Nuovo Codice dei Contratti Pubblici
Decreto Legislativo 31 Marzo 2023 n. 36
Principali novità in fase di gara

Salerno 07 Giugno 2023

ANCE | AIES SALERNO

Introduzione

Il nuovo codice non si discosta molto da quello precedente, introducendo comunque importanti novità.

Lo stesso è da considerarsi auto applicativo.

In linea generale sono individuati "principi" a cui le SA si dovranno attenere, e delineate procedure profondamente diversificate per gli appalti sotto e sopra soglia.

Vengono stabiliti **due soli livelli di progettazione**: Il progetto di fattibilità tecnica/economica e quello esecutivo.

Il codice entra in vigore il 01/07/23.

Per l'affidamento della progettazione, può continuarsi ad applicare l'art. 23 del DLgs 50/2016, quando sia stato formalizzato l'incarico alla data di entrata in vigore, potendosi così procedere anche per l'appalto integrato, scegliendo se con il progetto di fattibilità tecnica ed economica, ovvero con quello definitivo.

Principi Generali

Il nuovo codice si fonda su alcuni principi generali dai quali emergono, per importanza e rilevanza:

Art. 9 concernente la **conservazione dell'equilibrio contrattuale** derivante dal possibile insorgere di cause straordinarie ed imprevedibili che danno diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. Le clausole di rinegoziazione devono essere inserite negli atti di gara;

Art. 10 che ribadisce la **tassatività delle cause di esclusione**, già prevista dall'art. 83 comma 8 del Dlgs 50/2016, confermando come l'inserimento di clausole escludenti oltre quelle previste dal codice, sia da considerarsi nullo e dette clausole come non apposte.

Art. 17 – Fasi della procedura – All. I.3

Allegato I.3 - Definisce i termini di conclusione delle procedure di gara, distinguendole per tipologia, determinando possibili proroghe per un massimo di 3+3 mesi. Il tempo della verifica di anomalia è pari a 30 giorni.

Comma 5. Si perviene alla proposta di aggiudicazione alla **migliore offerta non anomala, dopo verifica dei requisiti, con aggiudicazione immediatamente efficace**.

Comma 8. L'esecuzione può essere iniziata, per motivate ragioni, dopo la verifica dei requisiti, anche prima della stipula, mentre deve essere iniziata qualora sussistano ragioni di urgenza.

Comma 10. La pendenza di un contenzioso non può giustificare la sospensione della procedura o dell'aggiudicazione, salvi i poteri cautelari del giudice e quelli di autotutela della SA, da parte del dirigente competente.

Art. 18 – Contratto e stipula

Comma 1. Viene confermato come i **capitolati ed il computo metrico estimativo,** facciano parte integrante del contratto.

Comma 2. La stipula del contratto deve avvenire, anche in pendenza di un contenzioso, **entro 60 giorni** dall'avvenuta efficacia dell'aggiudicazione, per i contratti sopra soglia, mentre per **quelli sotto entro 30 giorni dall'aggiudicazione**, ex art. 55 comma 1.

Comma 3. Il termine dilatorio di 35 giorni, non si applica agli appalti sotto soglia. Tale disposizione viene confermata dall'art. 55 comma 2

Art. 18 – Contratto e stipula

Comma 4. In caso di ricorso, con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare di primo grado ovvero del dispositivo o della sentenza, in caso di decisione del merito all'udienza cautelare.

Comma 5. In caso di mancata stipula entro i termini, per fatto della SA, l'aggiudicatario può far constatare l'inadempimento ovvero sciogliersi da ogni vincolo mediante atto notificato, senza indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali.

Comma 7. La mancata o tardiva stipula del contratto costituisce violazione del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso.

ANCE | AIES SALERNO

Artt. 35/36 – Accesso agli atti

Viene specificata la procedura, determinando il differimento:

a) **fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte**, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, ovvero che hanno fatto richiesta, a seconda delle procedure;

b) **Fino all'aggiudicazione,** in relazione alle domande di partecipazione e agli atti, dati e informazioni relativi ai requisiti di partecipazione e ai verbali relativi alla fase di ammissione, alle offerte e ai verbali relativi alla valutazione, alla verifica della anomalia dell'offerta e ai verbali riferiti a detta fase;

Artt. 35/36 – Accesso agli atti

È previsto come **l'offerta dell'aggiudicatario**, nonché i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione siano resi disponibili, attraverso la piattaforma digitale, a **tutti i candidati e offerenti** non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione.

