

# IL NUOVO CODICE APPALTI 2023

di Lucia Lamonica

**Il codice entra in vigore, con i relativi allegati, il 1° aprile 2023 ma le disposizioni del codice, con i relativi allegati, acquistano efficacia il 1° luglio 2023. Fino al 31 dicembre 2023, gli avvisi e i bandi sono pubblicati, ai fini della decorrenza degli effetti di legge, nella GURI e trovano applicazione le disposizioni del DLgs. 50/2016 e del decreto MIMS 2 dicembre 2016 sulla pubblicazione (anche sui quotidiani...) dei bandi e degli avvisi. Leggendo l'art. 226, comma 1 del nuovo Codice, lo stesso stabilisce che il vigente DLgs. 50/2016 è abrogato dal 1° luglio 2023: abbiamo quindi qualche mese davanti per capire ed assimilare il nuovo codice.**

Tra le maggiori novità? Per fare una gara si risparmieranno dai sei mesi a un anno, grazie innanzitutto alla digitalizzazione delle procedure, in vigore dal 1° gennaio 2024. Per tenere traccia delle aziende coinvolte una banca dati "conterrà le informazioni relative alle imprese, una sorta di carta d'identità digitale, consultabile sempre. Fino a 140mila euro si può procedere con affidamento diretto, poi fino a 215mila la procedura negoziata senza bando invitando 5 imprese. Si è in pratica definito a regime, definitivo, le modifiche del quadro emergenziale. Eliminato il progetto definitivo e sdoganato definitivamente l'appalto integrato. L'ANAC non ha digerito questa impostazione liberista.

Le procedure dovranno trovare più semplificazione e meno burocrazia. Talvolta i disciplinari di gara ingessano le procedure e con questa spinta alla semplificazione dovremmo andare più spediti. Non manca la delicata questione dell'illecito professionale: nella riformulazione del codice il governo ha provveduto a una "razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, anche attraverso una maggiore tipizzazione delle fattispecie". In particolare,

per alcuni tipi di reato, l'illecito professionale può essere fatto valere solo a seguito di condanna definitiva, condanna di primo grado o in presenza di misure cautelari. Meno discrezionalità ai RUP quindi.

I RUP devono innanzi tutto conoscere il nuovo codice, studiarlo e conoscere le nuove norme. Quando un RUP si trova dinanzi una azienda preparata che conosce le norme del codice, ci pensa su due volte prima di fare qualche forzatura. Il nuovo RUP deve essere all'altezza, deve sapere come muoversi e quali sono i limiti e i confini da non valicare. Aggiornarsi sempre.

Uno dei punti su cui si è concentrato il nuovo codice è la definizione della scelta dei contraenti nelle procedure negoziate. Finalmente si è eliminato il famoso dualismo dell'affidamento diretto: puro e mediato.

Dal 1 luglio 2023 esisterà unicamente l'affidamento diretto e la procedura negoziata.

Infatti all'art. 50 del Dlgs 36/2023 si legge, per i beni e servizi,:

– affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;

– procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e

fino alle soglie di cui all'articolo 14

Gli elenchi e le indagini di mercato sono gestiti con le modalità previste nell'allegato II.1. Per la selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, le stazioni appaltanti non possono utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori. Le stazioni appaltanti pubblicano sul proprio sito istituzionale i nominativi degli operatori consultati nell'ambito delle procedure di cui al comma 1.

Viene subito rilevato che il "sorteggio" (funzione informatica messa a disposizione anche dal Mepa) non è ammesso se non in casi eccezionali. Eccezionali e motivati.

All'allegato II.1 il nuovo codice spiega che:

Le stazioni appaltanti possono dotarsi, nel rispetto del proprio ordinamento, di un regolamento in cui sono disciplinate:

1. a) le modalità di conduzione delle indagini di mercato, eventualmente distinte per fasce di importo, anche in considerazione della necessità di applicare il principio di rotazione degli affidamenti;
2. b) le modalità di costituzione e revisione dell'elenco degli operatori economici, distinti per categoria e fascia di importo;
3. c) i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta a seguito di indagine di mercato o attingendo dall'elenco degli operatori economici propri o da quelli presenti nel mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni o in altri strumenti similari gestiti dalle centrali di committenza di riferimento.

Come vedete alla lettera c) è necessario definire i "criteri" di scelta dei soggetti da invitare, NON è sufficiente scrivere

in determina che gli operatori invitati sono stati individuati sul Mepa; troppo generico, troppo discrezionale. Occorrono dei criteri, non basta dire che sono presenti sul mercato elettronico!

