

Il Nuovo Codice degli Appalti in dieci punti

Red. Ref. | Reforming.it

A inizio luglio 2023 (D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36) entrano in vigore anche le parti del Nuovo Codice degli Appalti non già in vigore da inizio anno. Non è esagerato dire che esso corrisponda a un capovolgimento di approccio rispetto al passato e metta in opera una riorganizzazione generale del quadro normativo entro cui dovranno essere progettati, appaltati ed eseguiti i lavori pubblici.

« L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro » – art. 1655, Cod. Civ.

L'etimologia è incerta anche se si propende per due radici. La prima è dal Latino «pactum» che, con la preposizione «ad», assumeva il significato di «venire all'accordo», «definire i termini di contratto». L'altra radice lo vorrebbe invece dal Greco antico: «pallion» ossia «giavellotto» o «picca» o «asta», in riferimento al segnaposto che veniva piantato in terra nel Foro di Roma lì dove doveva svolgersi per appunto le aste per l'assegnazione di lavori. – Etimologico "Garzanti"

L'«asta» ha una notevole importanza simbolica nella vita civile e politica di Roma antica. Ogni volta che si effettuava una pubblica vendita in cui fosse coinvolto l'interesse dello Stato, si trattasse di un bottino di guerra o di prigionieri resi schiavi, o di beni di cittadini proscritti, o di proprietà confiscate per pubblico interesse e via dicendo, si piantava a suolo un'asta ben visibile, volendosi forse con ciò sancire l'autorità dello Stato nella vendita e nell'acquisto. Perciò il giurista Gaio (Inst., 4, 16) definisce l'asta «signunt quoddam iusti dominii». L'uso della medesima espressione per la vendita all'incanto (l'asta per l'affido dell'appalto) è propria del nostro linguaggio comune. – Etimologico "Treccani"

Le innovazioni di maggior rilievo sono riassumibili nei seguenti dieci punti, che seguono l'ordine con cui il Nuovo Codice affronta i vari temi.

1. Dopo essere stato, negli anni passati, giudicato come potenziale fonte di opacità e commistioni e fortemente limitato, ritorna possibile l'**appalto integrato** sulla base di progetto esecutivo, ma solo a condizione che il bando di gara, le procedure di affidamento e tutte le fasi dei lavori siano gestiti da una stazione appaltante qualificata, cui spetti anche di motivare opportunità e convenienza della scelta. Per l'appalto integrato il criterio di aggiudicazione può essere solo quello dell'Offerta economicamente più vantaggiosa (l'OEPV).
2. L'evoluzione normativa precedente aveva portato a generalizzare la procedura competitiva a evidenza pubblica (la gara propriamente detta con tutti i crismi) come modalità di affidamento. Il Nuovo Codice ripropone invece una gradazione di modalità di appalto. Per appalti di importo non superiore a 150 mila euro (140 mila per i servizi) ritorna praticabile l'**affidamento diretto**¹, mentre per quelli di importo entro la soglia europea² ci si può avvalere della **procedura negoziata senza pubblicazione del bando** (invitando, a seconda dei casi, almeno dieci o almeno cinque operatori economici)³. Fatta eccezione per i contratti ad

¹ Con l'affidamento diretto, la stazione appaltante ha piena discrezionalità di scelta dell'impresa cui affidare i lavori, senza passare per alcuna comparazione pubblica tra potenziali concorrenti. È, per ovvie ragioni, l'affidamento più rapido. La discrezionalità di scelta non impedisce, ovviamente, una valutazione *ex-post* dell'operato della stazione, soprattutto quando di questa modalità si tendesse a fare un eccesivo uso.

² La soglia europea vigente è: di 5,4 milioni di euro per le opere; 140 mila euro per le forniture, i servizi e i concorsi pubblici di

progettazione aggiudicati dalle stazioni appaltanti che sono autorità governative centrali; 215 mila euro per le forniture, i servizi e i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da stazioni appaltanti sub-centrali; 750 mila euro per i servizi sociali e gli assimilati. Soglie diverse sono previste per settori speciali.

