

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI PARTHENOPE

Dipartimento di Giurisprudenza

CORSO DI STUDI in *MANAGEMENT PUBBLICO*

Diritto dei contratti e delle obbligazioni

mod. I

Prof.ssa Bianca Nicla Romano

A.A. 2023-2024

**CONTRATTI PUBBLICI: AMBITO
OGGETTIVO E FONTI NORMATIVE**

I contratti pubblici

Quello dei contratti pubblici rappresenta un argomento da sempre complesso e spinoso, sul quale il Legislatore continuamente interviene al fine di tentare di semplificarne la disciplina.

Si tratta dei contratti stipulati da una pubblica amministrazione, la quale come qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento, può perseguire i propri scopi stipulando contratti, sebbene il contratto sia un istituto di diritto privato.

Segnatamente, esso è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale (art. 1321 c.c.) che, trasferito nel diritto amministrativo, diventa contratto «pubblico», di cui, pertanto, una parte sarà la pubblica amministrazione che, però, a differenza di un qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento, persegue fini di interesse generale e spende soldi pubblici, ossia della collettività.

I contratti pubblici

È necessario preliminarmente chiarire che l'attività amministrativa è quella mediante la quale lo Stato, gli enti pubblici e tutti i soggetti riconducibili alla P.A. provvedono alla cura degli interessi pubblici ad essi affidati.

Essa può esplicarsi sia tramite atti di diritto pubblico che tramite atti di diritto privato.

Tali ultimi atti possono essere posti in essere dalla P. A. ai sensi dell'art. 1, comma 1 *bis*, della L. 241/90 e sono chiamati negozi giuridici perché tramite essi l'amministrazione si spoglia della sua veste di autorità pubblica ed opera in condizione di sostanziale parità con l'altro soggetto.

I contratti pubblici

Ciò consente alla P.A. di stipulare contratti di diritto privato per procurarsi beni e servizi necessari per l'esercizio della sua attività.

La circostanza, però, che uno dei due contraenti sia un'amministrazione pubblica ha, tra le sue conseguenze, che, al fine della tutela dell'interesse pubblico e del principio del controllo della spendita del denaro pubblico, nella fase precedente la conclusione del contratto, il potere discrezionale della P.A. sia sottoposto ad una normativa speciale, di carattere pubblicistico, che deroga rispetto a quella di diritto privato.

Per questo motivo, la stipula di un contratto pubblico richiede lo svolgimento di un particolare procedimento amministrativo detto **di evidenza pubblica**.

I contratti pubblici

Ai sensi dell'art. 3, lett. c) dell'Allegato I1, la «**procedura di evidenza pubblica**» e la procedura selettiva tramite gara fra operatori economici che, nel rispetto del diritto dell'Unione europea e della disciplina dettata dal codice, è finalizzata, attraverso la valutazione comparativa delle offerte e la selezione del contraente, all'affidamento del contratto.

All'esito di tale procedimento viene individuato il futuro contraente e viene stipulato il contratto pubblico.

Esso si articola nelle seguenti fasi:

1. Delibera o determina a contrarre;
2. Scelta del contraente;
3. Aggiudicazione del contratto;
4. Stipula ed approvazione del contratto.

I contratti pubblici

Si evidenzia, tuttavia, che l'affidamento può essere anche:

- «**diretto**», che è l'affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'articolo 50, comma 1 lettere a) e b), del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice (art. 3 lett. d) All. I1);
- «*in house*», che è l'affidamento di un contratto di appalto o di concessione effettuato direttamente a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato (alle condizioni rispettivamente indicate dall'articolo 12, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE e dall'articolo 17, paragrafi 1, 2 e 3 della direttiva 23/2014/UE, nonché, per i settori speciali, dall'articolo 28, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE).

I contratti pubblici

La P.A. può stipulare sia contratti **attivi** che contratti **passivi**.

I **contratti attivi** sono quelli dai quali deriva un'entrata per una P.A. - ad esempio la vendita di un immobile pubblico - e sono disciplinati dalle norme contenute nel Regio decreto 2440/1923 (Legge di contabilità di Stato).

I **contratti passivi**, invece, sono quelli con i quali la P.A. si procura beni e servizi necessari al proprio funzionamento dietro erogazione di somme di denaro - e dai quali quindi discende una spesa per l'amministrazione - ad esempio il contratto di appalto per la costruzione di una scuola o di un ospedale, ma anche l'acquisto della cancelleria necessaria agli uffici pubblici o al servizio di pulizia di questi ultimi.

I contratti pubblici

Specificamente, le **tipologie di contratti** che la P.A. può stipulare sono:

- 1) *Contratti ordinari o contratti di diritto comune*: contratti caratteristici dell'autonomia privata dai cui schemi tipici non si discostano (si pensi alla *vendita* o alla *locazione*);
- 2) *Contratti speciali di diritto privato*: regolati da norme di diritto privato speciale (tipico è l'esempio dei contratti di *trasporto ferroviario*);
- 3) *Contratti ad oggetto pubblico*: in cui si verifica la commistione tra provvedimento amministrativo e contratto (come, ad esempio, le *convenzioni* che si accompagnano alla *concessione di un bene pubblico*).

I contratti pubblici

Si evidenzia che, per «**contratti**» o «**contratti pubblici**», nella disciplina specifica del nuovo Codice (art. 2 dell'allegato I 1) si intendono i contratti, anche diversi da appalti e concessioni, conclusi da una stazione appaltante o da un ente concedente; invece, per «**contratti di appalto**» o «**appalti pubblici**» si intendono i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più stazioni appaltanti e aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi.

Gli «**appalti di lavori complessi**» sono gli appalti aventi ad oggetto lavori caratterizzati da particolare complessità in relazione alla tipologia delle opere, all'utilizzo di materiali e componenti innovativi, alla necessità di coordinare discipline eterogenee o alla esecuzione in luoghi che presentano difficoltà logistiche o particolari problematiche geotecniche, idrauliche, geologiche e ambientali. In ogni caso sono complessi tutti quei lavori per i quali si richieda un elevato livello di conoscenza per mitigare il rischio di allungamento dei tempi contrattuali o il superamento dei costi previsti, o per tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori coinvolti.