Ai primi 5 OE sono altresì resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, sia gli atti sopra richiamati, sia le offerte dagli stessi presentate.

ANCE | AIES SALERNO

Art. 44 - Appalto Integrato

Nella sostanza il nuovo codice non modifica l'appalto integrato, stabilendo come lo stesso non sia possibile per gli appalti di manutenzione ordinaria.

È possibile il ricorso al solo criterio dell'Offerta Economicamente più Vantaggiosa.

È inoltre previsto come l'esecuzione dei lavori possa iniziare solo dopo l'approvazione del progetto esecutivo.

Il corrispettivo dei progettisti è corrisposto direttamente dalla stazione appaltante

ANCE | AIES SALERNO

Art. 50 – Procedure di affidamento sotto soglia

Si procede tramite le seguenti modalità:

a) **affidamento diretto per lavori inferiori a 150.000 Euro**, anche senza consultazione, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze, **anche** individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;

b) **procedura negoziata senza bando, per i lavori tra 150.000 e 1 milione di Euro** previa consultazione di almeno 5 operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici;

c) **procedura negoziata senza bando, per lavori tra 1 milione e la soglia** previa consultazione di almeno 10 operatori economici ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici;

Art. 50 – Procedure di affidamento sotto soglia

Le modalità di formazione degli elenchi e dell'indagini di mercato sono determinate nell'Allegato II.1

Per gli appalti **tra 1 milione e la soglia è comunque consentito il ricorso alle ordinarie procedure** di scelta del contraente di cui all'art. 70 del codice

Si procede all'aggiudicazione secondo il prezzo più basso ovvero l'OEV, salvo quando quest'ultimo criterio sia obbligatorio, in specie appalto integrato, dialogo competitivo ed appalti ad alto contenuto tecnologico di cui all'art. 108 comma 2.

Per i contratti sotto soglia il Certificato di Collaudo può essere sostituito da quello di Regolare Esecuzione, rilasciato dalla DL, non oltre 3 mesi dalla data di ultimazione.

Art. 53 – Garanzie sotto soglia

La garanzia provvisoria non è più prevista, salvo il caso di particolari esigenze, da indicare nella Determina a contrarre oppure nell'avviso di indizione della procedura o in altro atto equivalente.

In tale eventualità la garanzia provvisoria **non può superare l'1%.**

In casi motivati la SA **può non richiedere** la garanzia definitiva, ma se richiesta la stessa è **pari al 5%** dell'importo contrattuale.

In ogni caso, per le garanzie sotto soglia, non si applicano le riduzioni per le certificazioni né le maggiorazioni per il ribasso.

Artt. 106/117 – Garanzie sopra soglia

All'art. 106 la garanzia provvisoria non si discosta da quella di cui al Decreto 50/2016, salvo per la riduzione del 30%, dell'importo per certificazioni sulla qualità, essendo state modificate anche parte di quelle ulteriori.

All'art. 117 la garanzia definitiva che non si discosta da quella del Decreto 50/2016, salvo per le riduzioni suddette, **prevedendo però la possibilità per l'appaltatore di domandare, prima della stipulazione del contratto, la sostituzione della garanzia definitiva con una ritenuta pari al 10%** sui SAL. Per motivate ragioni di rischio relative all'appalto od all'esecutore la stazione appaltante può opporsi.

Può essere previsto l'esonero dalla produzione delle polizze a garanzia in relazione ad operatori di comprovata solidità e previa adeguata motivazione e di miglioramento del prezzo.

ANCE | AIES SALERNO

Art. 54 – Esclusione automatica

Per gli **appalti sotto soglia, al prezzo più basso**, le SA **devono** prevedere negli atti di gara **l'esclusione automatica**, da applicare con almeno 5 offerte valide.

La procedura non si discosta da quella disciplinata dal Decreto 50/2016, salvo per i metodi di calcolo dell'anomalia che sono individuati negli atti di gara fra quelli descritti nell'allegato II.2, ovvero tramite sorteggio in sede di valutazione delle offerte.

In effetti risultano individuate 5 procedure, suddivise in 3 Metodi.