³ Le procedure negoziate hanno anch'esse natura competitiva come le gare, ma con sostanziali differenze. Esse permettono una fase di interazione tra stazione appaltante e soggetti interessati a partecipare, e poi a seguire la fase successiva di selezione. Quando

alta intensità di manodopera per i quali maggiori cautele sono necessarie a salvaguardia della del trattamento dei lavoratori⁴, il criterio di selezione nella procedura negoziata senza bando può essere anche quello del prezzo più basso previa esclusione delle proposte fuori mercato e anomale. Di fatto, il Nuovo Codice restringe ai soli contratti sopra soglia comunitaria l'ambito in cui è obbligatorio ricorrere alla procedura competitiva a evidenza pubblica (aperta o ristretta).

3. La stazione appaltante è tenuta a ripartire la prestazione (opera, fornitura, servizio che sia) in **lotti razionali e funzionali** con procedura di affido per ciascuno di loro, giustificando la scelta delle modalità di ripartizione e, eventualmente, quella di non applicarla. L'obiettivo – tutt'altro che facile – è bilanciare le economie di scala e di scopo, favorite dal lotto unico o dai grandi lotti, con la più ampia partecipazione delle imprese specialistiche, anche piccole e di contiguità territoriale, favorita invece dalla ripartizione in lotti affidabili a soggetti diversi. Tra l'altro, una ottimale suddivisione in lotti può fare emergere gli effetti più positivi dell'appalto integrato⁵ e concorre a limitare i rischi di controparte.
4. Solo **stazioni appaltanti qualificate** e iscritte all'albo dell'ANAC possono gestire appalti al di sopra di 140 mila euro per i servizi e di 500 mila euro per le opere. Il Nuovo Codice non fissa un numero massimo di soggetti che possono aspirare alla qualificazione, né obbliga a una

le procedure negoziate prevedono il bando, la stazione appaltante descrive nel bando le sue esigenze in relazione all'opera pubblica da realizzare, e poi consulta i soggetti che si sono proposti e negozia con loro le condizioni più dettagliate della gara. Quando le procedure negoziate non prevedono il bando, la stazione appaltante procede direttamente a contattare un numero sufficiente di operatori e contratta con loro le condizioni di gara. La negoziazione si rende necessaria in particolare quando precedenti bandi di gara sono andati deserti e la stazione appaltante è indecisa su quali aspetti vadano modificati per renderli più appetibili; oppure quando, per motivi che possono cambiare da caso a caso, la scrittura del bando è complessa e si cerca la collaborazione degli operatori di mercato per identificare le clausole e i parametri in dubbio.

⁴ Sono i contratti per i quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale.

⁵ La responsabilità complessiva di progettazione ed esecuzione verrebbe a riferirsi a prestazioni maggiormente coerenti tra di loro e più facilmente verificabili dalla stazione appaltante. Un lotto unico di importo elevato rende più complessa una eventuale

predefinita scala dimensionale. Tuttavia, l'ottenimento della qualificazione ANAC implicherà l'adeguamento a *standard* quantitativi e qualitativi (dotazioni strumentali, composizione dell'organico, specializzazioni professionali, etc.) ben al di sopra di quelli attualmente soddisfatti dalla maggior parte delle stazioni appaltanti e, auspicabilmente, spingerà verso una riduzione del numero e una crescita della dimensione media⁶.

5. Le **procedure di scelta del contraente** diventano cinque: la procedura competitiva aperta (la gara), la procedura competitiva ristretta (la gara ristretta), la procedura competitiva con negoziazione (la negoziata), e poi le due cosiddette flessibili, ossia il dialogo competitivo e il partenariato per l'innovazione⁷. La procedura competitiva aperta, quella ristretta⁸ e la competitiva con negoziazione sono equiparate nel Nuovo Codice. In casi eccezionali e previa motivazione, la procedura negoziata può avvenire senza pubblicazione del bando anche per appalti di importo superiore alla soglia europea.
6. Il criterio normale di selezione delle offerte è quello dell'**Offerta economicamente più vantaggiosa** (l'OEPV) come già nel vecchio Codice ma, recependo le Direttive europee, la sua definizione è adesso resa più operativa e individuata, a seconda dei casi, nel miglior rapporto tra qualità e prezzo o direttamente nel prezzo o nel costo, *"seguendo un criterio di*

sostituzione dell'affidatario e può mettere di fronte a criticità simili a quelle del *"too big to fail"* in ambito bancario-finanziario o della *"cat6tura del regolatore"* in ambito *antitrust*.