I contratti pubblici

Ai sensi dello stesso articolo 2, lett. c), sono, poi, definiti i «**contratti di concessione**» o «**concessioni**», che sono i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto a pena di nullità in virtù dei quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi a uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

I contratti pubblici

Il Legislatore ha, da sempre, posto una notevole attenzione verso la disciplina dei contratti che risulta complessa proprio a causa dei molteplici aspetti che, in essa, assumono rilevanza, tra cui la necessità di garantire la trasparenza dell'azione amministrativa e di evitare fenomeni di corruzione, ma anche quella di assicurare l'effettiva applicazione della concorrenza.

I contratti pubblici

Questa è la ragione per la quale, per giungere alla stipula di un contratto, la P.A. deve seguire una specifica procedura (quella, appunto, di evidenza pubblica) che deve garantire che il contratto sia affidato:

- all'offerta effettivamente più meritevole;
- dopo un confronto concorrenziale tra tutte quelle presentate;
- che siano evidenti le ragioni che inducono a stipularlo con un determinato soggetto;
- che sia rispettato il principio di *imparzialità* nella scelta del soggetto con cui stipulare il contratto pubblico;
- che sia assicurata la maggiore convenienza dell'affare sia rispetto al prezzo che rispetto alla quantità.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

La materia dei contratti pubblici è, da tempo, oggetto di un'intensa attività legislativa frutto non solo della necessità di recepimento delle direttive europee sul tema, ma anche della necessità di integrare e chiarire la disciplina che, purtroppo, non riesce ad essere di facile ed armonica comprensione.

Attualmente la disciplina è quella contenuta nel Codice entrato in vigore il 1° aprile 2023, tramite D. Lgs. 36/2023, entrato a regime il 1° luglio 2023 e che, fino al 31 dicembre 2023 ha visto coesistere la nuova disciplina con quella precedente, contenuta nel D. Lgs. 50/2016.

Quest'ultimo era stato emanato per recepire le 3 Direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, rispettivamente sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Il Codice del 2023 costituisce l'approdo normativo di convergenti esigenze nazionali ed eurounitarie finalizzate ed orientate alla creazione di un mercato unico che può essere possibile solo grazie alla eliminazione delle barriere commerciali e ad una gestione degli appalti pubblici che consentano la libera concorrenza di operatori economici di altri Stati per servire il mercato pubblico.

Il settore degli appalti riveste, in tale ottica, una notevole rilevanza dal momento che rappresenta il 14% del PIL dell'UE, come stimato dalla Commissione europea.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Sono principalmente due le fonti che, a livello europeo, attuano la politica del mercato interno negli appalti pubblici, rispettivamente di rango primario e derivato:

- A) il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) (già Trattato che istituisce la Comunità europea – TCE);
- B) le Direttive sugli appalti.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Il TFUE contiene norme generali che, tra l'altro, vietano a ciascuno Stato membro di porre in essere politiche e atti discriminatori verso gli altri. Alcune sue disposizioni vietano, in generale, le azioni governative che producono discriminazione nei confronti di imprese o prodotti di altri Stati membri, e questo include gli appalti pubblici discriminatori.

Tali principi hanno un effetto diretto, cioè sono vincolanti per gli Stati membri e possono essere applicati nei loro confronti; inoltre, essi si applicano in linea di principio a tutti gli appalti aggiudicati dagli enti pubblici, anche a quelli che non rientrano nell'ambito di applicazione delle Direttive UE (ad esempio, perché il loro valore è inferiore alle soglie finanziarie di rilievo europeo: è il fenomeno dei c.d. contratti sotto soglia).

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Le più significative disposizioni sono:

- l'art. 34 del TFUE (ex art. 28 del TCE) sulla libera circolazione delle merci;
- l'art. 56 del TFUE (ex art. 49 del TCE) sulla libera prestazione di servizi;
- l'art. 49 (ex art. 43 del TCE) sulla libertà di stabilimento.

Nell'ambito di tale contesto proconcorrenziale, vanno qui ricordati altri principi che ne sono corollari, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità, la trasparenza. Sono altresì rilevanti i principi della riservatezza e dell'efficienza.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Il TFUE vieta, inoltre, agli Stati membri di fornire assistenza alle imprese (“aiuti di Stato”), tranne che in determinate circostanze.

L’aggiudicazione di un appalto pubblico può costituire un aiuto di Stato illegale ai sensi del TFUE quando il contratto non ha la natura di operazione commerciale. Va, tuttavia, chiarito che una misura considerata un ostacolo agli scambi ai sensi degli artt. 34, 49 o 56 del TFUE (ex artt. 28, 43 o 49 del TCE, rispettivamente) non è automaticamente vietata, in quanto gli Stati possono desiderare di limitare l’accesso ai loro mercati sulla base delle deroghe esplicite e delle limitazioni implicite.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Quanto alla normativa eurounitaria di rango derivato, si possono individuare nel tempo cinque fasi distinte di attività legislativa e di riforma, a cui corrispondono quattro generazioni di Direttive:

- I) La prima Direttiva risale al 1971, la Direttiva 71/305/CEE per regolare gli appalti di lavori pubblici
- II) Del 1977 è la Direttiva 77/62/CEE, che applica regole simili agli appalti pubblici di forniture
- III) Tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90 vengono, poi, emanate molte Direttive allo scopo di riformare gli appalti pubblici e completare il mercato unico entro il 1992.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

III) In una terza tornata legislativa, le Direttive sulle procedure di aggiudicazione sono state modificate alla luce del fatto che l'UE e i suoi Stati membri erano diventati parte del nuovo Accordo sugli appalti pubblici (AAP) dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC, o WTO nell'acronimo inglese).

IV) Nel 1996 la Commissione europea ha prodotto un Libro Verde (Gli appalti pubblici nell'Unione Europea: esplorare la via da seguire per avviare un dibattito sulla politica degli appalti pubblici) che, tuttavia, non prevedeva cambiamenti di ampia portata, ma affermava che "È stato definito un quadro legislativo completo sugli appalti pubblici" e che "è auspicabile un periodo di stabilità in questo quadro" e quindi non si intende apportare alcun cambiamento fondamentale".

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

V) Dopo un lungo iter legislativo (quasi quattro anni), che ha comportato numerosi emendamenti alle proposte iniziali e che prevedeva una procedura di conciliazione, sono state adottate, poi, la Direttiva 2004/18 che riguarda la maggior parte del settore pubblico e la Direttiva 2004/17 relativa ai contratti dei servizi di pubblica utilità, spesso indicate insieme come il “pacchetto legislativo”.