Art. 57 – Clausole sociali

I bandi di gara devono contenere specifiche clausole sociali, con cui sono richieste, come requisiti necessari nell'offerta, misure orientate a garantire:

a) **Pari opportunità** generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità;

b) La **stabilità occupazionale** del personale impiegato;

c) **l'applicazione dei CCNL** e territoriali di settore, con medesime tutele per i **lavoratori in subappalto**.

L'OE deve indicare nell'offerta le modalità con cui intende adempiere agli impegni.

ANCE | AIES SALERNO

Art. 67 – Consorzi non necessari

Rientrano in tale denominazione i consorzi stabili, sancendo come, nelle more del Regolamento, la qualificazione avvenga tramite la disciplina dettata dall'Allegato II.12.

I Consorzi possono dimostrare i **requisiti di capacità tecnica e finanziaria**, per l'ammissione alle procedure, sulla base delle qualificazioni dalle singole imprese consorziate, mentre i **requisiti generali** devono essere posseduti sia dalle imprese esecutrici che **da quelle che prestano i requisiti**.

Al comma 3 si rinviene un riferimento, anche ai lavori, in tema di possesso di titoli abilitativi (CCIAA) del consorziato esecutore, di cui al comma 3 dell'art. 100, **il quale però non attiene ai lavori ma solo a servizi e forniture**.

Con tale formulazione apparirebbe eliminata la possibilità di domandare iscrizione alla CCIAA per attività pertinente.

Si rinviene un sicuro errore in una delle due disposizioni.

Art. 67 – Consorzi non necessari

La partecipazione alla gara, in qualsiasi altra forma da parte del consorziato designato, non determina l'esclusione automatica, che si avrà solo quando l'offerta sia riferibile ad un unico centro decisionale, sempre che l'OE non dimostri che la circostanza non abbia influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali.

Possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio.

Sembra ammettersi, in pendenza del regolamento, **il cumulo alla rinfusa**, salvo sempre per la OG2, stante il testo dell'art. 225 comma 13, il quale dispone come, ai fini partecipativi e dell'esecuzione, si applichi in via transitoria il regime di qualificazione dell'art. 36 comma 7 DLgs 163/2006 e degli artt. 81 e 94 del DPR 207/2010.

Art. 68 – ATI e Consorzi Ordinari

Viene ad essere **eliminato definitivamente l'obbligo che la mandataria debba eseguire una quota maggioritaria ed avere qualificazioni maggiori,** già prevista a seguito del pronunciamento Corte di Giustizia UE causa C-642/2020.

La responsabilità solidale delle imprese riunite o dei consorzi nei confronti della stazione appaltante, del subappaltatori e dei fornitori è estesa alle **eventuali società consortili,** eliminando le limitazioni precedenti per le scorporabili.

Un OE, che partecipi a più raggruppamenti, ovvero in forma singola ed in un raggruppamento, **può evitare l'esclusione** dimostrando che la circostanza non ha inciso sulla gara né è idonea ad incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali

ANCE | AIES SALERNO

Art. 68 – ATI e Consorzi Ordinari

È ammesso il recesso di una o più imprese, anche se l'ATI si riduce ad unico soggetto, a condizione che le rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori ancora da eseguire.

Tali previsioni si applicano anche ai consorzi ivi comprendendo quelli stabili.

È eliminata la distinzione tra ATI orizzontale e verticale.

È eliminata la possibilità per la mandataria di opporsi alla revoca del mandato per giusta causa, non essendo più necessario, il consenso delle parti, come invece era con il comma 13 dell'art. 48 del DLgs 50/2016.

ANCE | AIES SALERNO

Art. 94 – Cause di esclusione automatica

Vengono ad essere **individuati i reati** la cui condanna con sentenza definitiva o decreto penale irrevocabile comportano l'esclusione automatica.

Tale esclusione avviene anche per l'insorgere di **impedimenti antimafia,** che però non operano se entro la data dell'aggiudicazione dovesse essere disposto il controllo giudiziario di cui all'art. 34 bis del Decreto Legislativo 159/2011.

Le altre cause di esclusione automatiche sono quelle usuali di cui al precedente art. 80 del Decreto 50/2016.

Art. 94 – Cause di esclusione automatica

L'esclusione avviene anche per violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, individuate nell'All. II.10.

La violazione si considera **definitivamente accertata** quando la stessa è contenuta in sentenza od atti non più soggetti ad impugnazione.

