

Principali elementi del nuovo codice dei contratti pubblici e implicazioni organizzative per gli operatori economici.

Dott. Alberto Barbiero

17 marzo 2023

Gli elementi generali

Principi, aspetti organizzativi delle procedure, ruoli di riferimento.

Quadro dei nuovi principi

- Principio del risultato: affidamento del contratto e sua esecuzione con massima tempestività e con migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo.
- Principio della fiducia: reciproca fiducia tra OE e SA per azione legittima, trasparente e corretta dei soggetti impegnati da ambedue le parti.
- Colpa grave in caso di violazione di legge, non di mancato seguito a indirizzi giurisprudenziali o pareri di autorità competenti.
- Principio dell'accesso al mercato: definizione «evoluta» del principio di concorrenza, comprensivo dei suoi principi «operativi» (pubblicità, trasparenza, divieto di discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità).

Principi «complementari»

- Principi di buona fede e dell'affidamento: criteri comportamentali che devono conformare l'azione e le interazioni di SA e OE.
- Principi di solidarietà e di sussidiarietà.
- Principio di autonomia organizzativa.
- Principio di autonomia contrattuale (anche per contratti gratuiti).
- Principio di tassatività delle cause di esclusione.
- Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore: SA individua il CCNL applicabile all'appalto, mentre OE possono indicare in offerta un CCNL diverso, ma assicurando ai lavoratori stesse tutele economiche di quello indicato.

Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

- Se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. Gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all'esecutore a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisti e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta.
- La rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica.

Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

- Se le circostanze sopravvenute di cui al comma 1 rendono la prestazione, in parte o temporaneamente, inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti, questi ha diritto a una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale.
- Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara, specie quando il contratto risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze al rischio delle interferenze da sopravvenienze.
- In applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale si applicano le disposizioni sulla revisione prezzi e sulle modifiche contrattuali.

Il nuovo RUP (Responsabile unico di progetto)

- Responsabile unico di progetto (rapportato a intero ciclo realizzativo dell'appalto).
- Possibilità di nomina di un Responsabile di procedimento per programmazione, progettazione e esecuzione, nonché di un Responsabile di procedimento per la fase di affidamento.
- RUP permane come figura di riferimento per la gestione complessiva dell'appalto., anche in relazione a attività di controllo e a rapporti con altri soggetti (Direttore dei Lavori / Direttore dell'esecuzione).
- Risolto aspetto critico: RUP può far parte della Commissione giudicatrice nelle gare con l'OEPV.

La digitalizzazione

Piattaforme telematiche, fascicolo virtuale dell'operatore economico, BDNCP.

Digitalizzazione del ciclo di vita dell'appalto

- Le SA devono assicurare la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dell'appalto.
- Rafforzamento delle modalità di pubblicizzazione digitale dei bandi/avvisi.
- Obbligo di gestione delle procedure di affidamento mediante le piattaforme telematiche di approvvigionamento (riduzione ai minimi termini delle eccezioni).
- Rafforzamento di tutte le interazioni, in particolare di quella informativa dall'OE alla SA, mediante il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico.
- Conferma della gestione digitalizzata anche dell'esecuzione.

Aspetti particolari della digitalizzazione

- Se una SA non dispone di una propria piattaforma, deve utilizzare quella messa a disposizione dai soggetti aggregatori o da altra ASA qualificate, pertanto la mancata disponibilità della piattaforma non può costituire giustificazione per lo sviluppo di procedure «tradizionali».
- Agli operatori economici non possono essere fatte pagare quote/fee/prezzi per l'utilizzo delle piattaforme in relazione alla partecipazione alle gare.
- Le varie operazioni di gara saranno gestite interamente mediante la piattaforma, comprese le sedute pubbliche.
- Le comunicazioni relative alle procedure saranno interamente gestite mediante la piattaforma (fatte salve alcune eccezioni in una fase iniziale transitoria), per cui gli OE devono dotarsi di tutte le soluzioni strumentali (pec, firma digitale, ecc.).

Le principali novità nelle regole per l'affidamento

Requisiti, cause di esclusione, raggruppamenti temporanei, altri aspetti procedurali.

Elementi particolari per le procedure di affidamento

- Nuove regole in materia di pubblicità degli atti di gara: focalizzazione sulla BDNCP, ma anche obbligo di pubblicazione sul sito internet (profilo del committente) della SA, sia degli atti relativi alle procedure di affidamento, sia degli atti relativi all'esecuzione.
- Requisiti di capacità: rafforzato il sistema di qualificazione per gli OE esecutori di lavori, esteso (ma in base a regolamento specifico) anche ai prestatori di servizi e ai fornitori.
- Sino a definizione del sistema di qualificazione per servizi e forniture, sono previsti requisiti «essenziali»: fatturato globale maturato nell'anno precedente e servizi analoghi eseguiti a favore di committenti pubblici o privati nel triennio precedente.

Nuova classificazione delle cause di esclusione (relative a requisiti di ordine generale)

- Distinzione delle cause di esclusione (relative a requisiti di ordine generale) che sono applicate automaticamente dalla SA (senza alcuna possibilità di valutazione in ordine a fattori positivamente incidenti, quali decorso del tempo, self cleaning, ecc.) e che devono essere invece applicate considerando eventuali fattori o circostanze «attenuanti» del livello di criticità.
- La normativa disciplina in dettaglio le condizioni e i profili procedurali che portano all'esclusione dell'OE in caso di rilevazione della mancanza di uno o più requisiti di ordine generale.
- Codificazione precisa dell'illecito professionale grave, degli elementi che lo determinano e dei mezzi di prova (necessaria focalizzazione delle situazioni critiche che possono far incorrere l'OE in un illecito professionale grave).

Le novità per i raggruppamenti temporanei

- Complessiva ricodificazione della disciplina dei raggruppamenti temporanei, con elementi di novità recettivi degli input del diritto euro-unitario.
- Composizione del RTI con definizione «libera» delle quote di partecipazione e di esecuzione tra i vari OE componenti, con individuazione comunque di una mandataria.
- Definizione di limiti «quantitativi» apponibile dalla SA solo in base a specifiche motivazioni tecniche connesse alle peculiarità dell'appalto.
- Modulazione variabile dei raggruppamenti anche rispetto alle attività, in funzione dell'eliminazione delle attività principali e secondarie (non ci sono più i RTI verticali/orizzontali).

Gli impegni dell'OE

- Introduzione nel quadro regolativo dei rapporti con la SA di una serie di impegni per l'OE, finalizzati a garantire la stabilità occupazionale dei lavoratori, l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.
- Gli impegni sono dichiarati dall'OE nell'offerta, con specificazione delle modalità di adempimento degli stessi.
- La previsione comporta riflessi in relazione alle attività organizzative dell'OE per lo sviluppo dell'appalto, in funzione del soddisfacimento degli impegni assunti.
- La SA può riportare il mancato rispetto degli impegni al sistema delle penali.

Termini per la procedura di affidamento

- La nuova disciplina della fase di affidamento stabilisce per la stessa specifici termini di conclusione del procedimento, differenziandoli in rapporto alle procedure e al tipo di criterio utilizzato (minor prezzo o OEPV), ma non in base al valore di soglia.
- I termini procedurali risultano più ampi per le procedure ordinarie / a massima evidenza pubblica e più ridotti per le procedure negoziate con confronto competitivo.
- I termini possono essere estesi di un mese in funzione dello svolgimento delle operazioni di verifica delle offerte anormalmente basse.
- Il Rup può prorogare per un massimo di tre mesi il termine procedimentale, per motivate ragioni.

Novità per le offerte

- In caso di mancata indicazione dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza aziendali le nuove disposizioni prevedono espressamente l'esclusione dell'OE (pertanto la SA non può più attivare, in tal caso, il c.d. «soccorso procedimentale»).
- In rapporto all'Offerta economicamente più vantaggiosa, la nuova disciplina prevede la possibilità per la SA di richiedere all'OE chiarimenti sull'offerta presentata, che non possono modificarla o integrarla (codificazione del c.d. «soccorso procedimentale»).
- Permane la regolamentazione del soccorso istruttorio per mancata indicazione di elementi nella domanda di partecipazione o per mancanza di alcuni documenti da allegare alla stessa.

