

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36

Roma, 10 maggio 2023

Avv. Pietro Moro

ENTRATA IN VIGORE

GU n. 77 del 31 marzo 2023 di attuazione della Legge 21 giugno 2022,
n. 78

Dal 1° luglio 2023

**acquistano efficacia le norme del nuovo Codice (229 articoli)
e relativi 38 allegati.**

ENTRATA IN VIGORE

Dal 1° luglio 2023

Proprio Tutto ?



ENTRATA IN VIGORE

Dal 01.01.2024

ACQUISTANO EFFICACIA LE SEGUENTI DISPOSIZIONI DEL NUOVO CODICE E DEGLI ALLEGATI.

1. PUBBLICITA'.

- Applicazione degli artt. 27 (Pubblicità legale degli atti), 81 (Avvisi di pre-informazione), 83 (Bandi e avvisi: contenuti e modalità di redazione), 84 (Pubblicazione a livello europeo) e 85 (Pubblicazione a livello nazionale).

2. DIGITALIZZAZIONE, TRASPARENZA E ACCESSO.

- Applicazione degli artt. 19 (Principi e diritti digitali), 20 (Principi in materia di trasparenza), 21 (Ciclo di vita digitale dei contratti pubblici), 22 (Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale), 23 (BDNCP), 24 (FVOE), 25 (Piattaforme di approvvigionamento digitale), 26 (Regole tecniche), 28 (Trasparenza dei contratti pubblici), 29 (Regole applicabili alle comunicazioni), 30 (Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici), 31 (Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti), 35 (Accesso agli atti e riservatezza) 36 (Norme procedurali e processuali in tema di accesso), 37, co. 4 (Pubblicazione programma triennale), 99 (Verifica del possesso dei requisiti), 106, co. 3, ult. periodo (verifica digitale garanzia fideiussoria), 115, co. 5 (invio dati alla BDNCP al fine del controllo contabile), 119, co. 5 (verifica digitale requisiti subappaltatore), e 224, co. 6 (soppressione riferimento alla mandataria del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza).

3. QUALIFICAZIONE STAZIONI APPALTANTI.

- Il requisito di qualificazione di cui agli artt. a, co. 1, lett. c e 6, co. 1, lett. c dell'Allegato II.4 (disponibilità di piattaforme di approvvigionamento digitale di cui agli artt. 25 e 26 del codice) è richiesto a decorrere dal 1° gennaio 2024.



ENTRATA IN VIGORE

Fino 01.01.2024

1. PUBBLICITA'.

2. DIGITALIZZAZIONE, TRASPARENZA E ACCESSO.

Restano in vigore in via transitoria le corrispondenti norme del D.Lgs.
n.50 del 2016

Ma tutto il resto è abrogato



ENTRATA IN VIGORE

Il D.Lgs. n.50 continua ad applicarsi ai PROCEDIMENTI IN CORSO, ossia:

- a) procedure e contratti con bandi o avvisi pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia;
- b) in mancanza di pubblicazione, procedure e contratti in relazione ai quali siano stati già inviati gli avvisi a presentare offerta;
- c) procedimenti, per le opere di urbanizzazione a scomputo, le cui convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, siano stati già stipulati.



Codice Auto Esecutivo

«.....un codice che non rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi e sia immediatamente "autoesecutivo, consentendo da subito una piena conoscenza dell'intera disciplina da attuare.....» (Relazione di Accompagnamento)

Questo anche grazie ai 38 allegati
(da leggere bene)

LIBRO I**PRINCIPI, DIGITALIZZ.,
PROGR. E PROGETT.****PARTE I – PRINCIPI**

Tit. I - Principi generali

artt. 1-12

Tit. II - Ambito di applicazione,
RUP e fasi dell'affidamento

artt. 13-18

**II – DIGITALIZZAZIONE
DEL CICLO DI VITA DEI
CONTRATTI** artt. 19-36**III – PROGRAMMAZIONE**
artt. 37-40**IV – PROGETTAZIONE**
artt. 41-47**LIBRO II****APPALTI****PARTE I – CONTRATTI
“SOTTOSOGLIA”**

