in materia di PNRR-PNC di cui al DL n. 77/2021 sono state introdotte “solo al fine di consentire la rapida realizzazione di tali opere”.*

?

..... i problemi di coordinamento sono quindi risolti ?...

?

...Non del tutto....

1) Vi sono disposizioni del codice 2016 che presentano **maggiore complessità/aggravi** di procedimento

**Si pensi al principio della rotazione che impedisce anche in reinvido dei concorrenti solo invitati all'appalto

precedente mentre

il nuovo codice con l'articolo 49 impone la rotazione solo nei confronti del pregresso affidatario

Questioni interpretative per i lavori per i lavori PNRR/PNC/ finanziati con fondi UE 2/3

Bisogna partire da una distinzione al fine di determinare l'applicabilità temporale del nuovo codice degli appalti alle procedure legate al PNRR-PNC, a partire dal 1° luglio 2023, basandosi sulla **tradizionale distinzione tra:**

- **rinvio materiale (o recettizio):** in questo caso, l'atto richiamante fa riferimento **specifico** e unico alle disposizioni richiamate (testo storicamente in vigore), che diventano **parte integrante dell'atto richiamante** così come sono state scritte al momento del rinvio. **Pertanto, tutte le successive modifiche apportate all'atto richiamato non influiscono sull'atto che lo richiama.**

Esempio: l'art. **51, comma 1**, dello del citato d.lgs. n. **77/2021** , che applica alle opere del PNRR le procedure di gara stabilite dal d.lgs. n. **76/2020**, convertito in legge con la legge n. 120/2020, imponendo altresì il rispetto dei principi generali stabiliti dall'articolo 30 del decreto legislativo n. 50/2016.

- **rinvio formale (o mobile o non recettizio):** in questo caso, l'atto richiamante fa riferimento a un altro atto con l'intento di richiamare **la fonte** stessa prima ancora che la disposizione, **comprendendo** quindi **tutte le successive modifiche** apportate all'atto richiamato.

Esempio: questo è il caso **dell'art. 49 del citato d.lgs. n. 77/2021** che **reformula** la disciplina del **subappalto** prevista dall'articolo **105 del decreto legislativo n. 50/2016**.

Questioni interpretative per i lavori per i lavori PNRR/PNC/ finanziati con fondi UE 3/3

Pertanto,

secondo la ricostruzione proposta,

- **rinvio materiale (o recettizio)**: continuerà ad applicarsi il Codice 50/2016
- **rinvio formale (o mobile o non recettizio)**: a partire dal 1° luglio 2023 dovrà essere applicato il Codice 36/2023.

Grazie per l'attenzione!!