

I temi di NT+ Il focus

Dagli affidamenti diretti al Ppp: guida ai momenti spartiacque tra vecchio e nuovo codice

di Roberto Mangani

30 Marzo 2023

Come sempre accade quando entra in vigore una nuova normativa a carattere sistematico si pone il tema della regolamentazione del periodo transitorio. Si tratta cioè di stabilire in quali casi possa continuare a trovare applicazione la vecchia disciplina (abrogata), questione sempre controversa e con immediati riflessi operativi. La complessità e le conseguenti criticità si presentano tradizionalmente nella disciplina dei contratti pubblici, caratterizzata dalla presenza un iter procedimentale lungo e articolato per le fasi di affidamento e di esecuzione dei contratti, rispetto al quale la linea di discriminare tra vecchia e nuova disciplina non sempre è agevole.

Il tema viene affrontato dal legislatore del nuovo Codice dei contratti negli articoli finali della bozza, dal 224 al 229. Peraltro rispetto al passato viene operata una distinzione tra la data di entrata in vigore delle nuove norme – 1° aprile 2023 – e quella di efficacia delle stesse, 1° luglio 2023. Ed è quest'ultima che viene in rilievo per disciplinare il periodo transitorio.

Stampa

Le disposizioni transitorie tipiche

Il nucleo centrale della disciplina transitoria è contenuto all'articolo 226, commi 1 e 2. Il comma 1 dispone l'abrogazione del Dlgs 50/2016. Il successivo comma 2 stabilisce tuttavia che le vecchie norme del Dlgs 50 continuano ad applicarsi in via transitoria ai procedimenti in corso. Lo stesso legislatore offre poi l'interpretazione di cosa si debba intendere per procedimenti in corso, che quindi restano sotto il regime normativo delle vecchie regole.

Il Dlgs. 50 continua dunque ad applicarsi nei seguenti casi:

- a) Per le procedure e i contratti per i quali i bandi e gli avvisi di indizione della procedura sono stati pubblicati prima della data di efficacia del nuovo Codice.** Questa prima ipotesi fa dunque riferimento alle procedure caratterizzate da forme di pubblicità (procedure aperte, ristrette e negoziate con pubblicità), cosicché è sufficiente che il bando o l'avviso sia stato pubblicato – nelle forme previste dalla normativa di riferimento – prima della data di efficacia del nuovo Codice (1° luglio) affinché si continuino ad applicare le norme del Dlgs 50, sia in relazione alla fase di affidamento e agli adempimenti successivi che a quella di esecuzione del contratto.
- b) Nel caso di procedure che non prevedano forme di pubblicità, qualora alla data di efficacia del nuovo Codice siano stati già inviati gli avvisi a presentare offerte.** La previsione fa riferimento essenzialmente alle procedure negoziate senza preventiva pubblicità, ma nella sua dizione omnnicomprensiva si deve ritenere includa anche le ipotesi di affidamento diretto, ancorché lo stesso

non sembra possa considerarsi una procedura in senso proprio. Per delimitare l'applicazione della vecchia normativa del Dslgs 50 la previsione fa riferimento al momento temporale identificato con l'invio degli «avvisi a presentare offerte». In realtà questa dizione suscita perplessità sia in relazione alla procedura negoziata che all'affidamento diretto.

In particolare, con riferimento alla procedura negoziata ciò che viene inviato ai fini della presentazione delle offerte non è un avviso, bensì una lettera di invito. L'avviso è quello che eventualmente viene pubblicato per sollecitare manifestazioni di interesse alla procedura negoziata (avviso di ricerca di mercato), ma non contiene mai un invito in senso proprio. Né si può ritenere che il legislatore abbia inteso fare riferimento a tali avvisi, poichè questi possono anche mancare, ad esempio se i soggetti da invitare alla procedura negoziata vengono selezionati nell'ambito degli elenchi di fiducia. È quindi l'invio delle lettere di invito il momento temporale da prendere in considerazione ai fini dell'applicazione della relativa disciplina: Dlgs 50 se l'invio avviene prima del 1° luglio 2023 e nuovo Codice se avviene dopo tale data.