L'approccio di base e le disposizioni di queste ultime sono le stesse delle vecchie Direttive e quindi gran parte della precedente giurisprudenza rimane rilevante.

Dopo l'adozione del pacchetto legislativo del 2004, l'Unione Europea ha completato iniziative per il rafforzamento del regime degli appalti.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

VI) Da ultimo, nel 2014 l'UE ha emanato un ulteriore nuovo pacchetto di Direttive in materie di appalti – definite di “quarta generazione” – e segnatamente le Direttive 2014/23/UE (sull'aggiudicazione dei contratti di concessione), 2014/ 24/UE (sugli appalti pubblici nei settori c.d. ordinari), e 2014/25/UE (sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, ossia nei c.d. settori speciali).

In particolare, la Direttiva n. 23/2014 rappresenta la prima disciplina unitaria a livello europeo sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Le tre direttive UE del 2014 rappresentano un rilevante sviluppo della disciplina dei contratti pubblici per tre ragioni principali:

- a) sono considerati questa volta anche i contratti di concessione, sino ad allora privi di una specifica normativa, considerato che le concessioni di lavori erano soggette alle norme di base della Dir. 2004/18, mentre l'aggiudicazione delle concessioni di servizi (ma solo quelle con interesse transfrontaliero) è soggetta "solo" ai principi del TFUE;
- b) si prevedono nuovi principi, quali il rilievo ad interessi pubblici non strettamente economici, la spiccata connotazione funzionale delle procedure ad evidenza pubblica, la "libera amministrazione";
- c) viene ulteriormente ampliata e dettagliata la precedente disciplina, malgrado anche dopo il Trattato di Lisbona la base giuridica degli interventi UE nella materia sia rimasto l'art. 114 TFUE, relativo all'obiettivo di ravvicinamento delle legislazioni nazionali che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Sulla base di queste ultime direttive viene emanato il Codice del 2016 che ha sostituito il precedente, contenuto nel D. Lgs. 163/2006, denominato «Codice dei contratti pubblici» ed emanato, a sua volta, in recepimento delle direttive UE nn. 17 e 18 del 2004, relative rispettivamente agli appalti nei settori speciali e nei settori ordinari. Pur se “ispessite” rispetto alle più risalenti direttive sulla materia (e cioè la Dir. 93/38/CEE del Consiglio e la Dir. 93/13/CEE del Consiglio, poi modificata dalla Dir. 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio) esse erano composte da un numero assai inferiore di articoli e, soprattutto, di “considerando” rispetto alle corrispondenti ultime direttive del 2014.

Si trattava inizialmente di un testo relativamente sintetico, composto da 257 articoli e vari allegati, incentrato sugli appalti di lavori, servizi e forniture; non sulle concessioni, che solo nel 2014 sono state oggetto di un intervento normativo dell'UE.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Va evidenziato che, a livello nazionale, la normativa in materia di contratti pubblici ha risentito molto della coincidenza che, a partire dai primi anni '90 del XX secolo, si è verificata tra impulsi eurounitari e nazionali.

I primi muovevano dalla necessità di intensificare le azioni per creare un vero mercato unico degli appalti pubblici, mentre a livello nazionale l'esigenza derivava soprattutto dal tentativo di riformare un settore gravemente sospettato di essere terreno fertile per fenomeni corruttivi (con i corollari di inefficacia e inefficienza dell'azione amministrativa) a seguito di indagini della magistratura penale conosciute col nome di "mani pulite".

Volendo ricostruire il percorso normativo ab inizio, esso ha origine nel 1865, con la prima Legge sulle opere pubbliche (Legge 20.3.1865, n. 2248, Allegato F), emanata subito dopo l'Unità d'Italia.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Le successive norme di riferimento erano contenute all'interno del R.D. 18.11.1923, n. 2440, denominato Legge di Contabilità di Stato, e nel suo regolamento attuativo (R.D. 23.5.1924, n. 827). Con questo intervento normativo si voleva garantire l'interesse pubblico attraverso la definizione della scelta del miglior offerente, così da garantire gli interessi di economicità e di efficacia dei lavori affidati.

Dopo una lunga fase di sostanziale stabilità normativa, all'inizio degli anni '90 si assiste ad una forte produzione legislativa in materia di appalti pubblici conseguente alla necessità di recepire le Direttive europee in materia e ad esigenze interne di lotta alla corruzione.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

In tale contesto va menzionata la Legge n. 109/1994 (c.d. Legge Merloni) – che ebbe tre riforme organiche, la Merloni-*bis*, *ter* e *quater* – in materia di lavori pubblici, a cui erano seguiti il d.P.R. n. 554/1999 (regolamento attuativo) il D.M. n. 145/2000 (nuovo capitolato generale d'appalto) e il d.P.R. n. 34/2000 (sistema di qualificazione delle imprese) e altre normative di carattere tecnico.

In materia di appalti di servizi e forniture, si segnalano rispettivamente il D.Lgs. n. 157/1995 e il D.Lgs. n. 402/1998, e nei settori c.d. esclusi il D.Lgs. n. 158/1995.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Il quadro normativo è stato, poi, profondamente innovato dal D.Lgs. 12.4.2006, n. 163 (Codice degli appalti pubblici o c.d. Codice de Lise) – adottato sulla base della norma di delega contenuta nell’art. 25 della Legge comunitaria 2004 (Legge n. 62/2005) – che ha recepito le Direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18 del 31 marzo 2004.

Esso ha uniformato e razionalizzato l’intera materia dei contratti pubblici, in particolare unificando le discipline (precedentemente tenute distinte in separate fonti normative) dei lavori dei servizi e delle forniture, introducendo elementi di semplificazione delle procedure e nuovi istituti di derivazione comunitaria precedentemente sconosciuti alla disciplina italiana degli appalti pubblici.

Il Codice de Lise era entrato in vigore il 1° luglio 2006 e il suo regolamento di attuazione è stato emanato solo 4 anni dopo con il d.P.R. n. 207/2010.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Nel corso del successivo decennio il testo iniziale del Codice del 2006 è stato significativamente aumentato per effetto di tre decreti correttivi e di decine di modifiche occasionali (circa 52), inserite nelle più svariate leggi, a carattere per lo più frammentario e particolare.