artt. 48-55

**PARTE II – ISTITUTI E
CLAUSOLE COMUNI**

artt. 56-61

PARTE III – SOGGETTI

Tit. I – Staz. appaltanti 62-64

Tit. II – Operatori econ. 65-69

**IV – PROC. SCELTA DEL
CONTRAENTE** artt. 70-76**PARTE V – SVOLGIM.
DELLE PROCEDURE**

I - Atti preparatori artt. 77-82

II - Bandi, avvisi, inviti 83-90

III - Doc. offerente e termini
per domande e offerte 91-92

IV – Requisiti di partec. 93-106

V – Selezione offerte 107-112

VI - ESECUZIONE 113-126**VII - NORME PER ALCUNI
CONTRATTI** artt. 127-140**LIBRO III****APPALTI
NEI SETTORI SPECIALI****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 OFFERTE** artt. 167-173**LIBRO IV****PPP E CONCESSIONI****PARTE I – DISPOSIZIONI
GENERALI**

artt. 174-175

II – CONCESSIONITit. I - Ambito d'applicaz. e
principi generali 176-181

II - Aggiudicazione 182-187

III - Esecuzione 188-192

IV - *Project financing* 193-195**PARTE III – LOCAZIONE
FINANZIARIA** artt. 196**IV – CONTRATTO DI
DISPONIBILITÀ** artt. 197**V – ALTRE DISPOS. SUL
PPP** artt. 198-202**PARTE VI – SERVIZI
GLOBALI** artt. 203-208**LIBRO V****CONTENZIOSO, ANAC E
DISP.FINALI E TRANS.****PARTE I - CONTENZIOSO**

Tit. I - Ricorsi giurisdizionali

artt. 209

Tit. II - Rimedi alternativi alla
tutela giurisdizionale

artt. 210-220

**PARTE II –
GOVERNANCE**

artt. 221-223

**III - DISP. TRANS., COORD.
E ABROG.** artt. 224-229

Codice Auto Esecutivo

“Si è cercato di scrivere un codice che racconti la storia delle procedure di gara, accompagnando amministrazioni e operatori economici, passo dopo passo, dalla fase iniziale della programmazione e progettazione sino all’aggiudicazione e all’esecuzione del contratto” (Relazione illustrativa)



Codice Auto Esecutivo – Gli allegati.

- Allegato I.1 - definizioni;
- Allegato I.12 - opere di urbanizzazione;
- Allegato I.2 - attività del Rup;
- Allegato I.3 - termini delle procedure;
- Allegato I.4 - valore imposta di bollo;
- Allegato I.5 - opere incompiute;
- Allegato I.6 - dibattito pubblico;
- Allegato I.7 - contenuto livelli di progettazione;
- Allegato I.14 - criteri di formazione e aggiornamento dei prezzari regionali;
- Allegato I.8 - modalità verifica preventiva dell'interesse archeologico;
- Allegato I.13 - determinazione dei parametri per la progettazione;
- Allegato I.9 - metodi e strumenti di gestione informativa digitale
- Allegato I.10 - incentivi alle funzioni tecniche;

Codice Auto Esecutivo –Gli allegati.

- Allegato I.11 - funzionamento Consiglio superiore dei lavori pubblici;
- Allegato II. 1 - elenchi e le indagini di mercato "sottosoglia";
- Allegato II.2 - metodi esclusione automatica delle offerte anomale;
- Allegato II.3 - pari opportunità generazionali e di genere;
- Allegato II.4 - qualificazione Stazioni Appaltanti e funzionamento centrali di committenza;
- Allegato II.12 - requisiti operatori economici per l'affidamento servizi di architettura e ingegneria, requisiti qualificazione operatori per affidamento lavori - consorzi, rti - e categorie SOA;
- Allegato II.5 - specifiche tecniche;
- Allegato II.6 - informazioni bandi;
- Allegato II.8 - costi del ciclo vita;
- Allegato II.7 - modalità di pubblicazione bandi ed avvisi;
- Allegato II.9 - inviti ai candidati;



Codice Auto Esecutivo – Gli allegati

- Allegato II.10 - gravi violazioni definitivamente accertate per imposte, tasse e contributi previdenziali;
- Allegato II.11 - registri professionali o commerciali per O.E. di altro Stato membro non residente;
- Allegato II. 13 - certificazioni per riduzione importo garanzie;
- Allegato II.14 - attività e compiti del direttore dei lavori e dell'esecuzione, modalità e tempi del collaudo, modifiche e varianti e procedimento di risoluzione del contratto, criteri di quantificazione lavori e rimborso dei materiali in caso di recesso;
- Allegato II.15 - criteri per la determinazione dei costi accertamenti di laboratorio e le verifiche tecniche obbligatorie e criteri di quantificazione risarcimento danno in caso di sospensioni;
- Allegato II.16 - contenuto avviso di modifica del contratto;
- Allegato II.17 - servizio sostitutivo di mensa;
- Allegato II.18 - requisiti di qualificazione dei soggetti esecutori e dei direttori tecnici, nonché livelli e i contenuti della progettazione e le modalità del collaudo dei lavori per i beni culturali;
- Allegato II. 19 - Servizi di ricerca e sviluppo;
- Allegato II.20 - Difesa e sicurezza;
- Allegato IV.1- informazioni bando di concessione;
- Allegato V.1 - compensi arbitri e funzionamento albo;
- Allegato V.2 - CCT
- Allegato V.3 - funzionamento cabina di regia.