Altre criticità si pongono con riferimento all'affidamento diretto. Occorre infatti considerare che l'affidamento diretto può essere operato anche senza preventiva consultazione di una pluralità di operatori economici. In questo caso quindi non vi è la formulazione di inviti, con la conseguenza che si deve ritenere che il momento che rileva ai fini della definizione della disciplina applicabile è la stipula del contratto: se questa è avvenuta prima della data di efficacia del nuovo Codice si continua ad applicare il Dlgs 50, in caso contrario il contratto ricadrà nella nuova disciplina. Occorre tuttavia stabilire se questa medesima conclusione valga anche nell'ipotesi in cui l'affidamento diretto sia preceduto da una preventiva consultazione di mercato. In questa ipotesi si pone il dubbio se il momento cui fare riferimento per identificare la disciplina applicabile sia quello della stipula del contratto o quello (antecedente) dell'invio delle lettere di invito/riciesta di preventivo.

Entrambe le opzioni interpretative hanno le loro ragioni. Sembra tuttavia preferibile la prima – per ragioni di uniformità con l'ipotesi precedente - con la conseguenza che si continuerà ad applicare il Dlgs 50 solo se l'incarico sia stato stipulato prima della data di efficacia del nuovo codice, non essendo sufficiente che prima di tale data sia stata inviata la richiesta di preventivo.

c) Per le opere di urbanizzazione a scomputo, qualora la relativa convenzione urbanistica (o atto assimilato) che ne preveda la realizzazione sia stato firmato prima della data di efficacia del nuovo Codice. Si deve ritenere che questa regola valga anche nell'ipotesi in cui la originaria convenzione sia stata successivamente oggetto di modifica, purchè non vi sia una vera e propria sostituzione della prima. Le disposizioni transitorie non si occupano esplicitamente della disciplina del project financing. Nella nuova configurazione della relativa disciplina la procedura di finanza di progetto viene attivata su un'iniziativa dell'operare privato, che presenta una proposta all'amministrazione che dopo averla valutata può eventualmente porla a base di gara pubblicando il relativo bando. Poiché la disposizione sopra esaminata prevede che si applichino le norme del Dlgs 50 solo se il relativo bando o avviso sia stato pubblicato prima della data di efficacia del nuovo Codice, si potrebbe

ritenere che è a tale pubblicazione che occorre fare riferimento per stabilire quale normativa debba trovare applicazione.

Questa soluzione non appare però soddisfacente. Il procedimento di project financing, per quanto suddiviso in fasi, ha infatti carattere unitario. Sembra quindi ragionevole ritenere che per stabilire quale sia la normativa applicabile nel periodo transitorio si faccia riferimento al primo atto della procedura. Di conseguenza, si dovranno applicare le previsioni del Dlgs 50 a tutti i procedimenti in cui la proposta dell'operatore privato sia stata presentata all'ente pubblico competente prima della data di efficacia del nuovo Codice. Le altre disposizioni transitorie. Il nuovo Codice contiene numerose altre disposizioni transitorie, oltre quelle più tradizionali sopra esaminate. Di seguito si segnalano quelle tra tali disposizioni che appaiono maggiormente significative, prevedendo sotto diversi profili l'applicazione in via transitoria delle norme del Dlgs 50. Il regime di pubblicità.

L'articolo 225, comma 1 stabilisce che fino al 31 dicembre 2023 gli avvisi e i bandi continuano a essere pubblicati sulla Guri e continuano altresì a trovare applicazione le disposizioni del Dlgs 50 relative agli avvisi di preinformazione e alle modalità di pubblicazione dei bandi, sia nei settori ordinari che speciali (si tratta degli articoli 70, 72, 73, 127 comma 2 e 129, comma 4).

Le disposizioni in tema di digitalizzazione

L'articolo 225, comma 2 posticipa al 1 gennaio 2024 l'efficacia – e quindi la concreta applicazione – delle disposizioni in materia di digitalizzazione contenute principalmente negli articoli 19 e seguenti del nuovo Codice (tra cui le nuove norme relative alla Banca dati nazionale, al fascicolo virtuale dell'operatore economico, alle piattaforme digitali, etc.). Ne consegue che fino al 31 dicembre 2023 continuano ad applicarsi le disposizioni del Dlgs 50 relative a: redazione, acquisizione e trasmissione di atti funzionali alla programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione; accesso alla documentazione di gara; presentazione del Dgue; presentazione delle offerte; apertura e conservazione degli atti di gara; controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti e gestione delle garanzie. In sostanza, si tratta dei principali aspetti su cui interverrà, con effetti semplificatori, la digitalizzazione dei dati e dei sistemi per agevolare l'affidamento ma anche l'esecuzione dei contratti pubblici.