A tali modifiche si aggiungono sei regolamenti dell'UE che hanno adeguato le "soglie" di rilevanza comunitaria degli appalti pubblici ed il Regolamento di esecuzione e attuazione (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), oltre a tanta giurisprudenza che è dovuta intervenire sul tema sul quale, pertanto, si è registrata fin troppa normativa.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Dal momento della pubblicazione delle Direttive UE del 2014, l'Italia avrebbe avuto 2 anni e mezzo di tempo per definire una legge delega e un decreto legislativo; tale finestra temporale avrebbe potuto anche essere sufficiente se si fosse puntato o ad un recepimento integrale delle Direttive oppure ad una modifica del precedente D.Lgs. n. 163/2006 che, dopo 10 anni di applicazione, modifiche ed esperienze giurisprudenziali, avrebbe potuto rappresentare una buona base di partenza.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Invece il Governo ha scelto di "semplificare" e, dopo due anni di passaggi e confronti duri tra le Commissioni parlamentari e i principali stakeholder (senza precedenti per una legge delega del genere) giusto all'avvicinarsi del termine dato dalle direttive agli Stati membri per la loro attuazione (18 aprile 2016), ha approvato la legge delega n. 11 del 28 gennaio 2016, recante "Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" (Gazzetta Ufficiale 29/01/2016, n. 23) che ha fissato i principi che il Governo avrebbe dovuto rispettare per la definizione delle nuove regole.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

L'approvazione "tardiva" della L. n. 11/2016 ha messo a dura prova il legislatore delegato per la necessità di definire il testo finale in un brevissimo lasso di tempo e, entro poche settimane successive, concludere il conseguente procedimento di consultazione. Essa ha offerto al Governo l'alternativa tra un modello semplificato di recepimento delle direttive seguito dal riordino complessivo della disciplina vigente per i contratti pubblici ed il modello di intervento unitario sia per l'attuazione delle direttive che per il riordino.

Il legislatore delegato ha utilizzato il secondo modello, adottando un unico decreto, evitando, così, il sovrapporsi temporaneo di più normative, fonte di incertezze interpretative e di blocco delle procedure contrattuali ed ha previsto l'abrogazione del Reg. n. 207/2010, sostituito da nuove forme di disciplina attuativa del tutto nuove ma anche discutibili.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Si è dato vita, in pratica, ad un sistema nuovo di disciplina sublegislativa, segnalato dal Parlamento, dal Governo e da ANAC come un modo flessibile per regolamentare fenomeni complessi e in divenire (che, però, ha dato vita a problemi maggiori di quelli che intendeva risolvere).

Segnatamente, infatti, l'art. 1, comma 1, lett. t), della legge delega "attribuisce" (in modo innovativo) all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) varie funzioni, tra cui "l'adozione di atti di indirizzo, quali linee guida, bandi tipo, contratti tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante". Mentre ai commi 4-5, prevede che "sulla base del decreto di riordino sono altresì emanate linee guida di carattere generale proposte da ANAC e approvate con decreto del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti (MIT), che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere".

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Sulla base di tali premesse, il 19 aprile 2016 è stato emanato il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 recante “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”.

Si tratta di un corpo normativo composto da 220 articoli, numero sensibilmente inferiore a quello del precedente Codice, nonostante la presenza delle norme di attuazione della Dir. n. 23 sulle concessioni.

Merita il nome di “Codice” in quanto consolida unitariamente le maggiori disposizioni portando loro una sistemazione complessiva secondo una ratio comune.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Nonostante l'intendimento, sin dall'inizio, sia stato quello di evitare, per il futuro, la prassi di modifiche continue al codice, perché l'esperienza decennale precedente aveva dimostrato quanto ciò avesse ostacolato la funzionalità del sistema, senza, peraltro, assicurare efficacia, trasparenza, responsabilità, la sua emanazione è stata accompagnata da subito da necessari interventi chiarificatori ed integrativi che, nel tempo, sono diventati assai frequenti.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

In particolare:

L'assenza di un periodo transitorio ha costretto le stazioni appaltanti a pubblicare bandi senza alcuna certezza su quali regole utilizzare (e infatti nei primi mesi tutti gli osservatori evidenziavano un crollo nella pubblicazione delle gare);

Da subito si è reso necessario un comunicato congiunto MIT-ANAC del 22 aprile 2016 per fornire i primi chiarimenti in merito alla data di entrata in vigore delle nuove regole.

A distanza di pochi mesi è stato pubblicato un avviso di rettifica sulla Gazzetta Ufficiale n. 164 del 15 luglio 2016, con circa 170 modifiche (anche sostanziali) che rappresentano un vero e proprio correttivo;

È stato emanato un anno dopo il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. Decreto Correttivo), con altre 441 modifiche apportate a circa 130 articoli del Codice. A questo c'è da aggiungersi che, pur parlandosi di semplificazione e snellimento normativo, sono stati previsti circa 77 provvedimenti di attuazione.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Inoltre, il Codice è stato modificato da parte:

- del Decreto-Legge 24 aprile 2017, n. 50 convertito dalla legge 21 giugno 2017, n. 96;

della Legge 27 dicembre 2017, n. 205;

del Decreto-Legge 14 dicembre 2018, n. 135 convertito dalla Legge 11 febbraio 2019, n. 12;

del Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14;

del Decreto-Legge 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. Sblocca Cantieri) convertito dalla Legge 14 giugno 2019 n. 55;

del Decreto-Legge 30 aprile 2019, n. 34 (c.d. Decreto Crescita) convertito dalla Legge 28 giugno 2019, n. 58;

della Legge 3 maggio 2019, n. 37;

del Decreto-Legge 26 ottobre 2019, n. 124 (c.d. Decreto Fiscale) convertito dalla legge 19 dicembre 2019, n. 157.

