



.....OMISSIS.....

Oggetto

Qualificazione stazione appaltante ai sensi degli artt. 62-63 del d.lgs. 36/2023 e applicazione disposizioni transitorie e finali (art. 225-226 del d.lgs. 36/2023) - richiesta parere.

FUNZ CONS 62/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 22 agosto 2023, acquisita al prot. Aut. n. 66895 e successiva nota pervenuta in data 27 settembre 2023 acquisita al prot. n. 81707, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 6 dicembre 2023, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra indicata vengono sollevati due quesiti: il primo riferito alle disposizioni di cui agli artt. 62 e 63 del d.lgs. 36/2023, con particolare riguardo alle modalità con le quali procedere all'aggiornamento della qualificazione ivi prevista; il secondo quesito riferito invece alle previsioni dell'art. 225, comma 9 del Codice, in relazione alla disciplina transitoria dettata dall'art. 226 dello stesso. Si chiede al riguardo, in caso di progettazione svolta e verificata nella vigenza del d.lgs. 50/2016, se la procedura di gara per l'individuazione dell'esecutore dei lavori pubblici, ricada nel campo di applicazione del d.lgs. 50/2016 o in quello del nuovo Codice, evidenziando che in tale ultima ipotesi, alcuni allegati agli elaborati progettuali sopra indicati, dovranno essere aggiornati alle disposizioni del d.lgs. 36/2023 (come il capitolato speciale d'appalto e lo schema di contratto).

Con riguardo al primo quesito, riferito al sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, disciplinato dagli artt. 62 e 63, nonché dall'Allegato II.4, del d.lgs. 36/2023, il competente Ufficio dell'Autorità ha già fornito riscontro a codesta società con nota prot. n. 83670 del 2 ottobre 2023 (cui si rinvia).

In relazione al secondo quesito relativo alla disciplina transitoria dettata dal d.lgs. 36/2023 in ordine all'attività di progettazione, quale indicazione di carattere generale, si osserva preliminarmente che ai sensi dell'art. 225, comma 9, del d.lgs. 36/2023 «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 tecnico ed economica oppure sulla base di un progetto definitivo redatto ai sensi dell'articolo 23 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50».

L'art. 23 del d.lgs. 50/2016, richiamato dalla norma, dedicato ai "Livelli della progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi", contiene la disciplina dei livelli di progettazione, dei contenuti degli elaborati progettuali nelle diverse articolazioni ivi previste, delle spese e altre correlate previsioni.

Secondo quanto stabilito dal citato art. 225, comma 9 del Codice, tali previsioni continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso, intendendosi per tali «le procedure per le quali è stato formalizzato l'incarico di progettazione alla data in cui il codice acquista efficacia», dunque i procedimenti per i quali è stato affidato un incarico di progettazione prima del 1° luglio 2023.

In tali casi, per la redazione del progetto e per tutti gli aspetti correlati, opportunamente disciplinati dalla norma, continua a trovare applicazione l'art. 23 del d.lgs. 50/2016.

Per gli incarichi affidati o da affidarsi successivamente alla data sopra indicata, valgono invece le previsioni in materia di progettazione dettate dal d.lgs. 36/2023.

Con specifico riferimento all'affidamento del contratto d'appalto, volto ad individuare il soggetto esecutore dei lavori oggetto della progettazione, secondo quanto richiesto nell'istanza di parere, deve farsi riferimento alla disciplina transitoria contemplata nell'art. 226 del d.lgs. 36/2023.

Tale norma infatti, dopo aver stabilito al comma 1 che «Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, è abrogato dal 1° luglio 2023», aggiunge al comma 2 che «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».

Pertanto, per le procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, indette successivamente al 1° luglio 2023, troverà applicazione il d.lgs. 36/2023, mentre le disposizioni del d.lgs. 50/2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso a tale data, intendendosi per tali, quelli espressamente elencati nell'art. 226, comma 2.

Con riferimento al quesito posto, pertanto, può osservarsi che le previsioni dell'art. 225, comma 9, del d.lgs. 36/2023, in quanto espressamente riferite all'art. 23 del d.lgs. 50/2016, trovano applicazione esclusivamente in relazione alla disciplina dei livelli e dei contenuti della progettazione, nel senso sopra indicato, mentre per l'affidamento dell'appalto dei lavori oggetto della predetta progettazione, dovrà farsi riferimento a quanto stabilito dall'art. 226 del Codice sopra richiamato,

con conseguente applicazione del d.lgs. 36/2023 alle procedure indette a decorrere dal 1° luglio 2023 e necessario aggiornamento dei documenti di gara a tale ultimo Codice.

In tal senso si è espresso anche il MIT in relazione ad un quesito analogo a quello in esame, osservando che dal combinato disposto dell'art. 225, comma 9, con l'art. 226, comma 2, del Codice «discende che ... per quanto attiene ai contenuti della progettazione e ai livelli continua ad applicarsi il D.Lgs. n. 50/2016, e quanto già progettato può mantenersi fermo, mentre per la gara di lavori troverà applicazione il nuovo Codice D.Lgs. n. 36/2023, ivi incluso l'obbligo di aggiornamento degli elaborati progettuali necessari per l'espletamento della gara (CSA e schema di contratto)» (parere Mit n. 2128/2023).

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente