

## IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI – 2023

E' stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 31 marzo il Decreto legislativo 31 marzo, n. 36, contenente il Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della Legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici. La norma è entrata in vigore il 1° aprile, ma le disposizioni avranno efficacia dal 1° luglio 2023. È inoltre previsto un periodo transitorio, fino al 31 dicembre 2023, che prevede l'estensione della vigenza di alcune disposizioni del d. lgs. 50/2016 e dei decreti semplificazioni (D.L. 76/2020) e semplificazioni bis (D.L. 77/2021).

Le disposizioni del codice si applicano ai contratti di appalto e di concessione; non si applicano ai contratti esclusi, ai contratti attivi e ai contratti a titolo gratuito, anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto.

Per l'applicazione del codice le soglie di rilevanza europea sono:

- a) euro 5.382.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
- b) euro 140.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle stazioni appaltanti che sono autorità governative centrali; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da stazioni appaltanti operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato III alla direttiva 2014/24/UE;
- c) euro 215.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da stazioni appaltanti sub-centrali; questa soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, quando gli appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato III alla direttiva 2014/24/UE;
- d) euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e assimilati.

### LE PRINCIPALI NOVITÀ

Responsabile Unico di Progetto (vedi dopo).

Subappalto: nel recepire i rilievi della Corte di Giustizia e dalla Commissione UE, è consentito il subappalto senza limiti percentuali e il c.d. subappalto a cascata, permettendo tuttavia ai funzionari pubblici di limitare tali possibilità, proprio in ossequio ai principi di fiducia e risultato, inserendo nel documento di gara motivazioni specifiche.

Affidamento diretto

- per servizi e forniture, ivi inclusi servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, la soglia limite è quella di importo inferiore a 140.000,00 euro. È prevista la procedura negoziata senza bando per importi da 140.000,00 fino a 215.000,00 (750.000,00 per appalti di servizi sociali e assimilati), previa consultazione di almeno 5 operatori economici;
- per i lavori, la soglia per affidamenti diretti è fissata ad importi inferiori a 150.000,00 euro. È prevista la procedura negoziata, senza bando, per lavori da 150.000,00 euro fino a 1 mln di euro e da 1 mln di euro fino a 5,382 mln di euro, con numero di operatori da invitare, rispettivamente da 5 a 10; per

l'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino 5,382 milioni di euro è fatta salva la possibilità di procedere con gara ad evidenza pubblica senza necessità di motivazione.

#### PERIODO TRANSITORIO. DISTINZIONE TRA ENTRATA IN VIGORE 1/04/2023 ED EFFICACIA DELLE NORME 1/7/2023.

L'entrata in vigore del nuovo Codice è fissata al 1° aprile 2023, ma le sue disposizioni trovano applicazione a decorrere dal 1° luglio 2023.

Per avvisi o bandi già pubblicati prima del 1° luglio 2023 si continuano ad applicare le norme procedurali di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Fino al 31 dicembre 2023, inoltre, continuano ad essere in vigore e ad applicarsi le seguenti specifiche norme di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50:

- Articolo 70 - Avvisi di preinformazione
- Articolo 72 - Redazione e modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi
- Articolo 73 - Pubblicazione a livello nazionale
- Articolo 127, comma 2 - Pubblicità e avviso periodico indicativo
- Articolo 129, comma 4 - Bandi di gara e avvisi relativi agli appalti aggiudicati

Sempre fino al 31 dicembre 2023, solo per lo svolgimento delle seguenti attività:

- a) redazione o acquisizione degli atti relativi alle procedure di programmazione,
- b) progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;
- c) trasmissione dei dati e documenti relativi alle procedure di cui alla lettera a);
- d) accesso alla documentazione di gara;
- e) presentazione del documento di gara unico europeo;
- f) presentazione delle offerte;
- g) apertura e la conservazione del fascicolo di gara;
- h) controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie

continuano ad applicarsi, i seguenti articoli del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50:

- Articolo 21, comma 7- Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici
- Articolo 29 - Principi in materia di trasparenza
- Articolo 40 - Obbligo di uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione
- Articolo 41 comma 2-bis - Misure di semplificazione delle procedure di gara svolte da centrali di committenza
- Articolo 44 - Digitalizzazione delle procedure
- Articolo 52 - Regole applicabili alle comunicazioni
- Articolo 53 - Accesso agli atti e riservatezza
- Articolo 58 - Procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione
- Articolo 74 - Disponibilità elettronica dei documenti di gara
- Articolo 81 - Documentazione di gara

- Articolo 111, comma 2-bis - Controllo tecnico, contabile e amministrativo (metodologie e strumentazioni elettroniche per collegamento a banca dati ANAC)
- Articolo 213, commi 8, 9 e 10 - Autorità Nazionale Anticorruzione (Gestione da parte dell'ANAC della banca dati Nazionale dei Contratti Pubblici).