Le violazioni si considerano **gravi**, per il mancato pagamento superiore all'importo art. 48bis DPR 602/973, ovvero quanto le stesse risultano ostative al rilascio del DURC.

L'esclusione non si applica quando l'OE ha ottemperato pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare, compresi eventuali interessi o sanzioni, purché questo si sia perfezionato prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

La disposizione è analoga a quella precedente del DLgs 50/2016.

Art. 95 – Cause di esclusione non automatica

Una SA può escludere, previa adeguata motivazione, un OE dalla procedura, quando ritiene che lo stesso abbia commesso **gravi violazioni anche se non definitivamente accertate** agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse.

Le stesse **si considerano gravi** quando comportino un obbligo di pagamento, escluso sanzioni, pari o superiore al **10% dell'appalto**, dovendo la violazione non essere inferiore ad **Euro 35.000,00**.

In caso di ATI/consorzio o subappalto la soglia di gravità è rapportata al valore della singola prestazione assunta.

Valgono le stesse regole delle cause di esclusione automatica, di pagamento antecedente alla scadenza della gara, per impedire l'esclusione.

Art. 96 – Procedure di esclusione

Viene stabilita la durata delle cause di esclusione automatica dettate dall'art. 95, comprendendo quella derivante dall'incapacità di contrarre, a seguito di sentenza.

La mancata comunicazione, da parte dell'OE, delle cause di esclusione, ove non menzionate nel fascicolo virtuale, ovvero il riscontro della **non veridicità di quelle rese**, **pur non costituendo causa di esclusione automatica**, può essere apprezzata quale motivazione per provvedere a riguardo.

In caso di **false comunicazione** la questione è devoluta all'ANAC che può disporre l'esclusione dalle gare sino a due anni.

Art. 97 – Esclusione per ATI

Un raggruppamento **può evitare di essere escluso**, quando un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione, o dal venir meno di un requisito di qualificazione, **se in sede di presentazione dell'offerta:**

1) Abbia comunicato alla SA la causa escludente verificatasi prima dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione, del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato;

2) abbia comprovato le misure adottate o l'impossibilità di adottarle prima di quella data;

La fattispecie è invero molto residuale.

Art. 97 – Esclusione per ATI

Se la causa escludente si verifica **dopo la presentazione dell'offerta**, il raggruppamento non è escluso qualora abbia adottato e comunicato le **misure prima dell'aggiudicazione**.

Queste ultime consistono **nell'estromissione o sostituzione** con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata.

Le misure devono essere ritenute dalla SA sufficienti e tempestivamente adottate, in quanto, in difetto, l'OE è escluso con decisione motivata.

La procedura si applica anche ai consorzi, con la limitazione per quelli stabili alle consorziate esecutrici ed a quelle aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono.

ANCE | AIES SALERNO

Art. 101 – Soccorso istruttorio

La SA assegna un **termine, a pena di esclusione, non inferiore a 5 e non superiore a 10 gg** per:

a) **Integrare** ogni elemento mancante la documentazione. La mancata presentazione della garanzia provvisoria del contratto di avvalimento e dell'impegno a costituire l'ATI **è sanabile tramite documenti aventi data certa** anteriore all'offerta;

b) **sanare** ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del DGUE e di ogni altro documento richiesto per la partecipazione, non essendo sanabili quelle che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente.

L'integrazione e la sanatoria non sono ammesse per l'offerta tecnica e quella economica.

Art. 101 – Soccorso istruttorio

La SA può sempre **richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e di quella economica**, essendo l'OE tenuto a rispondere nel termine fissato che non può essere inferiore a 5 gg e superiore a 10 gg.

I chiarimenti non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e di quella economica.

Fino al giorno fissato per l'apertura della relativa documentazione l'OE, con le **stesse modalità di presentazione** della domanda di partecipazione, può richiedere la **rettifica di un errore materiale** contenuto nell'offerta tecnica od in quella economica, non dovendo però questo comportare la presentazione di una nuova offerta, o la sua modifica sostanziale, dovendo restare assicurato l'anonimato.

ANCE | AIES SALERNO

Art. 104 - Avvalimento

Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria.