Le novità in materia di affidamenti sottosoglia

La razionalizzazione dei moduli di affidamento, lo spazio economico più ampio, le eccezioni rispetto ad alcune regole generali.

Affidamenti sottosoglia: razionalizzazione dei moduli

- La disciplina degli affidamenti sottosoglia razionalizza i moduli, individuandone soltanto due: l'affidamento diretto «puro» e la procedura negoziata senza pubblicazione di bando (c.d. «procedura negoziata con confronto comparativo»).
- Sia per l'affidamento diretto (entro 139.000 euro per beni/servizi e entro 150.000 euro per lavori) che per la procedura negoziata (tra 139.000 euro e soglie UE per beni/servizi e tra 150.000 euro e soglia Ue per lavori, con bipartizione a 1.000.000 euro) la nuova disciplina amplia lo spazio economico di utilizzo.
- Le procedure ordinarie permangono in relazione agli appalti di rilevanza «transfrontaliera» (dimensionamento elevato, peculiarità tecniche che riducono il mercato Ue, contesto territoriale).

Affidamento diretto

- Per gli affidamenti diretti le SA devono individuare OE con pregresse e documentate esperienze in lavori, servizi o forniture analoghi all'attività oggetto dell'affidamento.
- Nello sviluppo dell'affidamento diretto devono essere rispettati i principi dell'ordinamento euro-unitario.
- L'individuazione degli OE è effettuata dalla SA con modalità che essa sceglie liberamente, ma che devono essere sinteticamente spiegate nel provvedimento di affidamento.
- La nuova disciplina «sollecita» le SA a costituire elenchi di OE dai quali estrarre i soggetti con i quali procedere ad affidamento diretto.

Procedura negoziata con confronto competitivo/comparativo

- La procedura negoziata con confronto competitivo/comparativo è regolata nell'assetto bifasico tradizionale: individuazione degli OE da invitare mediante indagine di mercato (con avviso pubblico) o mediante estrazione da elenco costituito in base ad avviso pubblico e con configurazione dinamica.
- La procedura negoziata ha un significativo livello di pubblicizzazione in relazione al suo avvio e alla sua conclusione.
- Il numero minimo degli OE da invitare è di cinque per le gare per beni/servizi e lavori entro 1.000.000 euro, nonché di dieci per le gare di lavori tra 1.000.000 euro e la soglia UE.
- La nuova disciplina prevede che non debba essere richiesta la garanzia provvisoria nelle procedure negoziate sottosoglia (salvo possibilità di richiedere con motivazione e riduzione).

Individuazione degli OE

- La nuova disciplina valorizza, sia per gli affidamenti diretti, sia per le procedure negoziate, la costituzione di elenchi di OE.
- L'estrazione dagli elenchi non può avvenire con sorteggio, salvo che non ricorrano particolari condizioni, che devono essere motivate dalla SA.
- La SA può scegliere di invitare tutti gli OE che hanno presentato manifestazione di interesse o tutti gli OE iscritti all'elenco.
- L'individuazione degli OE per gli affidamenti diretti è esplicitamente indicata dalla normativa come procedura che non è una gara.
- La procedura negoziata con confronto competitivo è invece una gara a tutti gli effetti, con maggiore flessibilità di utilizzo dei criteri di valutazione (minor prezzo e OEPV).

Principio di rotazione

- La nuova disciplina conferma l'applicazione del principio di rotazione agli affidamenti sottosoglia.
- Per gli affidamenti diretti chiarisce che si applica solo agli affidatari.
- Le nuove norme chiariscono meglio le condizioni in base alle quali non si applica il principio di rotazione (in riferimento alle procedure con un maggior confronto concorrenziale , ossia le c.d. «aperte al mercato»), nonché i presupposti in base ai quali si può derogare (es. particolarità del mercato).
- Il principio di rotazione è comunque derogabile per gli affidamenti di valore inferiore ai 5.000 euro (per tutte le tipologie di appalti, ossia beni, servizi e lavori).

