



CIRCOLARE N. 103/22

ROMA, 14/12/2022

Appalti pubblici: approvata la riforma del codice dei contratti

Roma 19 dicembre 2022 _ Il Consiglio dei Ministri nella seduta di venerdì 16 dicembre 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.

Il nuovo Codice, che tra qualche giorno arriverà in Parlamento per i pareri delle commissioni competenti, muove da due principi cardine, stabiliti nei primi due articoli:

- il “principio del risultato”, inteso come l’interesse pubblico primario del Codice stesso, che riguarda l’affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza;
- il “principio della fiducia” nell’azione legittima, trasparente e corretta della pubblica amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.

Di seguito alcune tra le principali innovazioni introdotte. Saremo in grado di produrre una analisi di maggiore dettaglio non appena saranno divulgati i testi definitivi.

Digitalizzazione

Il vero e proprio “motore” per modernizzare tutto il sistema dei contratti pubblici e l’intero ciclo di vita dell’appalto è la digitalizzazione.

Il decreto 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’Autorità nazionale anti corruzione (ANAC), nelle piattaforme di approvvigionamento digitale, nell’utilizzo di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici.

Inoltre, il decreto:

- realizza una digitalizzazione integrale in materia di accesso agli atti, in linea con lo svolgimento in modalità digitale delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici;
- riconosce espressamente a tutti i cittadini la possibilità di richiedere la documentazione di gara, nei limiti consentiti dall’ordinamento vigente, attraverso l’istituto dell’accesso civico generalizzato.

Programmazione di infrastrutture prioritarie

Il decreto prevede in fase di programmazione di infrastrutture prioritarie:

- l’inserimento dell’elenco delle opere prioritarie direttamente nel Documento di economia e finanza (DEF), a valle di un confronto tra Regioni e Governo;
- la riduzione dei termini per la progettazione;
- l’istituzione da parte del Consiglio superiore dei lavori pubblici di un comitato speciale appositamente dedicato all’esame di tali progetti;

- un meccanismo di superamento del dissenso qualificato nella conferenza di servizi mediante l'approvazione con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri;
- la valutazione in parallelo dell'interesse archeologico.

Appalto integrato

Il contratto potrà avere come oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvato. Sono esclusi gli appalti per opere di manutenzione ordinaria.

Procedure sotto la soglia europea

Con il decreto sono adottate stabilmente le soglie previste per l'affidamento diretto e per le procedure negoziate nel cosiddetto decreto "semplificazioni COVID-19" (decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76). Sono previste eccezioni, con applicazione delle procedure ordinarie previste per il sopra-soglia, per l'affidamento dei contratti che presentino interesse transfrontaliero certo. Viene inoltre stabilito il principio di rotazione secondo cui, in caso di procedura negoziata, è vietato procedere direttamente all'assegnazione di un appalto nei confronti del contraente uscente. In tutti gli affidamenti di contratti sotto-soglia sono esclusi i termini dilatori, sia di natura procedimentale che processuale.

General contractor

Il decreto reintroduce la figura del "general contractor". Con questi contratti, l'operatore economico "è tenuto a perseguire un risultato amministrativo mediante le prestazioni professionali e specialistiche previste, in cambio di un corrispettivo determinato in relazione al risultato ottenuto e alla attività normalmente necessaria per ottenerlo". È da sottolineare che l'attività anche di matrice pubblicistica da parte del contraente generale (per esempio quella di espropriazione delle aree) consente di riconoscere nell'istituto una delle principali manifestazioni applicative della collaborazione tra la pubblica amministrazione e gli operatori privati nello svolgimento di attività d'interesse generale.

Partenariato pubblico-privato

La semplificazione del quadro normativo rende più agevole la partecipazione degli investitori istituzionali alle gare per l'affidamento di progetti di partenariato pubblico-privato (PPP). Sono previste ulteriori garanzie a favore dei finanziatori dei contratti e si conferma il diritto di prelazione per il promotore.

Settori speciali

Prevista una maggiore flessibilità e una più marcata peculiarità per i cosiddetti "settori speciali", in coerenza con la natura essenziale dei servizi pubblici gestiti dagli enti aggiudicatori (acqua, energia, trasporti, ecc.). Viene introdotto un elenco di "poteri di autorganizzazione" riconosciuti alle imprese pubbliche e ai privati titolari di diritti speciali o esclusivi.

Le stazioni appaltanti potranno determinare le dimensioni dell'oggetto dell'appalto e dei lotti in cui eventualmente suddividerlo, senza obbligo di motivazione aggravata.

Subappalto

Viene introdotto il cosiddetto subappalto a cascata, adeguandolo alla normativa e alla giurisprudenza europea attraverso la previsione di criteri di valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante, da esercitarsi caso per caso.

Concessioni

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

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, con il riconoscimento in favore dell'impresa dell'80 per cento del maggior costo.

Esecuzione

Sul versante dell'esecuzione, è prevista 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.

In caso di liquidazione giudiziale dell'operatore economico dopo l'aggiudicazione, non ci sarà automaticamente la decadenza ma il contratto potrà essere stipulato col curatore autorizzato all'esercizio dell'impresa, previa autorizzazione del giudice delegato.

Governance, contenzioso e giurisdizione

Allo scopo di fugare la cosiddetta "paura della firma", è stabilito che, ai fini della responsabilità amministrativa, non costituisce "colpa grave" la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

Il decreto provvede a riordinare le competenze dell'ANAC, in attuazione del criterio contenuto nella legge delega, con un rafforzamento delle funzioni di vigilanza e sanzionatorie.

Il giudice può riconoscere anche delle azioni risarcitorie e di quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo. Si applica l'arbitrato anche alle controversie relative ai "contratti" in cui siano coinvolti tali operatori.

Entrata in vigore

Il Codice sarà applicato a tutti i nuovi procedimenti a partire dal 1° aprile 2023. Dal 1° luglio 2023 è prevista l'abrogazione del Codice precedente (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) e l'applicazione delle nuove norme anche a tutti i procedimenti già in corso.