

Nuovo codice dei contratti e periodo transitorio: dove si collocano i procedimenti in finanza di progetto

Premesso che gli articoli 225 (Disposizioni transitorie e di coordinamento) e 226 (Abrogazioni e disposizioni finali) sono un ginepraio di difficile comprensione tanto da sembrare scritti con i piedi (gli stessi usati per scrivere l'intero codice) tra norme del Codice abrogando mantenute in vita fino al 31 dicembre 2023 e norme del nuovo Codice con efficacia differita al 1° gennaio 2024, recentemente si è diffuso un dubbio: quale momento storico costituisce il citato spartiacque:

- a) il dubbio non si pone per gli appalti e le concessioni "ordinari" (intendendo con questo aggettivo gli interventi estranei al PNRR/PNC/PNIEC e ai PPP), lo spartiacque tra vecchio codice e nuovo codice resta il 1° luglio 2023 dove, salvo immancabili eccezioni, il nuovo codice acquista efficacia, per cui si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati a partire da tale data;
- b) resta la questione degli interventi in PPP e, in particolare, in finanza di progetto, i quali, come noto, sono costituiti da più fasi complesse che, per quanto qui interessa, riferite all'articolo 83, comma 15, del vecchio codice, non sono dissimili dall'articolo 193 del nuovo codice.
 - (i) una prima fase di presentazione della proposta all'amministrazione, da parte del privato (preceduta o meno da un avviso propedeutico più o meno formale ⁽¹⁾ per la richiesta di manifestazioni di interesse;
 - (ii) l'istruttoria della proposta, con le richieste di adeguamenti;
 - (iii) la presentazione delle modifiche e degli adeguamenti, se richiesti;
 - (iv) l'approvazione della proposta (sia essa quella originaria che quella modificata e adeguata), con la contemporanea individuazione del promotore e la dichiarazione di pubblico interesse dell'intervento;
 - (v) l'assunzione delle determinazioni a contrarre sia come provvedimento autonomo che unitamente all'approvazione sub (iv);
 - (vi) la pubblicazione del bando di gara;

¹ *Tale segmento procedimentale non è previsto dalla norma ma nemmeno vietato (T.A.R. Salerno, 07 dicembre 2018, n. 17721), quindi è facoltativo (anche se auspicabile per motivi di trasparenza e per minimizzare il rischio che sia presentata una sola proposta) Il termine "Avvisi" sta ad indicare gli avvisi che indicano una gara vera e propria, ai sensi degli articoli 71 e 72 del vecchio codice, anche perché sono specificati la locuzione "con cui si indice la gara" e l'aggettivo "pubblicati" che non si addicono agli avvisi diversi, quali gli avvisi informali, le richieste di manifestazione di interesse, come invece una diversa interpretazione di comodo ma arbitraria, potrebbe suggerire (al massimo potrebbero comprendere gli "avvisi di preinformazione" di cui all'articolo 70, che sono dotati dei requisiti necessari in termini di contenuto e pubblicazione).*

(vii) la presentazione delle offerte;

(viii) l'aggiudicazione;

(ix) la stipula del contratto.

Il dubbio è la conclusione di quale di tali fasi rileva al 1° luglio 2023 così determinando l'obbligatoria applicazione del nuovo codice? Senza dubbio almeno quella sub (vi) come peraltro chiarito dall'articolo 226, comma 2, lettera a), il quale, anche se apparentemente contraddittorio con l'articolo 225, comma 9, appare il primo atto, o il primo comportamento, idoneo a investire e turbare il mercato.

Certamente farebbe comodo che il discrimine fosse costituito dalla sola determina a contrattare (sub. (v)), dalla presentazione della proposta (sub. (iii)) o addirittura dall'avviso propedeutico (sub. (i)), circostanza che eviterebbe di mandare al macero il progetto di fattibilità tecnico-economica che corredata la proposta presentata. Ma questa soluzione, di comodo ma arbitraria, anche se la presentazione della proposta, pur cadendo in un momento antecedente alla fase dell'evidenza pubblica, costituisce parte integrante di quest'ultima (Corte cost.5 gennaio 2011, n. 7), confligge con il sistema, dove il termine "Avvisi" sta ad indicare gli avvisi che indicano una gara vera e propria, ai sensi degli articoli 71 e 72 del vecchio codice, anche perché sono specificati la locuzione "con cui si indice la gara" e l'aggettivo "pubblicati" che non si addicono agli avvisi diversi, quali gli avvisi informali, le richieste di manifestazione di interesse, che sono semplici atti interni, nemmeno impugnabili autonomamente ma solo unitamente ai successivi provvedimenti che ne danno applicazione (al massimo potrebbero comprendere gli "avvisi di preinformazione" di cui all'articolo 70, che sono dotati dei requisiti necessari in termini di contenuto e pubblicazione).

Né diversa sorte può avere il momento di formalizzazione dell'incarico di progettazione (articolo 225, comma 9, del nuovo codice) perché non può che trattarsi della stipula del contratto tra il progettista e la pubblica amministrazione e non dell'incarico conferito al progettista dal privato promotore (che agisce nell'interesse proprio e non ha rilevanza pubblica né necessita di formalità).

Detto questo, che non è il risultato di un suggerimento proveniente dal Monte Sinai, la conclusione ovvia è che non è escluso si trovi un giudice che la pensa diversamente.