In alternativa all'indagine di mercato, la stazione appaltante può individuare gli operatori economici da invitare, selezionandoli da elenchi appositamente costituiti secondo le modalità indicate nelle seguenti disposizioni e nel regolamento di cui all'articolo 1, comma 3. Gli elenchi sono costituiti a seguito di avviso pubblico, nel quale è rappresentata la volontà della stazione appaltante di realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori da invitare. L'avviso di costituzione di un elenco di operatori economici è reso conoscibile mediante pubblicazione sul sito istituzionale della stazione appaltante e sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC.

Il tema degli incentivi ai dipendenti che seguono le procedure di acquisto di beni, servizi e lavori nel nuovo codice 2023 ha davvero qualcosa di innovativo.

Già infatti dall'art. 1 del D.lgs 36/2023, il comma 4 recita

Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per:

1. valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;
2. attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva.

L'art. 45 è molto chiaro, vede un cristallino cambio di passo:

– NON è più necessario l'accantonamento ad un Fondo, che a sua

volta doveva transitare nel fondo salario accessorio, con tutte le istruttorie previste

– le attività incentivabili sono definite con certezza

– si supera il limite del 50% del salario del dipendente, elevandolo al 100%

C'è anche un mistero però: ovviamente il vecchio art.113 del Dlgs 50/2016 parlava di regolamento e delegazione trattante per i criteri. Il nuovo articolo 45 questo inciso non lo riporta. Sembrerebbe quindi che la questione di adottare un regolamento sia superato.

Invece no, secondo me visto il richiamo alla contrattazione collettiva dell'articolo 1 prima citato e l'ultimo periodo del comma 3 – “I criteri del relativo riparto, nonché quelli di corrispondente riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro, a fronte di eventuali incrementi ingiustificati dei tempi o dei costi previsti dal quadro economico del progetto esecutivo, sono stabiliti dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti, secondo i rispettivi ordinamenti entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del codice.” – ritengo che un nuovo regolamento vada adottato, unitamente al passaggio in contrattazione decentrata.

Il principio di rotazione degli affidamenti è stato sempre un argomento che ha interessato sia le stazioni appaltanti, sia la giurisprudenza amministrativa e sia la giurisprudenza contabile.

L'ex codice D.lgs 50/2016 aveva provato a disciplinarne il principio ma, solo con l'aiuto delle Linee Guida ANAC n.4 si era riusciti a circoscrivere un perimetro “quasi” di comfort zone. Quasi.

Ci riprova il nuovo codice appalti 2023 con l'art. 49:

In applicazione del principio di rotazione è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante:

- nello stesso settore merceologico
- nella stessa categoria di opere
- nello stesso settore di servizi

Sale quindi a n. 2 affidamenti al medesimo fornitore la soglia che fa scattare l'applicazione del principio di rotazione.

Attenzione però, parliamo di stesso settore servizi o merceologico. Cosa cambia? Molto.

Facciamo un esempio.

Devo affidare il servizio di manutenzione della videosorveglianza per l'anno 2023. Individuo l'operatore economico Peter Pan e stipulo il contratto. L'anno successivo, il 2024, posso riaffidargli il servizio SOLO se alla ditta Peter Pan non ho affidato nessun altro tipo di servizio di manutenzione come quello per le fototrappole per esempio, o di manutenzione software del gestionale dei verbali. Perché no? Perché trattasi di una commessa rientrante nello STESSO SETTORE DI SERVIZI. Quindi attenzione al concetto di "settore di servizi" a cui afferisce l'affidamento.

Il nuovo codice continua con questo concetto:

In casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto.

Quindi, ulteriore deroga al principio di rotazione (non è chiaro se alternativa al precedente comma o cumulativo) può

essere:

– alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative (ovviamente deve essere reale, comprovata e motivata)

– accurata esecuzione del precedente contratto (cosa si intende? Tutti i contratti eseguiti come da contratto dovrebbero essere accurati...quindi, qual è la differenza fra un contratto svolto correttamente e un contratto svolto accuratamente?)

Altra deroga è quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata (concetto di derivazione giurisprudenziale e da prese di posizione di ANAC).

Ultima deroga all'applicazione del principio di rotazione è per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro. Attenzione, art. 14 comma 6 ultimo periodo del nuovo codice 2023: Un appalto non può essere frazionato per evitare l'applicazione delle norme del codice, tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino. E' ovvio che se quest'anno prevediamo che un servizio ci costi 10.000€, non possiamo fare 3 affidamenti inferiori a € 5.000 per aggirare il principio di rotazione. Credo sia ovvio.