Conseguentemente, dal 1° gennaio 2024, anche per le succitate attività, acquistano invece efficacia le disposizioni dei seguenti articoli del Nuovo Codice Appalti:

- Articolo 19 - Principi e diritti digitali
- Articolo 20 - Principi in materia di trasparenza
- Articolo 21 - Ciclo di vita digitale dei contratti pubblici
- Articolo 22 - Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (e-procurement).
- Articolo 23 - Banca dati nazionale dei contratti pubblici
- Articolo 24 - Fascicolo virtuale dell'operatore economico
- Articolo 25 - Piattaforme di approvvigionamento digitale
- Articolo 26 - Regole tecniche
- Articolo 27 - Pubblicità legale degli atti
- Articolo 28 - Trasparenza dei contratti pubblici
- Articolo 29 - Regole applicabili alle comunicazioni
- Articolo 30 - Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici
- Articolo 31 - Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti
- Articolo 35 - Accesso agli atti e riservatezza
- Articolo 36 - Norme procedurali e processuali in tema di accesso
- Articolo 37, comma 4 - Programmazione dei lavori e degli acquisti di beni e servizi.
- Articolo 81 - Avvisi di preinformazione
- Articolo 83 - Bandi e avvisi: contenuti e modalità di redazione
- Articolo 84 - Pubblicazione a livello europeo
- Articolo 85 - Pubblicazione a livello nazionale
- Articolo 99 - Verifica del possesso dei requisiti
- Articolo 106, comma 3, ultimo periodo, - Garanzie per la partecipazione alla procedura
- Articolo 115, comma 5 - Controllo tecnico contabile e amministrativo
- Articolo 119, comma 5 – Subappalto “a cascata”
- Articolo 224, comma 6 - Disposizioni ulteriori

Infine, a decorrere dal 1° luglio 2023, in luogo dei regolamenti e delle linee guida dell'ANAC, adottati in attuazione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 e delle linee guida adottate dall'ANAC, laddove non diversamente previsto nel nuovo codice, si applicano le corrispondenti disposizioni dello stesso e dei suoi allegati.

## IL PNRR E' REGOLATO ANCORA DALLA NORMATIVA EMERGENZIALE

Per gli affidamenti e i contratti a valere su progetti PNC e PNRR e sulle relative infrastrutture di supporto, anche successivamente al 1° luglio 2023, si applicano le

disposizioni di cui al decreto-legge 31 maggio 202, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR e dal PNC.

## ATTUAZIONE DELLA RIFORMA PNRR

- ✓ Regime “speciale” degli appalti da PNRR: decreti di semplificazioni per gli appalti collegati o finanziati al PNRR o al PNC (D.L. 152/2021 convertito in legge 233/2021 e D.L. n. 36/2022, convertito in legge 150/2022).
- ✓ Regime “emergenziale”, emanato nel periodo post-pandemico: “primo” decreto semplificazioni (D.L. 76/2020, convertito in Legge 120/2020) e dal decreto semplificazioni 2021 (D.L. 77/2021, convertito in Legge 108/2021).
- ✓ Regime “ordinario”, riforma della disciplina sugli appalti pubblici, composto dal D. Lgs. n. 36/2023 e relativi atti attuativi e/o modificativi.

## LA DIGITALIZZAZIONE

Viene definito un sistema nazionale di approvvigionamento digitale i cui pilastri fondanti si individuano nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici, nel fascicolo virtuale dell'operatore economico (FVOE), reso recentemente operativo dall'ANAC, nelle piattaforme di approvvigionamento digitale, nell'utilizzo di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici.

