

► Il Codice dei contratti 2023 Entrata in vigore, periodo transitorio e novità

Il nuovo Codice dei contratti è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale a fine marzo 2023 e riorganizza sistematicamente la materia, estendendo la digitalizzazione all'intero ciclo di vita dell'appalto, abbandonando le linee guida ANAC e conferendo centralità a numerosi principi generali.



Direttore dei Servizi Generali e Amministrativi presso il polo Liceale e Scuola di Ambito per la formazione

Giambattista Rosato

Il nuovo Codice dei contratti, D.Lgs 36/2023 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 31/3/2023, rispettando così la tempistica delle scadenze previste. Il nuovo Codice riorganizza sistematicamente la materia, estende la digitalizzazione all'intero ciclo di vita dell'appalto, abbandona le linee guida ANAC e conferisce centralità a numerosi principi generali. Il nuovo Codice diventa operativo in tre fasi, durante le quali è realmente difficile districarsi nel mare magnum delle nuove disposizioni, soprattutto perché vecchie e nuove norme dovranno convivere per alcuni mesi.

PERIODO TRANSITORIO FINO AL 31/12/2023

Il D.Lgs 36/2023 entra in vigore dal 1/4/2023, ma le sue disposizioni – come disposto dall'art. 229 – acquistano efficacia dal 1/7/2023.

È previsto, tuttavia, un periodo transitorio fino al 31/12/2023, con estensione della vigenza di alcune disposizioni del vecchio codice (D.Lgs 50/2016), del D.L. semplificazioni (D.L. 76/2020) e del D.L. semplificazioni bis (D.L. 77/2021).

Come stabilito dall'art. 226, a decorrere dal 1/7/2023, quando diventano efficaci le disposizioni del nuovo testo, il D.Lgs 50/2016 continua ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso ed è abrogato dal 1/7/2023, fermo restando quanto previsto dall'articolo 225 del nuovo Codice.

APPALTI PNRR E PNC

L'art. 225 del nuovo codice, al c. 8, specifica che per quanto riguarda le procedure di affidamento e i contratti riguardanti gli investimenti pubblici (anche suddivisi in lotti), finanziati in tutto o in parte con le risorse PNRR e PNC, nonché i programmi cofinanziati da fondi UE, si applicano anche dopo il 1/7/2023 le disposizioni di cui al D.L. 77/2021, convertito con modificazioni dalla L. 108/2021 al D.L. 13/2023, 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.

APPROCCIO INNOVATIVO

Il nuovo codice ha un approccio decisamente innovativo rispetto a quello ancora in vigore, che mette in risalto il ruolo dell'ANAC e la conseguente soft law (linee guida) e anche rispetto al precedente Codice "De Lise" (D.Lgs 163/06), che per la sua disciplina di dettaglio si avvaleva di un regolamento attuativo. Il nuovo invece, per così dire, vive di vita propria, lasciandosi alle spalle le due precedenti impostazioni, salvo che si completa grazie all'ausilio di numerosi allegati, diventando di fatto un codice "auto-applicativo".

La scrittura del Codice è uniforme e organica; il testo è costituito da 229 articoli e 5 libri.

Una delle principali note distintive del nuovo codice è fuor di dubbio l'enunciazione di numerosi principi generali, tra i quali se ne evidenziano due: il principio del risultato e della fiducia.

Il primo (art. 1) deve intendersi quale interesse pubblico primario che le stazioni appaltanti devono perseguire nell'esercizio della loro attività, affidando il contratto e vigilando sulla sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Con il principio della fiducia (art. 2) nell'azione legittima, trasparente e corretta

della P.A., dei suoi funzionari e degli operatori economici, si prova a fare breccia nella cosiddetta burocrazia difensiva, nota anche come “paura della firma”.

Come esplicitato nella relazione illustrativa al codice, la fiducia che viene riconosciuta ai pubblici funzionari non è incondizionata, ma rappresenta una sorta di contropartita di ciò che l’ordinamento si aspetta dall’azione amministrativa, ossia il perseguimento del risultato.

Importante, inoltre, lo spartiacque tracciato tra ciò che, ai fini della responsabilità amministrativa, costituisce colpa grave – la violazione di regole e l’omissione delle ordinarie cautele – e ciò che invece non può ritenersi tale: la violazione o l’omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

Da evidenziarsi, poi, che l’art. 4, rubricato “*criterio interpretativo ed applicativo*” prevede che le disposizioni del codice si interpretino e si applichino in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3 (*principio dell’accesso al mercato*).

LA DIGITALIZZAZIONE

Un’intera parte del codice viene dedicata alla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti. Dunque, rispetto al Codice attuale, sostanzialmente focalizzato sulla digitalizzazione delle procedure di scelta del contraente, la sfida del nuovo codice è quella di ricomprendere l’intero ciclo di vita dei contratti, articolato in programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione.