⁶ Attualmente le stazioni appaltanti in Italia sono circa 36 mila, con oltre 100 mila centri di spesa (fonte ANAC). Va sottolineato che sinora i tentativi di introdurre sistemi di qualificazione si sono rivelati solo parzialmente efficaci per la poca decisione con la quale è stata perseguita la loro implementazione.

⁷ Le procedure flessibili riguardano progetti innovativi, solitamente con complessità tecniche o ambientali, che implicano soluzioni da sperimentare e concordare, anche affrontando diversi passaggi esplorativi.

⁸ La procedura ristretta prevede che ogni operatore interessato possa rispondere all'avviso emesso dall'Amministrazione, ma solo quelli successivamente invitati possano effettivamente procedere a presentare un'offerta e a entrare in gara. La differenza, rispetto alla procedura aperta, è che la stazione appaltante può effettuare una valutazione preventiva sugli operatori ritenuti più adatti all'opera e/o al servizio e tra i quali approfondire il confronto ammettendoli a gara.

comparazione costo-efficacia quale il costo del ciclo di vita”⁹. Il criterio del rapporto qualità tra prezzo è necessario per opere e servizi a carattere sociale o con contenuti tecnici e tecnologici innovativi e, comunque, nel caso di appalto integrato¹⁰. Il criterio secco del minor prezzo o del minor costo è utilizzabile per servizi e forniture con caratteristiche *standardizzate* e correntemente quotate sui mercati, fatta eccezione per quelli ad alta intensità di manodopera¹¹.

7. L’ANAC, utilizzando i dati del suo monitoraggio su operatori e contratti, è chiamata a creare e aggiornare l’archivio dei **fascicoli virtuali degli operatori di mercato** e il valore del *rating* sintetico di impresa. Tra le informazioni che vanno ad alimentare il fascicolo virtuale figurano l’affidabilità dell’impresa in fase esecutiva, il rispetto della legalità, l’eco-compatibilità, la responsabilità sociale. Il fascicolo riporta lo storico dei provvedimenti interdittivi che l’impresa avesse ricevuto. Non è nuovo il tentativo di avviare il *rating* di impresa, ma questa volta il progetto appare con fondamenta più solide perché è parte del più ampio processo di digitalizzazione degli appalti fortemente incentivato dal Nuovo Codice. Ci si attende che il *rating*, da un lato, incentivi gli operatori ai comportamenti e alle prestazioni migliori¹² e, dall’altro, possa diventare un parametro utilizzabile anche nella scrittura dei bandi e degli avvisi, ad esempio restringendo alcune offerte solo a operatori con alta reputazione o che si siano distinti nello svolgimento di lavori di difficoltà equiparabile.

⁹ In realtà, pur migliorata rispetto alla inopportuna astrattezza del quadro normativo precedente, non appare non scevra di problemi applicativi anche questa nuova definizione di OEPV. Resta senza dubbio ampia la sfera di autonomia valutativa da parte delle stazioni appaltanti, che non può che trovare bilanciamento nell’innalzamento della loro qualità e nel ricorso a elementi e dati il più possibile aggiornati e oggettivi (*evidence-based*).

¹⁰ Per l’appalto integrato il Nuovo Codice richiama anche qui la necessità di un controllo approfondito sulla qualità, per evitare che nell’accorpamento di funzioni e fasi (il *bundling* in termini di regolazione dei mercati) si possano nascondere comportamenti opportunistici.

¹¹ Per evitare, come si è già detto, che la dinamica concorrenziale si scarichi sui trattamenti dei lavoratori.

¹² Ogni loro comportamento lascia un segno in positivo o in negativo.

¹³ Il Nuovo Codice fa riferimento a procedure informatizzate di tipo *BIM - Building Information Modelling*, per far confluire in un unico *dataset* integrato le informazioni sorgenti diverse, che si

8. Il Nuovo Codice adotta un **approccio digitale** trasversale a tutti gli ambiti della normativa sui contratti pubblici (lo stesso approccio del PNRR – Piano nazionale di ripresa e resilienza e del PNC – Piano nazionale complementare). È introdotto l’obbligo di utilizzare piattaforme di approvvigionamento digitale e procedure automatizzate per il monitoraggio di tutti i momenti del ciclo di vita dei contratti pubblici¹³. Le stazioni appaltanti e gli Enti concedenti non equipaggiati si avvalgono di piattaforme e procedure messe a disposizione da altre stazioni o da altri Enti¹⁴.