La digitalizzazione investe anche la materia di accesso agli atti e si riconosce, in modo espresso, a tutti i cittadini la possibilità di richiedere la documentazione di gara/procedura, nei limiti consentiti dall'ordinamento vigente, attraverso l'istituto dell'accesso civico generalizzato.

## IL RESPONSABILE UNICO DEL PROCEDIMENTO

Il RUP diventa il responsabile unico del progetto per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento e per l'esecuzione di ciascuna procedura soggetta al codice. È previsto che possa essere nominato tra i dipendenti assunti anche a tempo determinato della stazione appaltante o dell'ente concedente.

E' prevista la possibilità per le stazioni appaltanti di nominare:

- un responsabile per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione;
- un responsabile per la fase di affidamento.

Tale opzione presenta il vantaggio di evitare un'eccessiva concentrazione in capo al RUP di compiti e responsabilità direttamente operative.

In caso di nomina dei responsabili di fase rimangono in capo al RUP gli obblighi – e le connesse responsabilità – di supervisione, coordinamento, indirizzo e controllo, mentre sono ripartiti in capo ai primi (responsabili di fase) i compiti e le responsabilità delle singole fasi a cui sono preposti.

Si introduce, quindi, un principio di “responsabilità per fasi”, quindi una sorta di responsabilità ripartita.

La nomina di RUP (responsabile unico di progetto) non può essere rifiutata.

In mancanza dell'indicazione del nominativo nel bando o nell'avviso di indizione di gara, è proprio il responsabile dell'unità organizzativa a ricoprire le funzioni del RUP, che nella scuola è il Dirigente Scolastico.

La vera novità sta appunto nel fatto che il RUP ha la facoltà di richiedere la nomina di:

1. un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione, esecuzione;
2. un responsabile di procedimento per l'affidamento.

I compiti del RUP sono disciplinati nel nuovo codice appalti.

## REQUISITI DI PROFESSIONALITÀ DEL RUP

Il RUP deve essere in possesso di titolo di studio di livello adeguato e di esperienza professionale soggetta a costante aggiornamento ai sensi dell'art. 15 comma 7 del Codice, maturata nello svolgimento di attività analoghe a quelle da realizzare in termini di natura, complessità e importo dell'intervento, in relazione alla tipologia e all'entità dei servizi e delle forniture da affidare.

Nello specifico, il RUP deve essere in possesso di esperienza nel settore dei contratti di servizi e forniture, attestata anche dall'anzianità di servizio maturata:

- a) di almeno un anno per gli importi inferiori alla soglia di cui all'art. 14 del codice;
- b) di almeno 3 anni per gli importi pari o superiori alla soglia di cui all'art. 14 del codice.

Per le forniture o i servizi connotati da particolari caratteristiche tecniche, quali dispositivi medici, dispositivi antincendio, sistemi informatici e telematici, la stazione appaltante può richiedere, oltre ai requisiti di esperienza di cui al comma 2, il possesso della laurea magistrale nonché di specifiche comprovate competenze.

## IL RUP NELLA SCUOLA

Il RUP è figura obbligatoria, presupponente "titolo di studio e competenza adeguata", scelto tra i dipendenti di ruolo, o in caso di accertata carenza in organico, tra i dipendenti in servizio (può essere pertanto un dipendente a tempo determinato). E' soggetto formalmente designato dal Dirigente e/o Responsabile del Settore/Servizio "per ogni singolo intervento da realizzare mediante contratto pubblico". Il formale atto di nomina, anche effettuabile in sede di programmazione dell'intervento, è parte integrante del bando/avviso, o lettera di invito

E' da escludersi che le funzioni di RUP possano esser conferite ad un soggetto estraneo alla P.A., attesa la chiarezza dell'art. 271 del Regolamento generale, alla luce del quale il Responsabile del procedimento è un funzionario, anche di qualifica non dirigenziale, dell'amministrazione aggiudicatrice. La figura di RUP non può che essere individuate nel DS che tuttavia può nominare RUP il DSGA in virtù del profilo contrattuale di questi e della espressa disposizione di cui al D.I. 129/2018.

L'art 15 del nuovo Codice, al comma 6 indica la possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere una struttura di supporto al RUP. Possono essere destinate risorse finanziarie non superiori all'1 % dell'importo posto a base di gara per l'affidamento diretto da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo.