Esclusione automatica delle offerte anomale

- Negli appalti sottosoglia con il criterio del minor prezzo si applica l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, secondo le condizioni minime definite dalla nuova normativa (numero di offerte ammesse pari o superiore a cinque).
- Le metodologie per l'individuazione della soglia di anomalia sono specificate negli allegati e sono scelte (nonché dichiarate negli atti di gara) dalla SA.
- Le metodologie di calcolo per l'individuazione della soglia di anomalia sono destinate a essere cambiate periodicamente, per evitare abusi.

Aspetti particolari relativi all'esecuzione

Subappalto, pagamenti, modifiche e varianti.

Le disposizioni sul subappalto

- Conferma del quadro normativo regolativo del subappalto in termini (relativamente) più conformi al diritto euro-unitario.
- L'appaltatore mantiene la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative alla categoria prevalente.
- Possibilità di limitazione della quota di attività subappaltabili (con mantenimento delle stesse in capo all'appaltatore) per ragioni connesse a peculiarità dell'appalto, esigenze di maggior sicurezza sul lavoro, contrasto alle infiltrazioni delle organizzazioni criminali.
- Possibilità del subappalto a cascata (con limitazioni).
- Obbligo del subappaltatore di garantire ai lavoratori le condizioni contrattuali assicurate dall'appaltatore ai propri lavoratori.

Alcune peculiarità nella disciplina del subappalto

- Migliore specificazione relativamente alle attività che non costituiscono subappalto (es. esplicitazione delle attività dei lavoratori autonomi riferite solo a attività secondarie o sussidiarie).
- Specificazione dell'utilizzo dei contratti continuativi di cooperazione solo per prestazioni secondarie o accessorie.
- Mantenimento dell'obbligo di dichiarazione dell'utilizzo del subappalto in sede di gara per poterlo utilizzare nel corso dell'appalto.
- Conferma della casistica di pagamento diretto del subappaltatore da parte della SA.
- Conferma della sequenza del procedimento autorizzativo e del deposito del contratto di subappalto.

La ricodificazione della disciplina delle modifiche e delle varianti

- Specificazione delle modifiche prevedibili (clausole chiare), comprensive anche di clausole definitorie di opzioni.
- Migliore specificazione della sopravvenuta necessità di lavori, servizi o forniture supplementari con il medesimo appaltatore.
- Focalizzazione delle condizioni che determinano una modifica sostanziale che non può essere gestita con modifiche o varianti (correlandola all'equilibrio del rapporto contrattuale).
- Contratto sempre modificabile in ragione dell'equilibrio nel rapporto tra le parti, nel rispetto di clausole specifiche di rinegoziazione (con procedura specifica).
- Specificazione della «proroga contrattuale» e della «proroga da affidamento».

Disciplina revisione prezzi

- Disciplina «unitaria» per la revisione prezzi, che assorbe anche le «compensazioni» per gli appalti di lavori.
- Obbligo di inserimento nei contratti di clausole regolative della revisione dei prezzi.
- Specificazione dei presupposti in base ai quali si attivano le clausole di revisione dei prezzi (aumento/diminuzione superiore al 5%, ecc.).
- Riferimento a indici sintetici delle variazioni dei prezzi elaborati periodicamente dall'ISTAT.
- Specificazione delle risorse che possono essere utilizzate dalle SA per la revisione prezzi.

Anticipazioni e pagamenti

- Conferma della disciplina relativa alle anticipazioni obbligatorie (compresa facoltà per la SA di portarle al 30%), con regolamentazione anche per i contratti pluriennali.
- Disciplina dei pagamenti rapportata agli stati di avanzamento (che costituiscono riferimento per i termini di pagamento).
- Specificazione di dettaglio delle modalità di formazione del Sal e delle interazioni tra appaltatore e direttore dei lavori/dell'esecuzione (con garanzie per appaltatore in relazione alla comunicazione della conclusione delle prestazioni).
- Migliore specificazione della regolamentazione del pagamento della rata di saldo (a seguito collaudo/verifica di conformità finale).