Ulteriori modifiche sono state, infine, apportate dai decreti legge dell'era Covid, e cioè il D.L. 18/2020, conv. con modif. dalla L. 27/2020, il D.L. 34/2020, conv. con modif. dalla L. 77/2020, il D.L. 76/2020, conv. dalla legge 120/2020 ed il D.L. 77/2021, conv. dalla legge 108/2021.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

In particolare il decreto cd. Sblocca Cantieri ha previsto la sospensione fino al 31 dicembre 2020 di alcune disposizioni che hanno costituito la colonna portante della riforma del 2016, ovvero la sospensione

dell'art. 37, comma 4 e, quindi, il ritorno a tempo delle stazioni appaltanti "diffuse";

dell'art. 59, comma 1, quarto periodo, con il ritorno dell'appalto integrato;

dell'art. 77, comma 3, con l'effetto di sospendere l'obbligo di ricorrere all'albo unico dei commissari di gara gestito dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (la cui entrata in vigore era stata più volte sospesa dall'ANAC);

dell'art. 105, comma 6, per cui non sarà più obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta;

dell'art. 174, comma 2, terzo periodo, con la sospensione dell'obbligo per gli operatori economici di indicare in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi;

delle verifiche in sede di gara previste, per il subappaltatore, dall'art. 80 del codice dei contratti pubblici.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Tra le altre modifiche apportate dallo Sblocca Cantieri c'è la previsione di un nuovo Regolamento unico che dovrà contenere disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice, le linee guida e i decreti già adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2 (requisiti dei progettisti), articolo 31, comma 5 (compiti del RUP), articolo 36, comma 7 (procedure sottosoglia), articolo 89, comma 11 (elenco categorie SIOS – Opere Scorporabili e Super specialistiche), articolo 111, commi 1 e 2 (verifica di conformità e di collaudo), articolo 146, comma 4, articolo 147, commi 1 e 2, e articolo 150, comma 2 (qualificazione, progettazione e collaudo nel settore beni culturali).

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Il regolamento unico previsto dal decreto «Sblocca cantieri»

Dunque, il nuovo comma 27-octies dell'art. 216 del Codice (introdotto dalla lettera gg), numero 4, del comma 20 dell'art. 1 del D.L. 32/2019) ha previsto l'emanazione, entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della stessa disposizione, di un regolamento "unico" di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice.

Tale comma ha disposto, altresì, che, nelle more dell'emanazione del nuovo regolamento unico, continuano ad applicarsi le linee guida e i decreti disciplinanti le seguenti materie, emanati in attuazione delle disposizioni (previgenti) del Codice:

- requisiti degli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria;
- nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento;

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Il regolamento unico previsto dal decreto «Sblocca cantieri»

- modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure "sottosoglia", delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici;
- opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione;
- controllo tecnico, contabile e amministrativo e verifica di conformità;
- lavori concernenti i beni culturali.

Al fine di evitare sovrapposizioni tra le linee guida attualmente vigenti e le disposizioni del nuovo regolamento unico, il citato comma 27-octies dispone altresì che, a decorrere dall'entrata in vigore del nuovo regolamento unico, cessano di avere efficacia le linee guida emanate dall'ANAC (ai sensi dell'art. 213, comma 2, del Codice) vertenti sulle materie appena elencate nonché quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal nuovo regolamento unico.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Per quanto riguarda, invece, le modifiche apportate dal cd. Decreto Fiscale (D.L. 124/2019, conv. in L. 157/2019), questo, attraverso l'art. 49, comma 1-*bis* ha modificato gli articoli 83 e 95 del Codice dei contratti pubblici, al fine di introdurre, tra i criteri premiali previsti per il rilascio del *rating* di impresa (cd. strumento di valutazione dei requisiti reputazionali di affidabilità dell'impresa nei contratti pubblici), la valutazione dell'impatto generato in termini di beneficio comune previsto per le società *benefit*.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Ad ogni buon fine, si deve evidenziare che, oltre alla disciplina precipua relativa a tutte le fasi che le amministrazioni devono seguire per affidare contratti pubblici, il nuovo “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione” dedica al tema dell’affidamento delle concessioni una disciplina piuttosto sintetica ma non per questo priva di aspetti sistematici di interesse.

Si tratta del primo tentativo di sistemazione organica di una complessa materia che, nell’ambito dell’esperienza nazionale, aveva precedentemente conosciuto forme di regolamentazione dedicate soltanto alle concessioni di lavori (artt. da 142 a 151 del “Codice de Lise”) e a quelle di servizi (ivi, art. 30).

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

A seguito dell'adozione da parte dell'UE di una disciplina organica del fenomeno concessorio, anche il Legislatore nazionale ha dovuto superare le tradizionali resistenze opposte alla disciplina organica di questo settore così denso di implicazioni di sistema.

Ne è scaturita la stesura della Parte III del nuovo "Codice" (dedicata, appunto, ai contratti di concessione), il cui Capo I disciplina la materia dei principi generali, mentre il Capo II disciplina il tema delle garanzie procedurali.

In particolare, la Direttiva concessioni del 2014 ha introdotto per la prima volta nell'esperienza normativa eurounitaria una disciplina generale circa il fenomeno concessorio nel suo complesso.

Sino a tempi piuttosto recenti (e in assenza di un qualunque riferimento alla materia delle concessioni nell'ambito del TFUE) non era affatto scontato che il tentativo di introdurre al livello UE un ravvicinamento (sia pure di contenuto minimo) delle legislazioni nella materia concessoria fosse destinato ad avere successo.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Al contrario, un analogo tentativo già avviato in occasione dell'approvazione del "pacchetto normativo" del 2004, si era concluso con un sostanziale nulla di fatto, stante l'opposizione di quei Paesi (con la Francia in prima linea) i quali temevano che un tentativo in tal senso li avrebbe privati di adeguati spazi di manovra in particolare per quanto riguarda la disciplina dei servizi di interesse economico generale (SIEG) di cui all'art. 106 del TFUE.

Il quadro concettuale di riferimento è mutato profondamente con l'approvazione della Dir. 2014/23/UE la quale (lungi dall'introdurre una disciplina puntuale ed armonizzata in tema di affidamento delle concessioni) ha introdotto, in tema di procedure di aggiudicazione - e, più a monte, in tema di regole per l'affidamento - un setting di regole finalizzate ad assicurare un coordinamento minimo, con il duplice obiettivo di garantire l'apertura delle concessioni alla concorrenza e di assicurare un adeguato grado di certezza giuridica.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

Il nuovo Codice degli Appalti, operativo dal 1° aprile 2023

In data 16 dicembre 2022 il Consiglio dei Ministri ha approvato, in esame preliminare, un decreto legislativo di riforma del 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".