Si discute molto sul presunto obbligo per il DS di assumere il ruolo di RUP per PON e PNRR, che sarebbe incompatibile con l'assunzione di ruoli ulteriori quale quello di project manager o assimilato. Si può ricorrere alla delega che non prevede l'accettazione, anche se si sconsiglia di provvedere d'imperio.

Non dovrebbe esserci incompatibilità tra il ruolo di RUP e di presidente di commissione.

## LE SOGLIE DI RILEVANZA COMUNITARIA

Come noto, nei contratti pubblici sono previste delle procedure semplificate se il valore dei contratti pubblici non supera determinati importi (art 35). Gli importi vengono stabiliti direttamente a livello comunitario e sono pari o superiore a (al netto di IVA):

- euro 5.382.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
- euro 140.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato III;
- euro 215.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali;
- euro 750.000 (resta inalterato l'odierno importo di 750.000 euro) per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

## L'AUTONOMIA NEGOZIALE DELLE SCUOLE

La procedura ordinaria di contrattazione prevista dal codice dei contratti e dal regolamento di contabilità (D.I. 129/2018 Art. 45) prevede che la scelta del contraente avvenga:

- per l'acquisto di beni e servizi il cui valore complessivo non superi 10.000 euro
- attraverso l'affidamento diretto;
- per la attività di contrattazione riguardanti acquisti, appalti e forniture il cui valore complessivo ecceda il limite di spesa di EURO 10.000 e fino agli importi previsti dal codice, spetta al Consiglio di Istituto determinare i criteri e i limiti su come procedere nella scelta del contraente.

Tuttavia, occorre sempre tener sempre presenti le norme generali stabilite dal Codice dei contratti (D. Lgs. 36/2023).

Decisione o determina a contrarre, ai sensi del comma 1 dell'art. 17 del nuovo Codice dei contratti: prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, con apposito atto, adottano la decisione di contrarre individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. I contenuti minimi del provvedimento a contrattare sono:

1. gli elementi essenziali del contratto,
2. i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte.

## IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI IN TEMA DI AFFIDAMENTI DIRETTI

Il c. 2 dell'art. 17, rimanendo sul tema del provvedimento a contrattare, stabilisce che in caso di affidamento diretto, l'atto di cui al c. 1 individua il contraente, le ragioni della scelta di quest'ultimo, l'oggetto dell'affidamento e l'importo e dà conto del possesso, da parte del medesimo, dei requisiti di carattere generale e, se richiesti, di quelli di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionali.

La norma non parla più espressamente della determinazione a contrattare in forma semplificata, introdotta nel 2017 ed ancora presente nell'art. 36, comma 2, del D. Lgs. 50/2016, ma, nella sostanza, pur non menzionandola, la conferma.

L'affidamento e l'esecuzione dei contratti aventi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si svolge nel rispetto:

- dei principi generali (di cui al Libro I, Parti I);
- del principio di rotazione degli affidamenti (non più degli inviti come nel D. Lgs. 50/2016), motivo per cui: «è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi». Viene disciplinato il principio di rotazione secondo cui, in ipotesi di procedura negoziata, è vietato procedere in modo diretto all'assegnazione di un appalto verso il contraente uscente. ART. 49: a differenza delle Linee Guida 4 ANAC per le quali era necessario eliminare il vincitore e chi ha partecipato, ora è necessario eliminare solo il vincitore.

## ECCEZIONI ALLA ROTAZIONE

La stazione appaltante può:

- ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico, onde limitare il divieto di riaffidamento/aggiudicazione con riferimento a ciascuna fascia;
- motivare, con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il reinvitto o il riaffido (diretto) dell'OE uscente. Ad esempio per la scuola: mercato assicurativo, mercato licenze software di segreteria, mercato delle convenzioni di cassa (in un paese c'è solo una banca), imprese di trasporto e viaggi di un giorno.

NON applicare il principio di rotazione quando:

- indagine aperta a tutti: l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di OE in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata;
- per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro.

Ulteriore novità, per tutti gli affidamenti sotto-soglia, vengono esclusi i termini dilatori (stand still), sia di natura procedimentale che processuale.

## REVISIONE DEI PREZZI

Viene introdotto l'obbligo di inserire nei documenti di gara della clausola di revisione dei prezzi, che opera al verificarsi di specifiche condizioni oggettive, non prevedibili

al momento della formulazione dell'offerta, che comportino una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore ad una certa percentuale (dell'importo complessivo e operano per una certa percentuale della variazione stessa).

