



•ALERT•

4 APRILE 2023

Il nuovo Codice dei Contratti pubblici

Alcune principali novità e principi cardine del nuovo Codice dei Contratti che acquisterà efficacia dal 1° luglio 2023

In data 31 marzo 2023 il Governo ha adottato il **D.Lgs. n. 36/2023**, recante «*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 dei Contratti Pubblici") che sostituisce e abroga il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Di seguito le principali novità.

1. ENTRATA IN VIGORE, EFFICACIA E NORME TRANSITORIE

Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici è entrato in vigore il 1° aprile 2023, ma acquisterà efficacia in data 1° luglio 2023.

Il D.Lgs. n. 50/2016 sarà quindi abrogato a partire dal 1° luglio 2023 e continuerà ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti già in corso a tale data.

Alcune norme dell'attuale D.Lgs. n. 50/2016 continueranno ad applicarsi, in via transitoria, fino al 31 dicembre 2023 per lo svolgimento delle attività relative: a) alla redazione o acquisizione degli atti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) alla trasmissione dei dati e documenti relativi alle procedure di cui alla predetta lettera a); c) all'accesso alla documentazione di gara; d) alla presentazione del documento di gara unico europeo; e) alla presentazione delle offerte; f) all'apertura e alla conservazione del fascicolo di gara; g) al controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e alla gestione delle garanzie.

In via transitoria, resteranno dunque in vigore sino al 31 dicembre 2023 le disposizioni di cui agli articoli 21, comma



7, 29, 40, 41 comma 2-bis, 44, 52, 53, 58, 74, 81, 85, 105, comma 7, 111, comma 2-bis, 213 commi 8, 9 e 10, 214, comma 6 del D.Lgs. n. 50/2016.

2. PRINCIPI

La prima parte del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici è riservata all'enunciazione dei principi generali.

Tra i nuovi principi alla base dell'*agere amministrativo* si segnalano:

- il **principio del risultato** migliore possibile nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti pubblici (v. articolo 1);
- il **principio della fiducia** nella legittimità, correttezza e trasparenza dell'azione della pubblica amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici (v. articolo 2);
- il **principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale**, volto a consacrare il diritto della parte svantaggiata alla rinegoziazione secondo buona fede allorché circostanze straordinarie e imprevedibili sopravvenute, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato, alterino in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto (v. articolo 9).

3. LA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI

Gli articoli dal 19 al 36 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici sono dedicati – quale esigenza prioritaria e cardine della nuova disciplina – alla digitalizzazione di tutte le fasi della commessa pubblica, ricomprendendo l'intero ciclo di vita dei contratti.

4. PROGETTAZIONE

Lo spirito di semplificazione del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici ha riguardato i livelli di progettazione. Sono ora previsti **due livelli** invece dei tre precedenti: il **progetto di fattibilità tecnico-economica** ed il **progetto esecutivo**. Viene invece eliminato il progetto definitivo.

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.

Viene previsto l'obbligo (e non più la semplice possibilità) che gli oneri inerenti alla progettazione gravino sulla stazione appaltante cui accede la progettazione.

Resta da capire come questa previsione possa effettivamente portare ad una semplificazione e una auspicata accelerazione dei tempi e delle procedure rispetto a tutte le opere complesse che richiedono necessariamente un approfondimento a livello di progettazione definitiva ai fini della concertazione e della condivisione degli Enti e dell'esame degli impatti ambientali (in particolare, ai fini della valutazione di impatto ambientale).

5. APPALTO INTEGRATO

Con l'introduzione dell'art. 44, il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici sdogana nuovamente l'istituto dell'**appalto integrato**, che tornerà ad essere applicabile senza i divieti e le limitazioni introdotti dal D.Lgs. n. 50/2016. Sarà dunque possibile l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori allo stesso operatore economico, sulla base di un **progetto di fattibilità tecnico-economica**, con l'unica eccezione degli appalti di lavori di manutenzione ordinaria, per i quali l'istituto dell'appalto integrato non sarà applicabile.

6. CONTRATTI SOTTOSOGLIA

Con riguardo ai contratti sottosoglia, il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, nel solco delle modalità di affidamento introdotte durante il periodo emergenziale dovuto alla pandemia da Covid-19, ha attribuito ampi margini di flessibilità alle stazioni appaltanti.

Lavori

- **affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro**, 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;
- **procedura negoziata senza bando**, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di

operatori economici, per i *lavori* di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro;

- **procedura negoziata senza bando**, previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, individuati in base a 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 di rilevanza comunitaria (art. 14), salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie (artt. 70 e ss.) previa adeguata motivazione.

Servizi e forniture

- **affidamento diretto dei servizi e forniture**, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di **importo inferiore a 140.000 euro**, 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;
- **procedura negoziata senza bando**, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di *servizi e forniture*, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di **importo pari o superiore a 140.000 euro** e fino alle soglie di rilevanza comunitaria (art. 14).