Il nuovo Codice muove da due principi cardine, stabiliti nei primi due articoli:

- 1) il "principio del risultato", inteso quale interesse pubblico primario del Codice medesimo, che afferisce all'affidamento del contratto e alla sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza;
- 2) il "principio della fiducia" nell'azione legittima, trasparente e corretta della P.A., dei suoi funzionari e degli operatori economici.

Le fonti normative e la verifica degli aggiornamenti legislativi

In sintesi, le novità che esso introduce nella materia sono:

- 1) La digitalizzazione diviene il “motore” per modernizzare l’intero sistema dei contratti pubblici e ciclo di vita dell’appalto. Si definisce un “ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale” i cui pilastri si individuano nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici, nel fascicolo virtuale dell’operatore economico, appena reso operativo dall’ANAC, nelle piattaforme di approvvigionamento digitale, nell’utilizzo di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici.
- 2) Alla programmazione di infrastrutture prioritarie viene impresso un notevole slancio. Si prevede l’inserimento dell’elenco delle opere prioritarie nel Documento di economia e finanza (DEF), a valle di un confronto tra Regioni e Governo.
- 3) L’appalto integrato diviene possibile senza i divieti previsti dal vecchio Codice.

Il nuovo Codice dei Contratti

- 4) Le procedure sotto la soglia europea si adottano stabilmente, previste per l'affidamento diretto e per le procedure negoziate nel cosiddetto decreto "semplificazioni COVID-19" (d.l. n. 76/2020).
- 5) Viene reintrodotta il *general contractor*.
- 6) Si semplifica il quadro normativo nel partenariato pubblico-privato per rendere più agevole la partecipazione degli investitori istituzionali alle gare per l'affidamento di progetti.
- 7) Si prevede una maggiore flessibilità nei settori speciali.
- 8) Il subappalto a cascata viene introdotto adeguandolo alla normativa e alla giurisprudenza europea attraverso la previsione di criteri di valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante, da esercitarsi ipotesi per ipotesi.

Il nuovo Codice dei Contratti

9) Per i concessionari scelti senza gara si stabilisce l'obbligo di appaltare a terzi una parte compresa tra il 50 e il 60 per cento dei lavori, dei servizi e delle forniture; tuttavia tale obbligo non vale per i settori speciali (ferrovie, aeroporti, gas, luce).

10) Nell'ambito della revisione dei prezzi è confermato l'obbligo di inserimento delle clausole di revisione prezzi al verificarsi di una variazione del costo superiore alla soglia del 5 per cento, col riconoscimento in favore dell'impresa dell'80 per cento del maggior costo.

11) Per la fase dell'esecuzione si prevede la facoltà per l'appaltatore di richiedere, prima della conclusione del contratto, la sostituzione della cauzione o della garanzia fideiussoria con ritenute di garanzia sugli stati di avanzamento.

12) Molte novità nell'ambito della governance, del contenzioso e della giurisdizione.

Il nuovo Codice dei Contratti

E' strutturato in 229 articoli suddivisi in cinque libri, cui si aggiunge una serie di allegati:

Il Libro I comprende:

- Allegato I.1: Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti.
- Allegato I.2: Attività del RUP.
- Allegato I.3: Termini delle procedure di appalto.
- Allegato I.4: Imposta di bollo relativa alla stipulazione del contratto.
- Allegato I.5: Elementi per la programmazione dei lavori e dei servizi. Schemi tipo.
- Allegato I.6: Dibattito pubblico obbligatorio.

Il nuovo Codice dei Contratti

Il Libro I comprende (segue):

Allegato I.7: Contenuti minimi del quadro esigenziale, del documento di fattibilità delle alternative progettuali, del documento di indirizzo della progettazione, del progetto di fattibilità tecnica ed economica e del progetto esecutivo.

Allegato I.8: Verifica preventiva dell'interesse archeologico.

Allegato I.9: Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni.

Allegato I.10: Attività tecniche a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure.

Allegato I.11: Disposizioni relative all'organizzazione, alle competenze, alle regole di funzionamento, nonché alle ulteriori attribuzioni del Consiglio superiore dei lavori pubblici.

Il nuovo Codice dei Contratti

(segue)

Il Libro I comprende:

- Allegato I.12: Opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione.
- Allegato I.13: Determinazione dei parametri per la progettazione.
- Allegato I.14: Criteri di formazione ed aggiornamento dei prezziari regionali.

Il nuovo Codice dei Contratti

Il Libro II comprende:

- Allegato II.1: Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea.
- Allegato II.2: Metodi di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte.
- Allegato II.3: Soggetti con disabilità o svantaggiati cui può essere riservata la partecipazione ad appalti.
- Allegato II.4: Qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza.
- Allegato II.5: Specifiche tecniche ed etichettature.
- Allegato II.6: Informazioni in avvisi e bandi.
- Allegato II.7: Caratteristiche relative alla pubblicazione.

Il nuovo Codice dei Contratti

Il Libro II comprende (segue):

- Allegato II.8: Rapporti di prova, certificazioni delle qualità, mezzi di prova, registro on line dei certificati e costi del ciclo vita.
- Allegato II.9: Informazioni contenute negli inviti ai candidati.
- Allegato II.10: Violazioni gravi degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali.
- Allegato II.11: Registri professionali o commerciali per operatori economici di altri Stati membri.
- Allegato II.12: Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori.
- Allegato II.13: Certificazioni o marchi rilevanti ai fini della riduzione della garanzia.

Il nuovo Codice dei Contratti

Il Libro II comprende (segue):

- Allegato II.14: Direzione dei lavori e direzione dell'esecuzione dei contratti. Modalità di svolgimento delle attività della fase esecutiva. Collaudo e verifica di conformità.
- Allegato II.15: Criteri per la determinazione dei costi per gli accertamenti di laboratorio e le verifiche tecniche.
- Allegato II.16: Informazioni a livello europeo relative alla modifica di contratti in corso di esecuzione.
- Allegato II.17: Servizi sostitutivi di mensa.
- Allegato II.18: Qualificazione dei soggetti, progettazione e collaudo nel settore dei beni culturali.

Il nuovo Codice dei Contratti

Il Libro II comprende (segue):

- Allegato II.19: Servizi di ricerca e sviluppo.
- Allegato II.20: Appalti e procedure nei settori difesa e sicurezza.

Il Libro III non ha allegati.

Il Libro IV comprende :

- Allegato IV.1: Informazioni da inserire nei bandi di concessione di cui all'articolo 182.