Progettazione

Significative sono anche le disposizioni transitorie in materia di progettazione contenute all'articolo 225, comma 9. È previsto che anche dopo la data di efficacia del nuovo Codice continuino ad applicarsi le previsioni dell'articolo 23 del Dlgs 50 relative ai livelli di progettazione e connessi contenuti e norme accessorie. Ciò vale esclusivamente per gli incarichi di progettazione che siano già stati formalizzati alla data in cui il nuovo Codice acquista efficacia. Il termine "formalizzati" può prestarsi a qualche equivoco, non essendo tipico dell'iter procedurale che presiede alla conclusione dei contratti pubblici. Si deve ritenere che possa essere identificato con l'avvenuta stipulazione dell'incarico.

Inoltre, la disposizione transitoria specifica che qualora l'incarico relativo al progetto di fattibilità tecnico-economica sia stato formalizzato (stipulato) prima della data di efficacia del nuovo Codice, la stazione appaltante può procedere all'affidamento dell'appalto integrato sulla base di tale progetto di fattibilità o del successivo livello di progetto definitivo.

Valutazione di impatto ambientale

I commi 10 e 11 dell'articolo 255 si occupano della Via relativa alle infrastrutture strategiche e alle grandi opere, con una disciplina transitoria che addirittura chiama in causa non solo il Dlgs 50 ma il Codice precedente, cioè il Dlgs 163/2006. Viene infatti previsto che la procedura di Via prosegua secondo le norme contenute nel Dlgs 163 per le infrastrutture strategiche per le quali la stessa risulta già avviata alla data di entrata in vigore del medesimo Dlgs 50 (comma 10). Per le grandi opere – anch'esse disciplinate dal Dlgs 163- per le quali la procedura di Via sia già stata avviata alla data di entrata in vigore del Dlgs 50, la stessa è conclusa applicando le norme vigenti all'epoca di detto avvio (comma 11).

Le Linee guida Anac

Il comma 16 dell'articolo 225 sancisce la definitiva archiviazione delle Linee guida e dei regolamenti Anac, non solo per il futuro ma anche per il passato. Viene infatti stabilito che dalla data di efficacia del nuovo Codice tali atti già adottati in attuazione del Dlgs 50 perdono il loro valore cogente, essendo sostituiti dalle corrispondenti disposizioni dello stesso nuovo Codice. Ciò con le limitate eccezioni – che dovessero emergere da un esame puntuale della nuova disciplina – in cui la perdurante vigenza dei provvedimenti dell'Anac dovesse essere espressamente prevista dal nuovo Codice.

Le norme speciali del Decreto legge 76/2020 (Decreto semplificazioni)


L'articolo 224, comma 1 prevede l'estensione a regime di una serie di disposizioni genericamente definibili acceleratorie che il Decreto legge 76/2020 aveva introdotto in via temporanea (articolo 8).

Viene infatti eliminata la data ultima del 30 giugno 2023 entro cui dovevano essere state avviate le procedure di gara per consentire l'applicazione di tali disposizioni. Di conseguenza, diventano applicabili a regime a tutte le procedure e relativi contratti le seguenti disposizioni:

- generalizzazione della consegna ed esecuzione delle prestazioni in via di urgenza;
- limitazione dell'obbligo di sopralluogo;
- riduzione dei termini delle procedure di gara senza dover fornire specifiche motivazioni in merito alle ragioni di urgenza.

Gli appalti del Pnrr

Resta salva la disciplina derogatoria per gli appalti del Pnrr e del Pnc, che viene peraltro estesa anche agli altri programmi cofinanziati con i fondi strutturali europei. Questi appalti restano infatti disciplinati dalle disposizioni contenute nel Decreto legge 77/2021 e in particolare negli articoli 44 e seguenti.

Il Sole 24 ORE aderisce a  **The Trust Project**

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilssole24ore.com>]

Il Sole
24 ORE