## LA PROGRAMMAZIONE DEGLI ACQUISTI

Il nuovo Codice dei Contratti 2023 introduce una programmazione triennale anche per gli acquisti di beni e servizi (nel vigente codice dei contratti aveva durata biennale) in modo da allineare l'orizzonte temporale della programmazione degli acquisti a quella dei lavori nonché degli atti di programmazione economico-finanziaria (DUP e bilancio di previsione).

Viene, inoltre, inserito un riferimento ai principi contabili di cui al d.lgs. n. 118/2011, tenuto conto dello stretto collegamento tra programmazione gestionale (acquisti, lavori) e programmazione finanziaria alla luce della necessità di stanziamento delle risorse a bilancio (che ha natura autorizzatoria della spesa).

In particolare, vediamo che l'art. 37 del Codice:

- comma 2 è ispirato ad una finalità di semplificazione e prevede l'obbligo di inserimento nel programma triennale solo per gli interventi di importo pari o superiore alla soglia di 150.000 euro. È previsto l'inserimento nel piano triennale anche dei lavori superiori a 1 milione di euro previa approvazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali e nell'elenco annuale previa approvazione del documento di indirizzo della progettazione. L'obbligo di redazione di siffatto documento viene escluso per i lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria, di qualunque importo, per i quali la redazione è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione;
- il comma 3 introduce, analogamente al comma 2, anche per la programmazione degli acquisti di beni e servizi, una soglia minima ai fini dell'obbligo di inserimento nella programmazione triennale (140.000 euro);
- il comma 4 prevede l'obbligo di pubblicazione degli atti di programmazione sul profilo del committente e nella banca dati nazionale dei contratti pubblici.

## CAUSE DI ESCLUSIONE

Artt. 94 e 95 del nuovo Codice. Principio di tassatività delle cause di esclusione. Sono tassative (solo quelle previste dal codice) e integrano di diritto il contratto. La circostanza di "carichi pendenti" non è considerata una causa legittima di esclusione. Le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione rispetto a quelle previste dal Codice sono nulle e si considerano come non apposte. Sono cause di esclusione, ad esempio, condanne per reati particolari, soggetti attinti dal divieto di contrarre con la PA, ecc.

## PRINCIPIO DELL'UNICITA' DELL'INVIO

E' permesso solo un invio di documentazione, che può essere integrata solo su richiesta della stazione appaltante (vedi soccorso istruttorio).



## SOCCORSO ISTRUTTORIO

In caso di carenza di documentazione, l'operatore economico PUO' INTEGRARE la documentazione stessa prima dell'apertura delle buste. Non è ammessa la carenza della firma e del documento d'identità.

FVOE. FASCICOLO VIRTUALE DELL'OPERATORE ECONOMICO REALIZZATO DALL'ANAC. Ci saranno gli operatori che si adoperano per essere iscritti nel fascicolo: fascicolo obbligatorio sopra i 40.000 euro, e facoltativo sotto i 40.000 euro. Per il PNRR, ANAC consiglia sempre il ricorso al fascicolo.

## ACCESSO AGLI ATTI.

E' consentito per tutti gli atti della gara.

## OBBLIGO DI MEPA PER INFORMATICA E CONNETTIVITA'.

Le piattaforme di e-procurement sono confermate per le procedure telematiche. E' possibile utilizzare altre piattaforme diverse da MEPA, ad esempio quelle regionali (Sintel Aria Lombardia).

## INCARICHI AD ESPERTI ESTERNI

Il nuovo Codice non interviene sull'affidamento di incarichi ad esperti esterni alla PA.

## RESPONSABILITA', CONTROLLI, SANZIONI E CONTENZIOSO

E' stabilito che, ai fini della responsabilità amministrativa, non costituisce "colpa grave" la violazione o l'omissione se si è agito sulla base della giurisprudenza o dei pareri delle autorità competenti.

Si rafforzano le funzioni di vigilanza e sanzionatorie di competenze dell'ANAC, mentre vengono superate le linee guida adottate dall'Autorità.

E' previsto l'applicazione dell'arbitrato anche in caso di azione risarcitoria della pubblica amministrazione.