Codice Auto Esecutivo – Gli allegati.

La maggior parte degli allegati al testo del D.Lgs. n. 36/2023 sono atti legislativi in prima applicazione che possono diventare regolamentari se entro il 28 settembre 2023 saranno abrogati e sostituiti da regolamenti ministeriali sostitutivi, anche con contenuto identico a quello dell'allegato stesso. (225, comma 14 del D.Lgs. n. 36/2023 che indica come scadenza per l'emanazione dei regolamenti "entro novanta giorni dalla data in cui il codice acquista efficacia»).

Occhio al 28 settembre: molte delle cose che diciamo potranno essere in parte modificate con questo meccanismo

Codice Auto Esecutivo – I Decreti da emanare .

Quindi nonostante l'auto esecutività ci sono ancora dei decreti
attuativi da emanare

Una considerazione

Da ANAC (le lettere A e C stanno per anti corruzione)

ai

principi generali del **risultato e della fiducia** (articoli 1 e 2).

Ribaltamento del presupposto della sfiducia nelle stazioni appaltanti e nelle imprese, che ha ispirato gli ultimi decenni, almeno a partire da Tangentopoli.



Una considerazione

- **La concorrenza e la trasparenza** sono valori funzionali al raggiungimento del risultato, non il fine ultimo della contrattazione pubblica. In definitiva, in un contesto concorrenziale, trasparente e integro, e nel pieno rispetto della legge, la stazione appaltante non deve limitarsi ad applicare in modo pedissequo e formale quest'ultima, ma **deve stipulare buoni contratti**.
- È dunque riconosciuta alle stazioni appaltanti **maggiore flessibilità di azione**.
- Il principio del risultato è criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.

Una considerazione

“Il risultato si inquadra nel contesto della legalità e della concorrenza: ma tramite la sua codificazione si vuole ribadire che legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l'obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività” (Relazione al Codice)

Il comma 4 dell'art. 1, in coerenza con il principio della fiducia declinato nell'art. 2, valorizza il raggiungimento del risultato come elemento da valutare, in sede di responsabilità (amministrativa e disciplinare) e che nell'ottica di ridurre la burocrazia difensiva si “premia” il funzionario che raggiunge il risultato attenuando il peso di eventuali errori potenzialmente forieri di responsabilità del funzionario pubblico.



Una considerazione

Applicazioni di questo nuovo paradigma sono:

- la liberalizzazione del **subappalto** (cd. a cascata);
- **l'appalto integrato**, che nel precedente Codice era, in linea di principio, vietato (unico appalto per progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvato);
- **le soglie per gli affidamenti diretti senza gara** (oggi elevate a 150.000 Euro per i lavori, e 140.000 Euro per servizi e forniture);
- **la semplificazione degli affidamenti relativi alle soglie intermedie** tra tali valori e il valore delle soglie europee (5,3 milioni di euro per i lavori e, nella maggior parte dei casi, 215.000 euro per servizi e forniture);



Una considerazione

- **La territorialità** (collusione!!!) *Ai fini della tutela della libera concorrenza e della promozione del pluralismo degli operatori nel mercato, le procedure relative agli affidamenti di cui al Libro II, parte IV, possono prevedere, nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, criteri premiali atti a favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese 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. Le disposizioni di cui al terzo periodo si applicano compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità (art.108 7 comma)*

Focus sotto soglia

MODALITÀ DI AFFIDAMENTO (articolo 50, comma 1)

► LAVORI:

- **affidamento diretto**, anche senza consultazione di più operatori economici, per **lavori di importo inferiore a 150.000 Euro**;
- **procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici** individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (vedi allegato II.1), **per i lavori di importo compreso tra 150.000 Euro e 1.000.000 di Euro**;
- **procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici** individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici per **lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di Euro fino alle soglie di rilevanza europea** (5,382 milioni di euro) (salva comunque la possibilità per la Stazione Appaltante di utilizzare le procedure ordinarie senza apposita motivazione).