Il Libro V comprende:

Allegato V.1: Compensi degli arbitri.

- Allegato V.2: Modalità di costituzione del Collegio consultivo tecnico.
- Allegato V.3: Modalità di formazione della Cabina di regia.

Il nuovo Codice dei Contratti

Come detto, a differenza del vecchio Codice degli appalti approvato con il D.Lgs. 18.4.2016, n. 50, che non contiene una parte iniziale dedicata espressamente ai principi generali, quello nuovo dedica, invece, una parte generale (la Parte I del Libro I) alla codificazione dei principi che riguardano l'intera materia dei contratti pubblici.

Grazie ai principi dovrebbe essere più facilmente intellegibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al Codice, rispetto alla frammentarietà delle sue parti, per una migliore comprensione di queste, connettendole al tutto (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 7.5.2013, n. 13).

Per evitare che il possibile “abuso dei principi” porti a un eccessivo potere interpretativo del giudice, che condurrebbe a un basso livello di certezza del diritto e di prevedibilità delle soluzioni giudiziali dei conflitti, ai suddetti principi il nuovo Codice ha voluto attribuire solo una funzione ordinante e nomofilattica.

Il nuovo Codice dei Contratti

Il loro scopo, insomma, è quello di favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze. Si è voluto, dunque, non tanto richiamare i principi “generalissimi” dell’azione amministrativa (già desumibili dalla Costituzione e dalla Legge n. 241/1990), quanto fornire una più puntuale base normativa anche a una serie di principi “precettivi”, dotati di immediata valenza operativa, che vanno in parte a soppiantare la struttura normativa rigida, dettagliata, a volte contraddittoria, attraverso la quale detti principi hanno finora trovato spazio angusto, nel tessuto normativo.

Il nuovo Codice dei Contratti

Più nel dettaglio, la codificazione dei principi si articola in due titoli distinti:

- il Titolo I, dedicato ai principi generali veri e propri, e cioè: risultato, fiducia, accesso al mercato, buona fede e tutela dell'affidamento, solidarietà e sussidiarietà orizzontale, auto-organizzazione amministrativa, autonomia negoziale, conservazione dell'equilibrio contrattuale, tassatività delle cause di esclusione, applicazione dei contratti collettivi di lavoro;
- il Titolo II che, invece, codifica principi comuni a tutti i Libri del Codice relativamente al campo di applicazione, al responsabile unico dell'intervento e alle fasi della procedura di affidamento.

Il nuovo Codice dei Contratti

Come precisato nella Relazione agli articoli e agli allegati sullo Schema definitivo del nuovo Codice, esso è costituito da 35 allegati che sostituiscono ogni altra fonte attuativa, assorbendo i 25 allegati al codice del 2016, le 17 linee guida ANAC e 15 regolamenti ancora vigenti, alcuni dei quali di dimensioni molto ampie (tra cui il d.P.R. n. 207 del 2010, risalente addirittura all'attuazione del codice del 2006, nonché quello sui contratti del Ministero della difesa, ridotto da oltre 100 articoli a poco più di 10).

Ciò è stato possibile anche rinviando, in vari casi, direttamente agli allegati delle direttive, assicurando sia uno sfolgimento della legislazione interna sia il suo adeguamento immediato e automatico alle future modifiche delle norme europee.

Si è scelto di conservare le norme del codice previgente di cui si sia verificato il positivo impatto.

Il nuovo Codice dei Contratti

Sono state previste due date diverse per l'entrata in vigore e l'efficacia.

Si tratta di una particolarità, giacché di solito i due momenti coincidono. Le leggi, infatti, normalmente, entrano in vigore dopo una *vacatio legis* di soli 15 giorni (art. 73 della Costituzione), dopodiché si considerano conosciute e obbligatorie (quindi efficaci) per tutti i destinatari.

In questo caso, invece, a decorrere, quindi, dal 1° luglio 2023, le disposizioni di cui al vecchio Codice (d.lgs. 50/16) hanno continuato ad essere applicate esclusivamente ai procedimenti in corso, ovvero alle procedure per le quali i bandi o gli avvisi sono stati pubblicati prima della suddetta data. Hanno fatto eccezione gli artt. da 215 a 219 del nuovo Codice, relativi ai collegi consultivi tecnici, in quanto sono stati applicati fin dalla entrata in vigore del Codice stesso, ovvero ai collegi già costituiti alla data del 1 aprile 2023.

Il nuovo Codice dei Contratti

Peraltro, anche se dal 1° luglio 2023 è stata sancita l'abrogazione del vecchio codice, è stato delineato un regime transitorio piuttosto complesso, infatti determinate disposizioni del d.lgs. 50/16 hanno continuato ad essere applicate fino al 31 dicembre 2023.

Si tratta di alcune disposizioni in materia di pubblicità, programmazione, digitalizzazione, accesso agli atti, subappalto, verifica dei requisiti.

A decorrere dal 1° luglio 2023, sono state abrogate Linee Guida e regolamenti dell'ANAC, laddove non diversamente previsto dal presente codice.

Il nuovo Codice dei Contratti

Quanto alle norme ultrattive, hanno continuato ad essere applicate fino al 31 dicembre 2023:

In materia di pubblicità: Le norme del nuovo Codice prevedono la pubblicità degli atti tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici; esse sono operative dal 1° gennaio 2024.

Nel frattempo, si è continuato ad applicare le disposizioni sulla pubblicazione degli atti ex artt. 70, 72, 73, 127 secondo comma e 129 quarto comma del d.lgs. 50/2016. pertanto, fino alla data del 31 dicembre 2023, quindi, gli avvisi e i bandi sono stati pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici.

Inoltre, fino al 31 dicembre 2023 sono stati ancora applicati l'art. 21 comma 7 del d.lgs. 50/16 sulla pubblicazione del programma biennale degli acquisiti di beni servizi e del programma triennale di lavori, e l'art. 29 sugli obblighi in materia di trasparenza.

Il nuovo Codice dei Contratti

In materia di digitalizzazione: hanno trovato ancora efficacia, fino al 31 dicembre 2023, gli artt. 44, 52, 53, 58, 74 del d.lgs. 50/16 riguardanti la digitalizzazione delle procedure.