È previsto un “ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale” i cui perni fondanti sono la *Banca dati nazionale dei contratti pubblici*, il *fascicolo virtuale dell’operatore economico*, le *piattaforme di approvvigionamento digitale*, l’*utilizzo di procedure automatizzate*.

LA PROGRAMMAZIONE DEGLI ACQUISTI

Per quanto concerne la programmazione, la durata del programma relativo a beni e servizi, biennale nell’attuale codice, diviene ora triennale, per uniformità rispetto a quello dei lavori; inoltre vengono modificate anche le soglie che richiedono l’inserimento nei programmi.

REQUISITI DI ORDINE GENERALE

In tema di requisiti di ordine generale, decisamente apprezzabile è il riordino operato dal nuovo Codice che, in luogo dell'art. 80 del codice vigente, ha suddiviso la materia in ben cinque articoli: le cause di esclusione automatica (art. 94), le cause di esclusione non automatica (art. 95), la disciplina procedimentale comune agli eventi dai quali consegue l'esclusione dell'operatore economico (art. 96), la disciplina che riguarda i raggruppamenti di imprese, con la previsione dei casi di sostituzione o estromissione del componente del raggruppamento (art. 97) ed infine la disciplina dell'illecito professionale. Oltre alla diversa organizzazione sistematica della materia delle cause di esclusione, si registrano delle novità sul piano sostanziale, tra le quali vanno segnalate l'ampliamento della disciplina del *self cleaning*.

I RIMEDI ALTERNATIVI ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE

Tra i rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale, accanto all'accordo bonario, la transazione e l'arbitrato diviene sempre più centrale, quale istituto deflattivo del contenzioso, il Collegio Consultivo Tecnico (artt. 215-219 e all. V. 2), esteso anche agli appalti di servizi e forniture. Nel medesimo titolo dedicato ai rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale è contenuta la disciplina dei pareri di precontenzioso che possono richiedersi all'ANAC, della quale, da una parte vengono rafforzate le funzioni di vigilanza e sanzionatorie, mentre, dall'altra, viene eliminata la possibilità di emettere linee guida, ciò attraverso l'integrazione nel Codice della disciplina di attuazione.

LE PROCEDURE SOTTO LA SOGLIA EUROPEA

Vengono definitivamente adottate con semplificazioni stabili anche le procedure sotto la soglia europea per l'affidamento diretto e per le procedure negoziate di cui al D.L. 76/2020. Per tutti gli affidamenti sotto-soglia, vengono esclusi i termini dilatori (*stand still*), sia di natura procedimentale che processuale. Viene disciplinato compiutamente 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.

IL RESPONSABILE UNICO DEL PROCEDIMENTO – RUP

Nel nuovo Codice cambia la disciplina e il ruolo del RUP che si sgancia definitivamente dalla concezione di cui alla L. 241/1990. Nell'art. 15, comma 1, viene ridise-

gnata la portata e la figura del RUP, che diventa un responsabile “di *progetto*” o di “*intervento*” e non più di “*procedimento*”: infatti si tratta del responsabile di una serie di “fasi” preordinate alla realizzazione di un “progetto”, o di un “intervento pubblico”.

Si prevede la possibilità, per le stazioni appaltanti, di nominare un responsabile per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile per la fase di affidamento. Tale eventualità presenta il vantaggio di evitare un'eccessiva concentrazione sul RUP di compiti e responsabilità, spesso di difficile gestione. In tal caso, rimangono in capo al RUP gli obblighi e le connesse responsabilità di supervisione, coordinamento, indirizzo e controllo, mentre sono ripartiti in capo ai responsabili delle fasi i compiti e le responsabilità delle singole fasi a cui sono preposti. Viene introdotto un principio di “responsabilità per fasi”.

L'aspetto importante che differenzia il Responsabile Unico del Procedimento dal Responsabile Unico di Progetto è proprio la diversa portata del principio di “unicità del responsabile”. Infatti, nella L. 241/1990, il principio della unicità viene riferito al singolo procedimento, nel senso di un unico responsabile, da intendersi sia come unità organizzativa, sia come funzionario-persona fisica. Il nuovo Codice sottolinea che il ruolo ricoperto dal RUP è invece quello di responsabile non di uno o più procedimenti ma di tutto l'intervento pubblico. Non si tratta di un procedimento unitario articolato in più sub-procedimenti, eventualmente di competenza di diversi uffici, ma di procedimenti diversi, ciascuno dei quali destinato a concludersi nell'adozione di un provvedimento o atto autonomo. Pertanto, per il nuovo codice, il RUP è inteso come persona fisica e non come un ufficio.

Il RUP è la figura fondamentale nel ciclo di vita di ogni appalto, dalla fase di progettazione fino a quella di esecuzione del contratto di appalto, in quanto assume specifiche responsabilità che hanno come obiettivo quello di garantire la correttezza e l'efficacia delle procedure. Per tale figura viene prevista la possibilità di professionalizzazione attraverso specifici percorsi formativi e ne vengono definiti i requisiti e la nomina.