

Dall'1 Luglio 2023 Il Nuovo Codice Acquista Efficacia: 5 Brevi FAQ Sulla Fase Transitoria



News

La sezione "News" tenta di cogliere l'esigenza di aggiornamento periodico degli utenti.

Vuole cioè testimoniare l'**attualità** del mondo dei contratti pubblici: un'attualità costituita non solo da novità giurisprudenziali e normative, ma anche da fatti, opinioni e da ogni altro elemento, anche atecnico o espresso in linguaggio atecnico, la cui conoscenza si ritiene possa essere utile per soddisfare il bisogno informativo.

Search...





Ai sensi dell'art. 229 c. 2 D.lgs. 36/2023, dall'1 luglio 2023 le disposizioni del nuovo Codice **acquistano efficacia**.

La scissione tra “*entrata in vigore*” (già avvenuta l'1 aprile 2023) ed “*acquisizione di efficacia*” è stata in linea di massima compresa dalla stragrande maggioranza degli operatori del settore, che ha ben colto almeno che, prima dell'1 luglio 2023, non potesse essere applicato il D.lgs. 36/2023.

In questo articolo proviamo ad entrare un po' più nel dettaglio e a fornire un breve *vademecum* (articolato in 5 brevi FAQ) che possa agevolare la gestione di questa fase transitoria, iniziale, neonatale del nuovo Codice.

La norma “*fondamentale*” è l'art. 226 c. 2 (e non l'art. 225, rubricato invece “*Disposizioni transitorie e di coordinamento*”), che definisce i c.d. “*procedimenti in corso*”, che verranno sempre disciplinati dal D.lgs. 50/2016. Come scopriremo tra poco, non si tratta però dell'unica norma: essa, tuttavia, costituisce il punto di riferimento della maggioranza dei contratti pubblici, ed è bene quindi conoscerla accuratamente.

Ecco il testo.

“2. A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso.

A tal fine, per **procedimenti in corso** si intendono:

a) le procedure e i contratti per i quali i **bandi o avvisi** con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia;

b) in caso di contratti **senza pubblicazione di bandi o avvisi**, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il codice acquista efficacia, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte;

c) per le **opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione**, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, i procedimenti in cui le predette convenzioni o atti siano stati stipulati prima della data in cui il codice acquista efficacia;

d) per le procedure di **accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211**, di transazione e di arbitrato, le procedure relative a controversie aventi a oggetto contratti pubblici, per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data”.

Sulla base dell'art. 226 c. 2, quindi, proviamo a formulare una sorta di lista di FAQ (*Frequent Answers & Questions*), in attesa che l'ANAC pubblichi un documento analogo a quello pubblicato all'indomani dell'entrata in vigore del D.lgs. 50/2016 (v. <https://www.anticorruzione.it/-/faq-sul-d.lgs.-50/2016-nel-periodo-transitorio>).

Categorie

Seleziona una categoria

Ultimi Contenuti



MAGGIO 23, 2025

Non è sempre possibile calcolare la soglia di...



LUGLIO 14, 2024

Indicazione specifica del ricorso al subappalto...



MAGGIO 6, 2024

“Appalti con Puliatti” n. 18 del 5 maggio 2024: costi del...

1) Nel mese di giugno 2023 è stata pubblicata una procedura aperta: qual è la disciplina che regola la gara e il successivo contratto?

La disciplina che regola la gara e il successivo contratto è il D.lgs. 50/2016, in quanto la fattispecie rientra nei c.d. “*procedimenti in corso*” ai sensi della lettera a) dell’art. 226 c. 2, perchè tale lettera riguarda le procedure e i contratti per i quali la procedura di scelta è indetta tramite “*bandi o avvisi*”. Per stabilire se una procedura aperta sia da considerarsi o meno pubblicata, il parametro normativo è costituito dagli artt. 72 e 73 D.lgs. 50/2016.

2) Nel mese di giugno 2023 è stata adottata una determina a contrarre riguardo una procedura negoziata: qual è la disciplina che regola la procedura di affidamento e il successivo contratto?

Il momento di adozione della determina a contrarre non è rilevante al fine di rispondere al quesito.