Fino al 1° gennaio 2024 è stata attuata ancora la disciplina degli artt.:

85 sulla presentazione del documento di gara unico europeo;

105 comma 7, sul deposito del contratto di subappalto;

81 sul fascicolo virtuale dell'operatore;

213, sull'Osservatorio dell'ANAC e sul Casellario Informatico dei contratti.

Il nuovo Codice dei Contratti

In materia di progettazione: le procedure per le quali è stato formalizzato l'incarico di progettazione alla data in cui il codice acquista efficacia di cui all'art. 23 del d.lgs. 50/16 sulla progettazione hanno trovato applicazione dopo il 1 luglio 2023 per i procedimenti in corso. Dunque, per tali procedure sono rimasti i tre livelli di progettazione per i lavori, previsti dalla pregressa disciplina.

Nel caso in cui l'incarico di redazione del progetto di fattibilità tecnico economica sia stato formalizzato prima del 1 luglio 2023, la stazione appaltante ha proceduto all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnico ed economica oppure sulla base di un progetto definitivo redatto ai sensi dell'articolo 23 del d.lgs. 50/16.

Il nuovo Codice dei Contratti

In materia di garanzie: L'art. 225 comma 7 stabilisce che continuano ad applicarsi, in materia di garanzie e fino all'adozione di un nuovo decreto, le disposizioni del decreto del Ministro dello sviluppo economico 19 gennaio 2018, n. 31, recante gli schemi di contratti tipo per le garanzie fideiussorie, sebbene, si badi, tale decreto fosse già stato abrogato dal Decreto ministeriale 16 settembre 2022 n. 193, contenente nuovi schemi tipo seppure sostanzialmente riproduttivi di quelli del precedente decreto.

Il nuovo Codice dei Contratti

Norme interpretative per i consorzi

Il nuovo Codice introduce delle disposizioni interpretative di alcuni articoli del d.lgs. 50/16 per la qualificazione dei consorzi, valide dunque per le procedure indette entro il 1 luglio 2023.

In particolare viene sancito che gli articoli 47, comma 1, 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si interpretano nel senso che, in via transitoria, relativamente ai consorzi stabili, ai fini della partecipazione alle gare e dell'esecuzione si applica il regime di qualificazione pregresso del vecchio Codice "De Lise", previsto dall'articolo 36, comma 7, del codice del decreto legislativo 18 aprile 2006 n. 163 e dagli articoli 81 e 94 del regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207.

Inoltre, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara.

Il nuovo Codice dei Contratti

Appalti finanziati

Per gli appalti PNRR-PNC continuano ad applicarsi le norme speciali introdotte ad hoc per le relative procedure.

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 connesse, anche se non finanziate con dette risorse, si applicano, anche dopo il 1° luglio 2023 le disposizioni di cui:

al decreto-legge 31 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 la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC, nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030.

Il nuovo Codice dei Contratti

Si è scelto di redigere un codice che non rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi e sia immediatamente “autoesecutivo”, consentendo da subito una piena conoscenza dell’intera disciplina da attuare.

Ciò è stato possibile grazie a un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime).

Infatti, il Legislatore ha previsto l’emanazione di regolamenti ministeriali da adottarsi attraverso un originale meccanismo di “delegificazione” che si sostituisce al rinvio ad ulteriori provvedimenti attuativi che era stato, invece, previsto per il Codice del 2016, sì da potere avere una immediata conoscenza dell’intera disciplina da attuare, conservando, di quella precedente, le norme che hanno avuto un impatto ed una applicazione positivi in sede di attuazione.

Il nuovo Codice dei Contratti

Come esplicitato nel Dossier sul Codice dei contratti pubblici A.G. 19, del 16 gennaio 2023, 11, attraverso l'adozione della "tecnica degli allegati", ciascuna disposizione che richieda di essere integrata da norme di dettaglio rinvia ad uno o più specifici allegati al Codice (aventi, dunque, un iniziale valore di legge).

In sede di prima applicazione, l'allegato in questione è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento ministeriale. È, inoltre precisato che, essendo autorizzata l'abrogazione e la sostituzione integrale degli allegati a decorrere dall'entrata in vigore dei corrispondenti regolamenti ministeriali, è da escludersi che tali regolamenti si limitino ad intervenire esclusivamente su singole parti dei contenuti degli allegati comportandone una delegificazione solo parziale (la quale darebbe vita ad atti in cui convivrebbero norme di valore legislativo e norme di rango regolamentare).

Il nuovo Codice dei Contratti

In pratica, attraverso quello che è stato definito un «meccanismo di delegificazione speciale», costruito sulla base dell'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988, si è inteso risolvere una delle maggiori criticità del D. Lgs. 50/2016, e cioè la lunghezza di molti articoli - spesso, tra l'altro, difficilmente comprensibili - senza rinviare ad una normativa secondaria o a linee guida da approvare successivamente.

In tal modo si è inteso superare il precedente sistema delle linee guida ANAC quale fonte normativa e di ridurre le norme vincolanti delle stesse, adeguate e trasfuse nel testo normativo del Codice o negli allegati ottenendo non solo l'effetto di una consultazione più completa e semplificata delle norme, ma anche l'eliminazione della diversità delle fonti normative di integrazione e di attuazione: infatti, gli allegati al Codice che hanno sostituito regolamenti e linee guida precedenti hanno la forza propria del decreto legislativo.

Il nuovo Codice dei Contratti

Nonostante debba considerarsi positiva l'eliminazione delle tante fonti secondarie attraverso cui si era data attuazione al D.Lgs. n. 50/2016, tuttavia, tale meccanismo è stato oggetto di critiche in quanto è apparso piuttosto complesso ed anche problematico innanzitutto perché sono state inserite negli allegati al Codice disposizioni previste in atti di rango diverso (regolamenti, decreti ministeriali, linee guida), per cui ciò che è attualmente disciplinato dalla legge potrebbe risultare disciplinato da un regolamento ministeriale a seguito della abrogazione che ne deriverebbe a decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento stesso.

A ciò deve aggiungersi che la fonte regolamentare, seppure più agile di quella legislativa, è, però, anche più facilmente modificabile e tale circostanza potrebbe determinare l'effetto che, a seguito di eventuali e, magari, frequenti modifiche, la disciplina possa trasformarsi in una regola che crea incertezza al momento dell'applicazione da parte del funzionario pubblico, a discapito della fiducia nel sistema con cui, invece, lo si invita ad agire.