9. Dopo essere stato fortemente limitato per ragioni simili a quelle che avevano riguardato l’appalto integrato¹⁵, il Nuovo Codice ridà ampio spazio al **subappalto**. In ottemperanza a precise indicazioni delle Direttive europee, il subappalto diviene sempre possibile, senza tetti e anche nella forma “a cascata” senza limiti (subappalto di subappalto di subappalto). L’unica esclusione è quella della impresa “passacarte” che volesse subappaltare l’integrale esecuzione delle prestazioni per fare pura intermediazione¹⁶. Non si esclude che stazioni appaltanti ed Enti committenti possano, a seconda dell’oggetto d’appalto e di altre caratteristiche ritenute rilevanti, porre dei limiti al subappalto direttamente in fase di scrittura del bando, dando giustificazione della scelta.

10. Nella stesura dei bandi, le stazioni appaltanti possono prevedere **premi e penalità** per gli aggiudicatari, in modo da poterne controllare e

tratti di Istituzioni, professionisti, evidenze raccolte sul campo o altro.

¹⁴ O anche da Centrali di committenza o da altri soggetti aggregatori, o da Regioni o Province autonome o da altri ambiti della Pubblica Amministrazione.

¹⁵ Appalti integrati poi subappaltati “a cascata”, in parcelle di varia misura lungo una filiera diramata, possono fare sorgere difficoltà di controllo da parte delle stazioni appaltanti e dei committenti. Il rischio di fondo è quello di perdere la visione unitaria dell’esecuzione dei lavori, tanto più grave quanto più grandi, complessi e di lunga durata questi sono.

¹⁶ È tra le misure più criticate del Nuovo Codice. Nel complesso delle innovazioni normative, i possibili effetti negativi di un eccessivo ricorso al subappalto dovrebbero essere controbilanciati dalla qualità delle stazioni appaltanti e delle imprese partecipanti alla gara e dalla razionale suddivisione in lotti (lotti di grandi proporzioni possono più facilmente innescare processi distorsivi di subappalto).

indirizzare il comportamento a gara vinta. I premi ricevuti e le penalità comminate rientrano tra gli elementi informativi che l'ANAC registra nel fascicolo elettronico e che concorrono a definire il *rating* di impresa.

Le dieci innovazioni del Codice, appena sintetizzate, rappresentano un cambiamento molto forte rispetto sia al Codice del 2016 (cosiddetto "Cantone") sia al Codice precedente.

Il cambiamento ha tratti molto chiari. Si passa da un assetto rigido nelle procedure e nei controlli, sinora accentrati in ANAC, a uno flessibile in cui scelte e responsabilità sono – ferma restando la supervisione dell'ANAC – delegate alle stazioni appaltanti, in qualità di soggetti che meglio possono studiare e conoscere esigenze, vincoli e specificità tecniche dei singoli progetti.

Nel nuovo scenario preparato dal Codice del 2023, in cui le soluzioni praticabili diventano molto più ampie e adattabili caso per caso, con possibilità di appalto integrato, gara ristretta, negoziazione, affidamento diretto, ripartizione in lotti, subappalto, selezione anche col criterio del minor prezzo o del minor costo per velocizzare, etc., si deve essere consapevoli saranno indispensabili stazioni appaltanti e di specchio profilo tecnico-manageriale, in grado di individuare e selezionare gli operatori migliori per realizzare le opere e per raggiungere il ventaglio di obiettivi che si prefiggono gli investimenti pubblici.

Le stazioni appaltanti sono la testa pensante e il manubrio dei lavori pubblici. La prima vera sfida alla base del Nuovo Codice è proprio questa: poter contare su stazioni appaltanti d'eccellenza che, a mano a mano ma non in tempi troppo lunghi, trasmettano l'eccellenza agli operatori di mercato e alle opere.



Normattiva: [D. Lgs. 36/2023](https://www.normattiva.it/eli/id/2023/03/31/23G00044/ORIGINAL)

<https://www.normattiva.it/eli/id/2023/03/31/23G00044/ORIGINAL>

Reforming.it

Roma, 27 maggio 2023

<http://www.reforming.it>
e-mail: info@reformimg.it
twitter: [reformimgit](https://twitter.com/reformingit)