7. SUBAPPALTO

La disciplina del subappalto viene revisionata ed accorpata sia per i contratti di appalto che di concessione. In particolare, è confermata la soppressione dei limiti quantitativi al subappalto ed è introdotta la possibilità del subappalto cd. "*a cascata*" (art. 119, comma 17), fermo restando che la stazione appaltante indica nei documenti di gara le prestazioni che devono essere necessariamente svolte dall'affidatario.

8. REVISIONE DEI PREZZI

Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici dedica l'articolo 60 alla disciplina della revisione dei prezzi, prevedendo l'**inserimento obbligatorio delle clausole di revisione dei prezzi nei documenti di gara iniziali** delle procedure di affidamento. Tali clausole si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio. La variazione deve essere in aumento o in diminuzione superiore al 5% dell'importo complessivo e la revisione opera nella misura dell'80% della variazione stessa. Per calcolare la variazione si utilizzano indici sintetici delle variazioni dei prezzi, approvati dall'ISTAT.

9. GRAVI ILLECITI PROFESSIONALI

L'art. 98 del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici prevede che l'esclusione "non automatica" di un operatore economico per grave illecito professionale venga disposta e comunicata dalla stazione appaltante al ricorrere di tutte le condizioni previste dalla norma.

Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici indica in modo tassativo i gravi illeciti professionali e i relativi di prova che possono discrezionalmente (e non in via automatica) condurre all'esclusione.

In particolare, il grave illecito professionale si può desumere, *inter alia*, dalla pendenza di eventuali provvedimenti emessi dal giudice penale (tra cui: provvedimenti cautelari reali o personali, sentenza di condanna non definitiva, decreto penale di condanna non irrevocabile, patteggiamenti) a carico dell'operatore economico che abbia commesso i reati per cui è prevista l'esclusione automatica dalla gara ai sensi dell'art. 94 (a titolo esemplificativo: associazione per delinquere di stampo mafioso, frode, false comunicazioni sociali, concussione, corruzione ecc.) e, inoltre, per altre specifiche tipologie di reati (esercizio abusivo della professione, reati fallimentari e tributari, reati di cui al D.Lgs. 231/2001).

10. PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO (PPP)

Il ricorso al PPP deve essere preceduto da una valutazione preliminare di convenienza e fattibilità, che confronta la stima dei costi e dei benefici del progetto con l'alternativa del contratto di appalto, considerata la capacità del progetto di generare soluzioni innovative.

Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici distingue gli enti concedenti qualificati a stipulare contratti di PPP su tre distinte fasce di importo di cui all'articolo 63:

- qualificazione base, per servizi e forniture fino alla soglia di 750.000 euro e per lavori fino a 1 milione di euro;
- qualificazione intermedia, per servizi e forniture fino a 5 milioni di euro e per lavori fino alla soglia di cui all'articolo 14;
- qualificazione avanzata, senza limiti di importo.

Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici modifica la disciplina relativa al contributo pubblico ai fini del raggiungimento e mantenimento dell'equilibrio economico finanziario nelle concessioni, eliminando in particolare il limite quantitativo del 49% di contributo pubblico.

Per la finanza di progetto (art. 193), è ora previsto il solo procedimento di *project financing* ad iniziativa privata, con la conseguente eliminazione della disciplina del *project* ad

iniziativa pubblica. Tra le novità più rilevanti, si segnala l'obbligo (non più la facoltà) di costituire una società di scopo, disciplinata ora dall'articolo 194, per gli affidamenti superiori alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1, lettera a). Inoltre, con specifico riguardo agli investitori istituzionali si precisa che, qualora privi dei requisiti richiesti dal bando, possano associarsi o consorziarsi, nella successiva gara, con operatori in possesso dei requisiti. Rispetto al D.Lgs. n. 50/2016, quindi, viene eliminato l'obbligo per gli investitori istituzionali, qualora privi dei requisiti tecnici, di associarsi con progettisti qualificati già in fase di presentazione della proposta e, in generale, si sono introdotte misure volte ad incentivare la partecipazione degli investitori istituzionali alle operazioni di PPP. Si rileva l'eliminazione dei riferimenti alla nautica di porto e della possibilità per gli operatori economici di presentare proposte già presenti negli strumenti di programmazione, fatta salva l'ipotesi in cui propongano modalità diverse di realizzazione.

11. RUOLO DELL'ANAC

Si rileva anche il riordino delle competenze dell'ANAC, la cui disciplina è contenuta nell'articolo 222. Tra le principali novità vi è l'eliminazione del riferimento alle Linee guida dell'Autorità tra gli strumenti di regolazione flessibile.

12. CONTENZIOSO

Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici interviene in materia di giustizia amministrativa aggiornando gli **articoli 120, 121 e 124 del D.Lgs. n. 104/2010** (Codice del processo amministrativo) ed estendendo la cognizione del Giudice Amministrativo anche alle **azioni risarcitorie** e alle **azioni di rivalsa proposte dalle stazioni appaltanti nei confronti degli operatori economici** che, con un comportamento illecito, hanno concorso a determinare un esito illegittimo della gara.

A cura del dipartimento di diritto amministrativo

CONTATTI

Leonardo De Vecchi

leonardo.devecchi@lcalex.it

Benedetta Mussini

benedetta.mussini@lcalex.it