Occorre invece verificare il momento in cui sono stati inviati gli “*avvisi a presentare le offerte*” (comunemente chiamate: “*lettere d’invito*”), ai sensi dell’art. 226 c. 2 lett. b) D.lgs. 36/2023. La procedura negoziata è infatti una procedura “*senza pubblicazione di bandi o avvisi*”: ecco quindi perchè è applicabile la lettera b), e non la lettera a) dell’art. 226 c. 2 lett. a).

Pertanto:

- se le lettere d’invito sono state inviate prima del 30 giugno 2023, allora il D.lgs. 50/2016 regolerà ogni aspetto della procedura di affidamento ed ogni aspetto del contratto;
- se le lettere d’invito non sono state inviate prima del 30 giugno 2023, allora il D.lgs. 50/2016 *non* sarà più applicabile.

La risposta non cambia anche nel caso in cui la procedura negoziata sia stata preceduta da un’**indagine di mercato** (comunemente chiamata: “*manifestazione d’interesse*”). L’indagine di mercato costituisce un elemento *eventuale* della procedura negoziata, non un elemento *strutturale*: la procedura negoziata, infatti, si ritiene “*indetta*” nel momento in cui vengono inviati gli avvisi a presentare le offerte, non in un momento antecedente.

Mi spingo tra l’altro ad osservare che l’indagine di mercato (avviata prima dell’1 luglio 2023) non è utilizzabile ai fini del D.lgs. 36/2023 (l’art. 50 c. 1 prevede che gli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate siano individuati a seguito di *indagine di mercato* o attingendo da *elenchi di operatori economici*), perchè gli operatori economici scelgono di aderire alla manifestazione d’interesse anche valutando la normativa applicabile: tra l’altro, bisogna sempre considerare che nel nuovo codice l’indagine di mercato è oggetto di una specifica disciplina (v. all. II.1) e non è nemmeno detto che quella precedentemente avviata rispetti le nuove specifiche prescrizioni.

Diverso, invece, è il caso della **procedura ristretta**, che ha invece una *strutturale* componente *bifasica*: in tal caso, infatti, va applicato l’art. 226 c. 2 lett. a).

3) Nel mese di giugno 2023 è stata avviata una consultazione di più operatori economici finalizzata ad un affidamento diretto: qual è la disciplina che regola la procedura di affidamento e il successivo contratto?

L'affidamento diretto, analogamente alla procedura negoziata, non è necessariamente preceduto dalla pubblicazione di bandi o avvisi: viene pertanto in rilievo l'art. 226 c. 2 lett. b), il che, tuttavia, conduce ad effettuare un esame specifico sulla consultazione: se è strutturata come invito ad offrire (gli operatori economici, in altri termini, in adesione alla stessa effettuano un'offerta compiuta), allora sarà applicabile il D.lgs. 50/2016; diversamente, se è strutturata come mera manifestazione d'interesse (gli operatori economici, cioè, si limitano solo a manifestare la disponibilità ad essere successivamente invitati a presentare un'offerta), allora sarà discriminante il momento in cui è stato inviato l'invito ad offrire.

4) Nel mese di giugno 2023 il progetto esecutivo è stato verificato e validato ed è stata perfino adottata la determina a contrarre, ma la procedura aperta non è stata ancora pubblicata. E' necessario rifare tutto il progetto e ripetere il relativo iter di approvazione?

Fermo restando che in un caso del genere la procedura di affidamento ed il relativo contratto saranno soggetti al D.lgs. 36/2023 (vedi quanto detto prima a proposito della procedura aperta), nel caso di specie va applicato l'art. **225 c. 9**, il cui testo recita come segue. *"9. A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui all'articolo 23 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso. A tal fine, per procedimenti in corso si intendono le procedure per le quali è stato formalizzato l'incarico di progettazione alla data in cui il codice acquista efficacia. Nel caso in cui l'incarico di redazione del progetto di fattibilità tecnico economica sia stato formalizzato prima della data in cui il codice acquista efficacia, la stazione appaltante può procedere all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica oppure sulla base di un progetto definitivo redatto ai sensi dell'articolo 23 del codice dei contratti pubblici, di cui decreto legislativo n. 50 del 2016".*

In linea di principio non è quindi necessario rifare il progetto, il quale sarà stato redatto ai sensi dell'art. 23 D.lgs. 50/2016.