Quando con l'avvalimento si ottiene un requisito per la partecipazione ad una gara **sopra Euro 150.000,00** esso **deve avere ad oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'OE di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta.**

È introdotto un subappalto necessario, quando l'ausiliaria presta l'avvalimento in relazione ad autorizzazione o altro titolo abilitativo, **ex art. 100 comma 3, dovendo in tal caso i lavori essere eseguiti da detta ausiliaria in subappalto.**

Art. 104 - Avvalimento

Nel contratto, da produrre in originale o copia autentica, deve essere specificato se si intende avvalersi delle risorse **per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta**.

In caso di dichiarazioni mendaci da parte dell'ausiliaria, la SA assegna all'OE un termine, **non superiore a 10 gg**, per indicarne un'altra idonea, purché la sostituzione non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta.

È ammessa la sostituzione dell'ausiliaria che non soddisfi un criterio di selezione, o per la quale sussista motivo di esclusione.

È confermato come l'avvalimento non sia ammesso per l'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, né per i contratti relativi ai beni culturali, ex art. 132 comma 2.

Nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è ammessa la contemporanea partecipazione dell'ausiliaria e dell'ausiliata.

Art. 108 – Criteri di aggiudicazione

L'art. 107 ammette, definitivamente ed anche per le procedure aperte, l'inversione procedimentale.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa deve essere **obbligatoriamente utilizzato in caso di appalto integrato** o di lavori con notevole contenuto tecnologico od innovativo.

Viene **eliminato il tetto massimo del 30% per il prezzo**, il quale rimane solo per i contratti ad alta intensità di manodopera.

L'elemento relativo al costo può assumere la forma di un prezzo o costo fisso, competendo gli OE solo in base a criteri qualitativi configurandosi quindi un criterio "dell'offerta tecnicamente più vantaggiosa".

Art. 108 – Criteri di aggiudicazione

Possono essere previsti **criteri premiali:**

a) per favorire **le PMI;**

b) per promuovere, per le prestazioni dipendenti dal principio di prossimità per la loro efficiente gestione, **l'affidamento ad OE** con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento;

Le SA, per favorire la **parità di genere**, **prevedono** il maggior punteggio da attribuire alle imprese che attestano, anche a mezzo di autocertificazione, il possesso di tali requisiti.

Nell'offerta economica devono essere indicati, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per la sicurezza.

La manodopera e i costi della sicurezza devono essere indicati in sede di indizione della gara e non sono soggetti a ribasso.

Art. 108 – Criteri di aggiudicazione

Le SA possono **non procedere all'aggiudicazione**, se hanno indicato tale facoltà nel bando, esercitando la stessa entro 30 giorni dalla valutazioni delle offerte.

È confermata l'impossibilità di attribuire punteggi per l'offerta di opere aggiuntive rispetto al progetto esecutivo posto a base di gara.

Eventuale pronuncia giurisdizionale, che dovesse intervenire dopo l'aggiudicazione, non rileva per il calcolo di medie, né per l'individuazione dell'anomalia, non avendo peraltro effetti sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara.

Art. 110 – Offerte anormalmente basse

Viene eliminata la determinazione automatica dell'anomalia per gli appalti sopra soglia, che discendeva dal metodo sotto soglia.

L'anomalia deve quindi desumersi da una valutazione di congruità, serietà, sostenibilità realizzabilità, con elementi specifici da indicare nel bando di gara.

Viene eliminata la determinazione dell'anomalia per gli appalti con OEV, applicandosi la procedura di cui sopra.

In caso un'offerta appaia anormalmente bassa, sono richieste spiegazioni sul prezzo o sui costi, assegnando un termine non superiore a 15 giorni.

Viene determinato in cosa possano consistere le spiegazioni e per quali elementi le stesse non sono ammesse.

Se le spiegazioni non sono considerate valide, oppure l'offerta non rispetta gli obblighi ambientali, quelli in materia di subappalto (prezzi), o gli oneri aziendali siano ritenuti incongrui, od inferiore ai minimi salariali il costo del personale, **l'OE viene escluso**.

ANCE | AIES SALERNO

Allegato I.14

I **prezziari regionali** hanno validità sino al 31 Dicembre di ogni anno, potendo essere utilizzati fino al 30 Giugno dell'anno successivo, per i progetti approvati entro tale data.

Ove non si rispettasse la data per l'approvazione del progetto da porre a base di gara, si dovrà procedere alla revisione dello stesso, sia per quanto attiene quello di fattibilità dell'appalto integrato, che per quello esecutivo.

Grazie

per

l'attenzione

ANCE | AIES SALERNO