► SERVIZI E FORNITURE

- **affidamento diretto**, anche senza consultazione di più operatori economici, **dei servizi e forniture di importo inferiore a 140.000 Euro**, (compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione);
- **procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici**, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (vedi allegato II.1) per affidamenti di **importo pari o superiore a 140.000 euro e inferiore alle soglie di rilevanza europea (215.000,00)**.

Focus sotto soglia

- È stata prevista la facoltà per la SA di procedere all'esecuzione anticipata del contratto dopo la verifica del possesso dei requisiti e prima dell'aggiudicazione, salvo il diritto al rimborso per le spese sostenute dall'operatore in caso di mancata aggiudicazione (**art. 50, comma 6**).
- Al concorrente non viene richiesta la produzione della garanzia provvisoria (salvo che nelle procedure per lavori superiori a Euro 150.000,00 o servizi e forniture superiori a 140.000 ricorrano particolari esigenze che ne giustificano la richiesta. In tal caso il relativo ammontare non può superare l'1% dell'importo a base di gara).
- Non si applica il periodo di *stand still* (35 giorni di pausa dall'aggiudicazione al contratto) (**art. 55, comma 2**)

Focus sotto soglia

- Nelle procedure negoziate può essere utilizzato sia il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa oppure quello del prezzo più basso ad eccezione dell'ipotesi prevista dall'articolo 108 comma 2 (servizi sociali, di ristorazione nonché i servizi ad alta intensità di manodopera definiti dall'allegato I.1 art.2 comma 1 lett. e come quelli nei quali il costo manodopera è pari o superiore al 50% dell'importo complessivo dei corrispettivi).
- Nel caso in cui la Stazione Appaltante rilevi l'esistenza di un *interesse transfrontaliero certo* (esempio appalto in area di confine tra due Stati) nella procedura di affidamento dovrà seguire le procedure ordinarie e non quelle previste per i contratti sottosoglia (**art. 48 comma 2**).

Focus sotto soglia

L'affidamento diretto è totalmente discrezionale ?



Focus sotto soglia

L'articolo 12 i fa espresso rinvio alla diretta applicazione delle disposizioni della L.241/1991 che all'art. 3, comma 1, dispone l'elemento fondamentale caratterizzante l'azione pubblica: *“Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, **deve essere motivato**, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. **La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria**”.*

L'art. 17 comma 2 *«in caso di affidamento diretto, l'atto di cui al comma 1 (la decisione di contrarre) **individua l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale**».*

Le ragioni della scelta vanno esposte accanto all'evidenziazione dei requisiti di capacità, che, per altro, sono elemento facoltativo “e, se necessari”.

Sono sempre necessari solo i requisiti di carattere generale.



Focus sotto soglia

Comunque per l'affidamento diretto NON c'è un divieto per le stazioni appaltanti di far precedere la scelta del contraente da una consultazione informale tra più operatori economici.

Anzi, il previo interpello di più operatori economici è **espressamente consentito dall'art. 3 lett. d) dell'allegato I.1. al nuovo Codice.**



Focus sotto soglia

➤ Rotazione a 2 condizioni:

1. il contraente uscente deve risultare titolare di due precedenti affidamenti consecutivi.
2. tali affidamenti abbiano ad oggetto un contratto rientrante alternativamente nello stesso settore merceologico (per le forniture), nella stessa categoria di opere (per i lavori) ovvero nello stesso settore dei servizi (per i servizi).

In relazione alla prima condizione pare che il divieto opera solo se il contraente uscente è stato titolare di due contratti consecutivi, e quindi riguarda solo il terzo potenziale affidamento, sempre consecutivo.

➤ Il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto:

1. in casi motivati con riferimento alla struttura del mercato
2. in assenza di alternative
3. quando c'è stata accurata esecuzione del precedente contratto

NB: si tratta di criteri cumulativi, non alternativi

➤ è consentito derogare alla rotazione per appalti di importo inferiore a 5 mila euro



Una considerazione finale

Alfabetizzarci con questo nuovo codice

**ICN – Confcooperative – Federazioni
propongono**

- corso di formazione online a partire da metà giugno
- servizio appalti di consulenza e accompagnamento



Grazie per l'attenzione