Bisogna tuttavia considerare che, sebbene il progetto rimanga valido ed efficace, la procedura di affidamento ed il relativo contratto saranno disciplinati dal D.lgs. 36/2023. Sarà dunque necessario verificare se il progetto contiene rimandi a specifici istituti del D.lgs. 50/2016 e provvedere, se del caso, ad un necessario aggiornamento, con possibili conseguenze in ordine alla riedizione del procedimento di approvazione, qualora le modifiche da apportare necessariamente siano troppo incisive.

5) Vi è la necessità di esercitare un'opzione di proroga prevista nel bando di gara ai sensi dell'art. 106 c. 11 D.lgs. 50/2016. Quale sarà la disciplina delle prestazioni ricadenti nella proroga?

La proroga rientra nella nozione di *"modifica contrattuale"* e, pertanto, come ogni altro contratto la cui esecuzione è in corso all'1 luglio 2023, anche il contratto della cui proroga si discute sarà disciplinato dal D.lgs. 50/2016: se è pur vero che la proroga si attua mediante la sottoscrizione di un *"atto aggiuntivo"*, che

tecnicamente è un contratto avente efficacia modificativa (in questo caso relativa all'elemento temporale), si rientra pienamente nella nozione di procedimenti in corso di cui all'art. 226 c. 2 lettere a) o b), a seconda delle ipotesi.

La proroga, chiariamo ancora meglio, è una tipologia particolare di modifica ex art. 106 D.lgs. 50/2016. In tutti i casi di modifica continuerà ad applicarsi il D.lgs. 50/2016 perchè, a ben vedere, un contratto in corso di esecuzione, oggetto di modifica, è propriamente un contratto la cui procedura di affidamento è stata conclusa entro il 30 giugno 2023.

Più complesso, e molto più scivoloso, è il tema del *rinnovo*, figura dai tratti non nitidissimi e dai presupposti di legittimità molto ristretti (v. Cons. Stato, n. 1635 del 16 febbraio 2023), tra i quali vi è il fatto della specifica previsione nella prima procedura di affidamento (non può parlarsi di rinnovo quando tale previsione manca).

Il rinnovo è sicuramente un nuovo contratto ed è dubbio se possa parlarsi di "*procedimento in corso*" ai sensi dell'art. 226 c. 2.

La tesi *negativa* valorizza proprio la *novità* e la *diversità* del contratto di rinnovo.

La tesi *positiva*, che ritengo preferibile (accolta dall'ANAC nelle FAQ sopra indicate, che però risalgono a circa 7 anni fa), valorizza il legame con la precedente procedura di affidamento, nel senso che il rinnovo ha *fondamento causale esterno*: milita in tal senso anche l'argomento per cui sarebbe difficilmente immaginabile un rinnovo contrattuale, operato sulla base di un contratto ex D.lgs. 50/2016, ma disciplinato dal D.lgs. 36/2023. Sostengo, tuttavia, una posizione molto prudente, perchè va sempre tenuto presente che il rinnovo è infatti una forma di *extrema ratio*: tenderei quindi a non ritenerlo configurabile nel caso in cui sia intempestivo, o i margini di rinegoziazione siano troppo ampi, o ancora quando la prima procedura di affidamento sia un affidamento diretto (a *fortiori* se non preceduta da una previa consultazione di più operatori economici).

Share: [!\[\]\(0aff635c4179ba9e710b00f4b01d3b20_img.jpg\)](#) [!\[\]\(29658d981ebdf5edc259074cbf6110e0_img.jpg\)](#) [!\[\]\(9b3d169a802e50e3425ebff869ff6250_img.jpg\)](#) [!\[\]\(510c3e621c59b50959bed0883f15fd7c_img.jpg\)](#)

« PREVIOUS POST

NEWER POST »



Ancora sugli affidamenti degli appalti
sottosoglia – Considerazioni critiche tra...

La qualificazione per l'esecuzione dei
contratti di cui all'art. 62 c. 1 D.lgs.





P.Iva: 03139370831



Link Utili

News

Dirette streaming

Videocorsi

Codice Dei Contratti Pubblici

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
2006 (D.LGS. 163/2006)

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
2016 (D.LGS. 50/2016)

NUOVO CODICE DEI CONTRATTI
PUBBLICI 2023 (D.LGS. 36/2023)

Contatti

info@newscontrattipubblici.it
donatello.puliatti@outlook.it
Tel:0942 574675